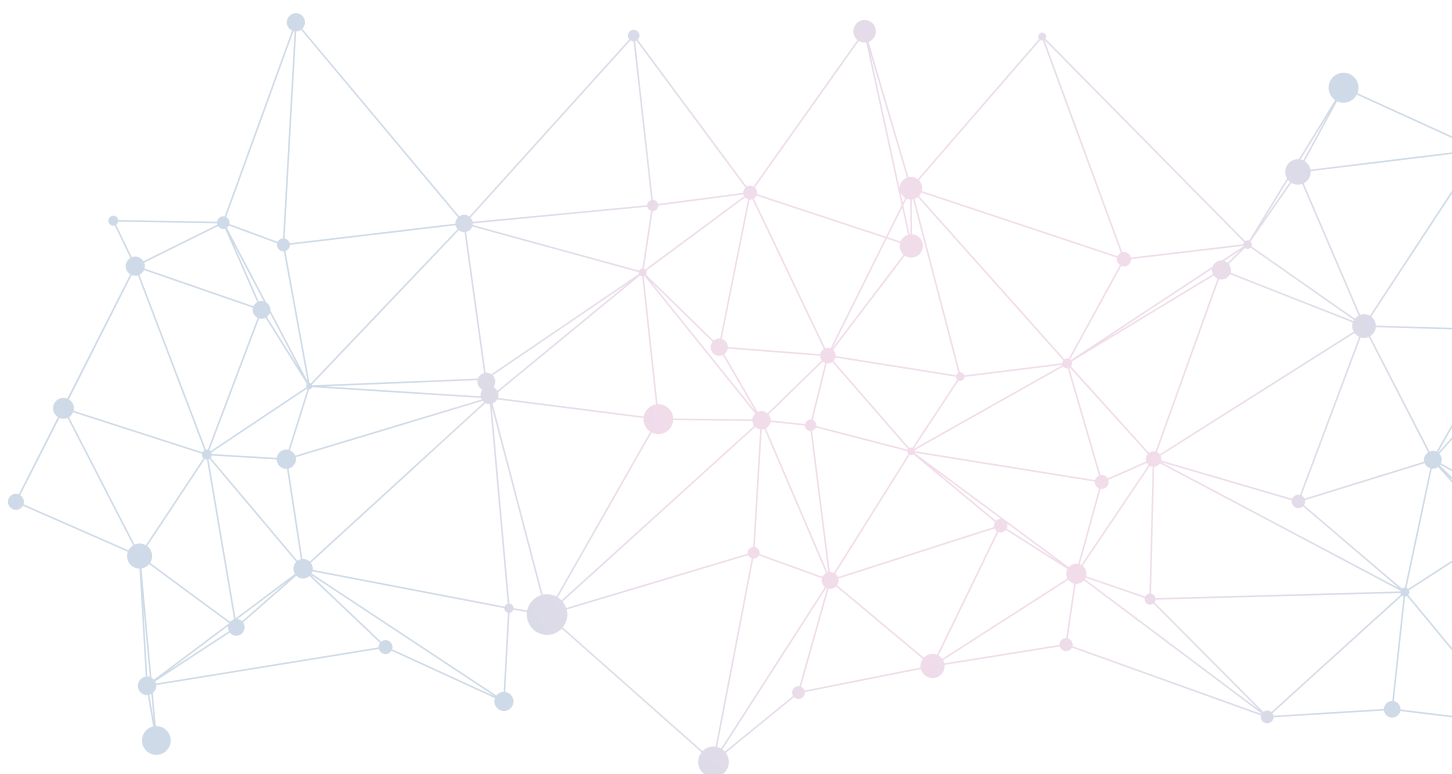


L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE À L'ÉPREUVE DE LA CRISE SANITAIRE



Juillet 2020

Sous la direction de Stéphane BRACONNIER, Professeur de droit public
Paris Panthéon-Assas, Président de la Commission juridique





CETTE PUBLICATION S'INSCRIT DANS UNE DOUBLE COLLECTION :

- Les Précis de la Commission juridique de l'IGD qui ont pour but de proposer des réponses opérationnelles à des questions juridiques (pour rappel, le 1^{er} porte sur le régime des biens dans les contrats de concession) ;
 - Les publications liées à l'Observatoire IGD-Covid-19 mis en place dès le début de la crise sanitaire qui a abouti notamment à la publication des « 10 mesures pour assurer la relance par l'investissement et la commande publique en relevant les défis environnementaux » ;
- Ce document constitue une contribution à un futur plan de relance.
Ces publications sont disponibles sur notre site internet :

www.fondation-igd.org



SOMMAIRE

- 4 INTRODUCTION**
- 5 PARTIE I - LA CRISE SANITAIRE CONSTITUE-T-ELLE UN CAS DE FORCE MAJEURE OU UNE CAUSE D'IMPRÉVISION ? COMMENT PEUT-ON ÉVENTUELLEMENT FAIRE JOUER LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ?**
 - 6 I. Le cas de force majeure
 - 6 I.1. En droit
 - 6 I.2. En l'espèce
 - 9 I.3. Les conséquences de la qualification de cas de force majeure
 - 10 II. La théorie de l'imprévision
 - 10 II.1. En droit
 - 10 II.2. En l'espèce
 - 12 II.3. Les conséquences de la qualification de situation d'imprévision
 - 13 III. Le fait du prince
 - 13 III.1. En droit
 - 13 III.2. En l'espèce
 - 15 III.3. Les conséquences de la qualification de fait du prince
- 16 PARTIE II - QUELLES SOLUTIONS JURIDIQUES POUR LE TRAITEMENT ET L'ÉVENTUELLE INDEMNISATION DES SURCÔÛTS GÉNÉRÉS PAR LA MISE EN ŒUVRE DE MOYENS SUPPLÉMENTAIRES NON PRÉVUS AU CONTRAT INITIAL POUR FAIRE FACE À LA CRISE SANITAIRE ?**
 - 17 I. Identification des surcoûts
 - 19 II. Quels mécanismes juridiques (législatifs et jurisprudentiels) pour l'indemnisation ?
 - 19 II.1. Mécanismes d'indemnisation prévus dans le contrat initial
 - 20 II.2. Mécanismes d'indemnisation prévus dans le Code de la commande publique et dans la jurisprudence
 - 22 II.3. Mécanismes prévus dans les textes spécifiques à la crise COVID 19
 - 23 III. Quelles sont les limites rencontrées et les éventuelles solutions ? (Illustrer avec des exemples)
- 24 PARTIE III - COMMENT TRAITE-T-ON LES PERTES DE RECETTES GÉNÉRÉES PAR LA CRISE SANITAIRE ?**
 - 25 I. Contexte de la réflexion
 - 26 II. Quels sont les fondements juridiques ?
 - 26 II.1. Le contrat : premier référentiel des parties
 - 26 II.2. Les textes élaborés pour répondre à la crise
 - 27 II.3. Les dispositifs prévus dans le Code de la commande publique et par la jurisprudence
 - 28 III. Limites et/ou difficultés rencontrées
- 29 PARTIE IV - LES PÉNALITÉS APPLICABLES AUX TITULAIRES DE CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
 - 30 I. Dans quelles situations le titulaire d'un marché ou d'un contrat de concession peut-il se voir appliquer des pénalités ?
 - 30 I.1. Règles générales applicables aux pénalités
 - 31 I.2. Contexte particulier de l'épidémie du Covid-19
 - 32 II. Limites et/ou difficultés rencontrées
 - 32 II.1. Sur la nature des obligations sujettes à pénalités
 - 34 II.2. Sur les modalités de mise en œuvre de l'article 6 de l'ordonnance n°2020-319
- 35 COMPOSITION DE LA COMMISSION JURIDIQUE**

INTRODUCTION

La crise sanitaire exceptionnelle qui a frappé la France a très fortement impacté les contrats de la commande publique (laquelle représente 15% du PIB) qui encadrent le fonctionnement des services publics nationaux ou locaux et les infrastructures associées.

Ainsi, pour tenter d'atténuer les impacts de cette crise sanitaire et accompagner au mieux les différents acteurs (autorités publiques et industriels, qu'ils soient publics ou privés), le Gouvernement a pris une série de mesures :

- L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, en application de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 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 pendant la crise sanitaire ;
- 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
- L'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de Covid-19, concernant les marchés publics et les contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de son entrée en vigueur ;
- La circulaire du Premier Ministre du 9 juin 2020 relative à la prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics exécutés au titre de marchés publics de l'Etat soumis au chapitre Ier du Titre Ier du livre I de la première partie du Code de la commande publique.
- La lettre circulaire du 15 mars 2020 du Secrétaire d'Etat chargé des transports aux Préfets de Département et de Région.

Dans ce contexte, la Commission juridique de l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD) s'est réunie à plusieurs reprises durant la crise afin d'analyser l'ensemble de ces mesures, étudier leurs impacts sur les contrats en cours, soulever les questions encore en suspens et proposer des mesures pour permettre à l'ensemble des acteurs dans un climat de confiance, de gérer au mieux la reprise de leurs activités.

Le champ d'application de ce Précis porte donc à la fois sur les marchés publics, les marchés de partenariat et les concessions de service public.

A destination des autorités publiques et des industriels, ce document, illustré de nombreux exemples, se veut pédagogique et opérationnel.

La crise sanitaire a également démontré la très forte résilience des services publics français et en particulier celle des industriels publics et privés qui en sont délégataires. Elle est le fruit d'un dialogue continu entre les parties que la crise n'a pas et ne doit pas altérer. Chacun à sa place a conscience des enjeux et de ses propres responsabilités vis-à-vis de l'autre partie, du contribuable et des usagers. A ce titre, ce précis permet de rappeler les règles de droit qui prévoient une indemnisation des cocontractants de l'administration en pareil cas, de même que l'effort de justification et d'explication que doivent fournir ceux-ci en contrepartie.

Ce dialogue continu a fait émerger 4 sujets jugés prioritaires pour accompagner chacune des parties prenantes, dans leur relation contractuelle :

- La force majeure, l'imprévision et le fait du prince : théorie et application à la crise sanitaire ;
- Les surcoûts générés par la crise sanitaire ;
- Les pertes de recettes ;
- Les pénalités.

Ce précis pourra être utilement complété dans les mois à venir en fonction de l'évolution de la crise sanitaire, du délai nécessaire pour revenir à un niveau d'activité d'avant crise et d'éventuelles nouvelles questions juridiques qui mériteraient des éclaircissements.

PARTIE I

LA CRISE SANITAIRE CONSTITUE-T-ELLE UN CAS DE FORCE MAJEURE OU UNE CAUSE D'IMPRÉVISION ?

COMMENT PEUT-ON ÉVENTUELLEMENT FAIRE JOUER LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ?

La survenance brutale et inattendue de la crise sanitaire liée à la pandémie du virus Covid-19 a conduit dans un premier temps un certain nombre d'acteurs, et en particulier le ministre de l'Économie et des Finances dans une déclaration du 9 mars 2020, à considérer que le concept de force majeure pourrait seul permettre de répondre aux difficultés d'exécution des contrats.

Or, la validité de la mobilisation des concepts de force majeure, d'imprévision ou encore de fait du prince n'ont pas toujours pu apporter de réponses aux difficultés rencontrées par les opérateurs économiques dans l'exécution de leurs contrats. La loi d'urgence¹ et les ordonnances² qui en découlent ont ainsi permis, dans les cas où ces théories juridiques classiques ne pouvaient être pleinement mobilisées, de compléter la palette des options disponibles aux parties au contrat.

Analyser cette crise sanitaire à travers les théories de la force majeure (1.), de l'imprévision (2.) et du fait du prince (3.) permettra notamment de simplifier l'articulation de ces théories avec les mesures adoptées par les autorités et répondre aux problématiques rencontrées par les acteurs économiques.

I. LE CAS DE FORCE MAJEURE

I.1. En droit

Classiquement, la jurisprudence administrative reconnaît l'existence d'un événement de force majeure à la réunion des **trois conditions cumulatives** que sont **l'extériorité** aux parties, **l'imprévisibilité** au moment de la conclusion du contrat et **l'irrésistibilité** au regard des moyens dont dispose le cocontractant pour l'exécution de ses obligations

En outre, le juge administratif recherche, dans le cadre de ce faisceau d'indices, si l'évènement en cause a **bouleversé, de façon définitive, l'équilibre du contrat**.

Au regard des conditions susmentionnées et en fonction des circonstances de temps et de lieu, le juge administratif a forgé une jurisprudence abondante sur ce qui relevait, ou non, d'un cas de force majeure. En revanche, il n'a jamais eu à se prononcer sur la caractérisation d'une pandémie contrairement au juge judiciaire.

I.2. En l'espèce

L'existence d'une pandémie ou d'une épidémie n'est pas suffisante *per se* pour constituer un cas de force majeure. A titre d'exemple, les juridictions judiciaires ont exclu la qualification de force majeure à plusieurs reprises pour la peste³, la dengue⁴, le SRAS⁵, le H1N1⁶ et Ebola⁷. En effet, ces dernières ont tendance à considérer que dès lors qu'un virus est connu, endémique et non létal, il ne peut revêtir la qualification de cas de force majeure.

1. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

2. Il s'agit là, notamment, 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* ainsi que de 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*.

3. Paris, 25 septembre 1998, n° 1996/08159.

4. Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, n° 08/02114 ; Nancy, 22 novembre 2010, n° 09/00003.

5. Paris, 29 juin 2006, n° 04/09052.

6. Besançon, 8 janvier 2014, n° 12/02291.

7. Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263 ; C.A. Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607.

Toutefois, la nature exceptionnelle et unique de la pandémie Covid-19 et les mesures exceptionnelles adoptées à la suite de la crise sanitaire qui s'en est suivie conduisent, sous réserve de l'interprétation souveraine des juges, à considérer que **la qualification d'évènement de force majeure pourrait être légitimement retenue**⁸.

Pour autant, les caractéristiques de la force majeure nécessitent un examen *in concreto*, dès lors que celle-ci ne peut être appréciée qu'au cas par cas, au regard des circonstances de chaque espèce.

Bien plus, le régime de la force majeure n'étant pas d'ordre public, l'application de celui-ci dépendra, également, des stipulations contractuelles aménageant éventuellement la définition et la portée de la force majeure.

Ceci étant rappelé, il convient d'analyser les caractères (i) d'extériorité, (ii) d'imprévisibilité et (iii) d'irrésistibilité de la crise sanitaire liée au virus Covid-19.

1e critère : la crise sanitaire liée au virus Covid-19 est un évènement échappant au contrôle du cocontractant

La crise sanitaire liée à la propagation du virus Covid-19 et conduisant à des mesures exceptionnelles prises par les pouvoirs publics⁹ est une **illustration manifeste d'évènement échappant au contrôle des parties. La partie souhaitant invoquer la force majeure ne devrait donc pas avoir de difficulté pour démontrer de bonne foi la recevabilité de la condition d'extériorité de l'évènement**, sous réserve de démontrer parallèlement qu'elle exécutait effectivement ses obligations contractuelles de manière diligente.

La crise sanitaire liée au virus Covid-19 est, de ce point de vue, un évènement indépendant des parties pouvant affecter l'exécution normale de leurs obligations contractuelles.

2e critère : la crise sanitaire liée au virus Covid-19 ne pouvait être raisonnablement prévue lors de la conclusion du contrat

Le caractère imprévisible de l'évènement s'apprécie au regard du lieu, du moment et des circonstances dans lesquels il se produit. De ce point de vue, la crise sanitaire liée au Covid-19 et les mesures prises par les autorités pour y remédier ne peuvent pas être qualifiées d'imprévisibles de manière générale et absolue.

La prévisibilité doit notamment être appréciée au moment de la conclusion du contrat. Si le titulaire du contrat avait pu raisonnablement prévoir l'épidémie au moment de la conclusion du contrat, alors ce dernier, affecté par la survenance de l'évènement, est considéré comme ayant accepté le risque d'une telle épidémie sur l'exécution dudit contrat. Par conséquent, la force majeure pourra moins facilement être invoquée dans les contrats signés après la publication de la Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ou pour les contrats en cours de signature.

S'agissant des contours de l'imprévisibilité, il convient de préciser qu'un évènement prévisible dans sa survenance peut très bien avoir eu des conséquences d'une ampleur imprévisible.

8. Colmar, 6^e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098. La cour d'appel de Colmar, saisie à propos d'une rétention administrative a qualifié l'épidémie du virus Covid-19 de cas de force majeure.

9. Notamment le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 *portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19*.

En l'espèce, la propagation rapide du virus Covid-19 et l'ampleur des mesures de confinement nous permettent de croire en ce que **l'évènement ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat**. En effet, s'il peut être considéré qu'une épidémie était parfaitement envisageable, **les mesures gouvernementales drastiques prises en conséquence, telles que les restrictions à la libre circulation et les fermetures de lieux publics et de commerces, étaient en revanche totalement imprévisibles**.

Les clauses de force majeure prévues par les contrats peuvent être très détaillées et anticiper la survenance d'évènements brutaux et ainsi venir restreindre ou exclure l'application de la force majeure face à la survenance de ces situations. Si tel est le cas, les parties devront nécessairement agir comme le prévoient les stipulations contractuelles en vigueur. A titre d'illustration, il est fréquent de rencontrer dans les contrats de la commande publique, des aménagements excluant la force majeure en cas de grève des agents du titulaire du contrat.

Dès lors, si l'interprétation de l'imprévisibilité reste casuistique et soumise à l'interprétation souveraine des juges, les arguments évoqués laissent croire en la satisfaction raisonnable du caractère d'imprévisibilité de la crise sanitaire liée au virus Covid-19 pour les contrats antérieurs à la crise sanitaire (Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19).

3e critère : les effets de la crise sanitaire liée au virus Covid-19 ne peuvent être évités par des mesures appropriées et empêchent l'exécution des obligations du débiteur

Le caractère irrésistible doit s'entendre d'un empêchement absolu de l'exécution des obligations du cocontractant. L'évènement de force majeure doit ainsi conduire à des difficultés anormales et inévitables quand bien même toutes les diligences utiles sont mises en œuvre.

Par conséquent, le titulaire du contrat devra démontrer concrètement que les effets de l'évènement ne peuvent être évités par des mesures appropriées et qu'il n'existe pas d'autres moyens d'exécuter ses obligations en raison de la crise sanitaire liée au virus Covid-19 et/ou des mesures prises pour y remédier, et ce, malgré l'adoption de mesures raisonnables pour atténuer les effets de cette crise sur l'exécution de ses obligations contractuelles.

La jurisprudence judiciaire a ainsi rejeté la force majeure en jugeant que **la gravité** d'une épidémie était insuffisante et que des traitements préventifs existaient¹⁰.

La condition d'irrésistibilité est la condition la plus délicate à retenir dans le contexte de la crise sanitaire. L'analyse *in concreto* sera ainsi déterminante pour l'examen de cette condition. L'impossibilité d'exécution du contrat par les parties est, à ce titre, davantage justifiable s'agissant des mesures restrictives prises par les autorités publiques, qu'à l'aune de l'épidémie elle-même dont l'impact est moins direct et moins conséquent.

L'impossible exécution des contrats pourrait ainsi découler des mesures prises par les autorités publiques ayant notamment conduit à :

- L'absence de nombreux personnels dans les entreprises ayant pu rendre impossible la réalisation de certaines obligations ;

10. Paris, 25 septembre 1998, n° 1996/08159

- L'absence de nombreux personnels chez les sous-traitants ayant pu retarder ou empêcher la réalisation de prestations de services ou de travaux ;
- Les décisions de fermetures de chantiers /sites de clients ayant pu rendre impossible le respect de planning travaux ;
- Les restrictions et interdictions à la libre circulation des biens et des personnes ayant pu priver certaines activités de clients ;
- L'interruption de fabrication ou d'approvisionnements de matériels, équipements, fluides nécessaires à la réalisation de prestations voire à la tenue d'engagements de performances.

La preuve de la condition d'irrésistibilité devra être documentée, notamment par la mise en place d'une traçabilité des dispositifs et du suivi des actions préventives/palliatives menées pour remédier à l'évènement de force majeure.

Ainsi, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge administratif, la qualification de la crise sanitaire liée au virus Covid-19 en cas de force majeure pourra être retenue en cas de réunion des conditions susmentionnées, et en particulier de démonstration de l'impossibilité d'exécuter le contrat et de l'absence de stipulations contractuelles s'y opposant.

En tout état de cause, la réflexion autour de la mise en œuvre de la force majeure devra tenir compte des dispositions prévues par les ordonnances relatives à la loi d'urgence sanitaire, en particulier « l'ordonnance délais », dont l'application est moins conditionnée mais dont le champ d'application matériel et temporel est plus restreint que la force majeure.

I.3. Les conséquences de la qualification de cas de force majeure

L'application de la force majeure conduit à rompre le lien de causalité entre la faute commise par l'un des cocontractants, en l'occurrence l'inexécution contractuelle, et le préjudice subi par l'autre, de la même manière qu'elle excuse celui des cocontractants qui a été empêché d'exécuter ses obligations contractuelles.

Dans le cadre des contrats de la commande publique, si l'évènement emporte un bouleversement définitif de l'équilibre économique du contrat, ce dernier peut être résilié en application des dispositions du Code de la commande publique. L'article L. 3136-2 du Code de la commande publique prévoit ainsi que « l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure ». La situation est identique pour les marchés publics, comme le précise l'article L. 2195-1 du Code de la commande publique.

Par conséquent, la résiliation peut s'effectuer en vertu des dispositions contractuelles en vigueur entre les parties et/ou à travers la saisine du juge administratif.

Dans ce dernier cas, la reconnaissance de l'existence d'un cas de force majeure conduira, en principe, à l'exonération de la responsabilité contractuelle du titulaire du contrat, voire à l'adoption de mesures compensatrices destinées à remédier aux pertes subies et assumées par ce dernier, sous réserve de le notifier au maître d'ouvrage et de veiller à en limiter les effets.

Enfin, il convient de signaler que **le Conseil d'État a considéré que, sauf stipulation contractuelle contraire, le titulaire du contrat public ne pourra se voir indemniser que des pertes subies**

imputables à l'évènement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité¹¹.

Ces conditions d'indemnisation conduisent le cocontractant souhaitant invoquer la force majeure à s'interroger sur les autres options envisageables offrant des conditions d'indemnisation plus favorables.

Les modalités de reconnaissance de l'évènement de force majeure par les parties peuvent être prévues par une procédure détaillée dans le contrat ou être discutée librement par les parties en l'absence de telles stipulations. Ces discussions peuvent ainsi conduire soit à l'aménagement et/ou l'assouplissement des obligations contractuelles suivant que l'évènement, créant la force majeure, est temporaire ou définitif (ex : suspension ou reports de délais, modification des engagements par voie d'avenant, exonération de pénalités, etc.) soit à une résiliation pure et simple du contrat.

En cas de désaccord, l'opérateur économique pourra saisir le médiateur des entreprises¹² et/ou le Comité consultatif de règlement amiable des différends¹³, recours suspensifs de prescriptions ou porter directement le litige devant le juge qui tranchera¹⁴.

L'opérateur économique devra demeurer vigilant et assurer au mieux l'exécution du contrat pendant l'instance, afin de ne pas risquer une déchéance du contrat par son cocontractant s'il est débouté de son action par le juge.

II. LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

II.1. En droit

La théorie de l'imprévision reconnue par une jurisprudence constante et codifiée à l'article L.6, 3° du Code de la commande publique¹⁵, se définit comme un **bouleversement temporaire et imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat**. Dès lors, le titulaire du contrat n'est plus en mesure d'assurer l'exécution dudit contrat dans des conditions financières acceptables.

La théorie de l'imprévision est fondée, majoritairement, sur le principe de continuité du service public et permet au cocontractant de l'administration de poursuivre, en dépit des difficultés, l'exécution du contrat. **Par conséquent, le caractère d'irrésistibilité propre à la force majeure n'est pas exigé puisque au sein de la théorie de l'imprévision, l'exécution est difficile mais surmontable.**

II.2. En l'espèce

Partant, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision suppose que **deux séries de conditions** soient satisfaites. La première série relative à l'évènement à l'origine de la situation extracontractuelle (i.) et la seconde série relative aux effets entraînés par l'évènement invoqué sur la situation matérielle du cocontractant (ii.).

L'évènement à l'origine de la situation extracontractuelle

La crise sanitaire liée au virus Covid-19 doit être analysée tant sur sa nature et son objet que sur son caractère imprévisible et son extériorité à l'égard du cocontractant privé.

11. CE 8 janvier 1925, *Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire*, au Rec.

12. Code de la commande publique, article L.2197-4.

13. Code de la commande publique, article L.2197-3.

14. Dispositions non applicables aux concessionnaires autoroutiers

15. « 3° 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 ».

En premier lieu, s'agissant de **la nature de l'évènement**, la jurisprudence a pu considérer comme remplissant le caractère d'imprévision, des événements et aléas d'ordre économique tels que la dépréciation monétaire ou les crises économiques, mais également des faits d'ordre naturel¹⁶ ou l'adoption de dispositions législatives¹⁷.

Le virus Covid-19 ainsi que les mesures législatives prises afin d'y remédier conduisent à considérer que la crise sanitaire liée audit virus Covid-19 est un évènement susceptible de satisfaire, sous réserve de l'interprétation des juges, au caractère d'imprévision.

En deuxième lieu, s'agissant de **l'objet de l'évènement invoqué**, celui-ci doit être suffisamment lié au contrat pour que l'économie de ce dernier puisse être bouleversée. A cet égard, la satisfaction de cette condition dépendra de l'incidence des mesures prises par les autorités sur l'exécution du contrat.

Ainsi, la crise sanitaire et les mesures y afférentes ont pu avoir pour effet d'affecter les charges intrinsèques des cocontractants de l'administration, par exemple :

- En imposant des mesures « santé sécurité » onéreuses à respecter sur les chantiers (masques, gel, distanciation, limitation du nombre de personnes donc allongement de la durée du chantier, etc.) ;
- En conduisant l'opérateur économique à changer de transporteur ou de distributeur et à payer des coûts supplémentaires pour pouvoir obtenir les marchandises qui lui sont nécessaires ;
- En conduisant l'opérateur à cesser le service faute de client susceptible de le consommer (ex : stations de ski quand elles n'ont pas fait l'objet de fermetures administratives franches).

Par ailleurs, **l'évènement doit avoir été imprévisible** au moment où ont été aménagées les relations contractuelles entre les parties.

L'incidence du Covid-19 et le caractère exceptionnel des mesures prises jusqu'alors nous permettent de considérer, de manière raisonnable, que la crise sanitaire constitue un aléa extraordinaire dont les parties n'ont pas pu tenir compte dans leurs prévisions.

Enfin, la crise sanitaire liée au virus Covid-19 satisfait la condition d'extériorité dès lors que ledit évènement n'est aucunement imputable à l'opérateur économique affecté.

La situation extracontractuelle

La théorie de l'imprévision ne peut être invoquée que si l'évènement imprévisible a provoqué **un bouleversement de l'économie du contrat** ce qui implique un déficit d'exploitation.

A cet égard, le cocontractant ne peut jamais invoquer un simple « *manque à gagner* »¹⁸, une diminution ou même la disparition totale de son bénéfice¹⁹. Il doit s'agir d'une réelle perte subie par le cocontractant.

16. CE 25 novembre 1925, *Cie des automobiles postales*, au Rec.

17. CE 28 décembre 1938, *Lebon*, p.996.

18. CE 25 novembre 1921, *Compagnie générale des automobiles postales*, au Rec.

19. CE 4 octobre 1961, *Entreprise Charlet*, au Rec.

Ainsi, il conviendra pour les opérateurs économiques de démontrer que la crise sanitaire liée au virus Covid-19 a perturbé, de manière profonde et anormale, l'équilibre économique et général du contrat.

A cette fin, les juges administratifs prennent en considération des éléments tels que l'ampleur des éventuels surcoûts liés à l'évènement invoqué, « *le chiffre d'affaires de la société, l'importance de ses réserves et l'aisance de sa trésorerie* »²⁰, mais également les sommes allouées à l'entreprise au titre des clauses du contrat²¹ et notamment de la révision des prix²². Bien plus, le Conseil d'Etat compare les charges invoquées à l'ensemble des éléments du contrat²³.

II.3. Les conséquences de la qualification de situation d'imprévision

Une double conséquence découle de la qualification, en tant que situation d'imprévision, de la crise sanitaire liée au virus Covid-19. D'une part, **la situation d'imprévision ne dispense pas le cocontractant de l'administration de l'exécution de son contrat** : il est tenu de l'assurer. D'autre part, **l'administration, quant à elle, est tenue d'accorder une aide à son cocontractant de droit privé.**

S'agissant de **l'obligation d'exécution**, celle-ci ne fait aucun doute et s'explique d'autant plus aisément que le but même de la théorie est précisément de permettre d'assurer la continuité du service. Ainsi, les hausses imprévisibles (prix des matières premières ou prix des fournitures, par exemple) n'autorisent jamais le concessionnaire à interrompre le service²⁴, pas plus que l'entrepreneur ou le fournisseur à suspendre les travaux ou les livraisons²⁵.

L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat est couplée à **l'obligation, pour l'administration, de coopérer avec son cocontractant**. Dès lors, il s'agira, dans la majorité des cas, d'une aide revêtant le caractère d'une indemnité couvrant les charges extracontractuelles qu'ont eu à subir les cocontractants durant la crise sanitaire liée au virus Covid-19.

A cet égard, l'article L.6,3° du Code de la commande publique précise en ces termes 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* ».

Dès lors, il sera nécessaire pour le titulaire du contrat de se concerter avec l'autorité concédante afin de trouver des solutions d'adaptation du contrat à la situation (aide financière, hausse de tarifs etc.). A défaut de conciliation, il conviendra de saisir le juge administratif afin d'obtenir une indemnisation. En effet, la théorie de l'imprévision est purement indemnitaire et le titulaire du contrat ne saurait s'exonérer de ses responsabilités contractuelles.

20. CE 8 novembre 1944, *Compagnie des chemins de fers d'Engheim*.

21. CE 5 mars 1958, *Ville de Nice*, au Rec.

22. CE 14 mars 1962, *Manufactures des vêtements Paul Boyé* au Rec.

23. CE 2 juillet 1982, *Société routière Colas*, au Rec.

24. CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, au Rec.

25. CE 29 juin 1945, *Ville de Bressuire*

Cette indemnité, qui peut s'inspirer des clauses du contrat²⁶ alors même qu'elle est considérée comme une charge « *extracontractuelle* »²⁷ ne couvre néanmoins qu'une partie du déficit subi par le titulaire du contrat. **Ce dernier prenant en effet à sa charge le coût de l'aléa économique normal inhérent à tout contrat.** Dès lors, la répartition de la prise en compte de ladite surcharge sera généralement de l'ordre de 90% pour l'autorité publique et de 10% pour l'opérateur économique. Ce seuil est notamment préconisé par l'administration dans une circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques²⁸.

III. LE FAIT DU PRINCE

III.1 En droit

L'expression « *fait du prince* » désigne, dans son acception la plus large, « *toute intervention des pouvoirs publics ayant pour résultat d'affecter d'une manière quelconque les conditions juridiques ou même seulement les conditions de fait dans lesquelles un cocontractant de l'administration exécute son contrat* »²⁹.

Cependant et contrairement à la définition mentionnée ci-avant, le Conseil d'Etat réserve le fait du prince aux seuls actes administratifs réguliers émanant de la personne publique contractante³⁰, pour autant qu'elle agisse dans une qualité autre que celle de partie au contrat.

A titre d'exemple, le fait du prince peut résulter de mesures de toute nature qui produisent un effet sur le contrat : actes de police, mesures fiscales ou sociales, etc...

Ainsi, l'application à un concessionnaire de service public, d'un texte à valeur législative instituant un prélèvement de 10 % sur toutes les dépenses publiques, est constitutive d'un fait du prince³¹.

III.2. En l'espèce

Dès lors que l'indemnisation des conséquences du fait du prince constitue un cas de responsabilité de la collectivité publique contractante, la mise en œuvre de cette théorie dans le cadre de la crise sanitaire liée au virus Covid-19 supposera (i.) l'existence d'un préjudice et (ii.) l'imputabilité de la mesure à la collectivité publique cocontractante. En outre, il conviendra d'analyser (iii.) le caractère imprévisible de la mesure prise par l'autorité publique contractante ainsi que (iv.) la nature de la mesure elle-même.

L'existence d'un préjudice

Le cocontractant ne peut prétendre à une indemnité que s'il établit que les mesures liées à la crise sanitaire lui ont causé un dommage.

26. CAA Paris, 10 décembre 2019, *Collectivité territoriale de Guyane*, au Rec.

27. CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, au Rec.

28. J.O.R.F. 30 novembre 1974, Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision).

29. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1 : LGDJ, 1983, n° 1292

30. CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, au Rec.

31. CE, 28 avril 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*

En l'espèce, il est probable que les mesures relatives à la crise sanitaire, en ce compris un confinement généralisé sur le territoire national ainsi qu'à titre d'exemple, les mesures sanitaires imposées par les autorités publiques issues notamment du décret n°2020-663 du 31 mai 2020, modifié, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, ont eu pour effet de créer un préjudice de nature économique pour les cocontractants de l'administration.

L'imputabilité des mesures à la personne publique cocontractante agissant à un autre titre que celui de partie au contrat

La théorie du fait du prince n'est susceptible d'être appliquée que si la mesure en question émane de l'autorité publique contractante agissant à un autre titre que celui de partie au contrat.

Partant, cette condition exclut l'indemnisation lorsque celle-ci n'est intervenue que sur la demande du cocontractant lui-même³², mais également lorsque la mesure prise par l'administration n'est que la constatation ou la conséquence inévitable des faits économiques extérieurs aux parties.

Dès lors, il conviendra pour les opérateurs économiques de démontrer que les mesures prises dans le cadre de la crise sanitaire liée au virus Covid-19, par l'autorité publique contractante, ont eu, de manière directe, une incidence sur l'exécution des contrats.

A défaut, lorsque la mesure émane d'une autorité publique étrangère au contrat, le cocontractant privé de l'administration pourra fonder sa demande vis-à-vis de l'autorité publique cocontractante sur la théorie de l'imprévision, et sur la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique vis-à-vis de l'autorité de qui émane l'intervention dommageable.

Le caractère imprévisible de la mesure

Pour donner lieu à indemnité, le fait du prince, dont argue le requérant, doit avoir été imprévu au moment du contrat.

Or, et comme mentionné précédemment, l'incidence du Covid-19 et le caractère exceptionnel des mesures prises jusqu'alors nous permettent de considérer, de manière raisonnable, que la crise sanitaire constitue un aléa extraordinaire dont les parties n'ont pu tenir compte dans leurs prévisions contractuelles.

La nature de la mesure

Les interventions des pouvoirs publics susceptibles d'affecter l'exécution d'un contrat de la commande publique en la rendant plus difficile ou plus onéreuse peuvent être très diverses par leur objet et ouvrir au cocontractant, ou non, un droit à indemnisation intégrale.

S'agissant des **mesures de portée générale**, il convient de distinguer entre les mesures touchant aux dispositions mêmes du contrat et celles touchant aux conditions de son exécution.

32. CE 9 juillet 1929, *Le Clainche*, au Rec.

Pour les premières, la théorie du fait du prince est applicable à condition toutefois, s'il s'agit d'une mesure législative, que le législateur n'ait pas entendu exclure toute indemnisation.

Pour les secondes, lorsque les mesures législatives ou réglementaires, sans atteindre les dispositions mêmes du contrat, ont seulement pour effet de rendre l'exécution de celui-ci plus difficile ou plus onéreuse, elles ne donnent pas lieu, en principe, à une indemnisation intégrale sur le fondement de la théorie du fait du prince.

Ainsi, le Conseil d'Etat refuse généralement l'indemnisation au titre de la théorie du fait du prince, des conséquences attachées à l'adoption de mesures fiscales générales³³, de mesures sociales³⁴ ou encore de mesures économiques et monétaires³⁵.

Par exception, le cocontractant peut prétendre, dans certaines hypothèses, à une indemnisation intégrale. Il en est d'abord ainsi lorsque cette indemnisation est prévue par la loi elle-même ou par le contrat.

En dehors de cette hypothèse, l'indemnisation semble encore possible lorsque les mesures de portée générale « affectent une donnée dont on peut considérer qu'elle a été essentielle, déterminante, dans la conclusion du contrat, une donnée dont la prise en considération a décidé le cocontractant à conclure le contrat ; lorsqu'il apparaît ainsi que le cocontractant n'a accepté de se lier qu'en considération d'un certain état des choses existant au moment du contrat, si une mesure, même générale, vient modifier cet état des choses, les conséquences pécuniaires de ce changement doivent être supportées par l'administration cocontractante »³⁶.

Les **mesures particulières concernent, quant à elles**, celles qui affectent les dispositions mêmes du contrat et celles ayant une incidence sur son exécution. Les premières comme les secondes ouvrent au cocontractant droit à indemnisation intégrale pour l'ensemble du préjudice y compris l'accroissement de charges qu'elles ont entraînées.

Dès lors, il conviendra pour l'opérateur économique cocontractant de l'administration de démontrer que les mesures liées à la crise sanitaire ont bouleversé l'économie générale du contrat et/ou ont altéré, de manière brutale et non prévue, une donnée essentielle du consentement du cocontractant de l'administration.

III.3. Les conséquences de la qualification de fait du prince

La conséquence juridique essentielle de l'application de la théorie du fait du prince consiste en l'obligation, pour l'autorité publique contractante, de réparer intégralement au moyen d'une indemnité compensatrice le préjudice causé à son cocontractant³⁷.

A cet égard, la réparation intégrale différencie nettement la théorie du fait du prince de celle de l'imprévision qui ne comporte, pour cette dernière, qu'une indemnisation partielle.

33. CE 26 janvier 1940, *SA Motobloc*, au Rec.

34. CE 14 février 1936, *Ville de Paris*, au Rec.

35. CE 19 décembre 1928, *Guillet*, au Rec.

36. CE 31 mai 1918, *Degraeve*, au Rec. ; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2 : LGDJ, 1983, p. 536

37. C.E. 23 avril 1948, *Ville d'Ajaccio* ; C.E. 25 janvier 1963, *Société des alcools du Vexin*, au Rec.

PARTIE II

QUELLES SOLUTIONS JURIDIQUES POUR LE TRAITEMENT ET L'ÉVENTUELLE INDEMNISATION DES SURCOÛTS GÉNÉRÉS PAR LA MISE EN ŒUVRE DE MOYENS SUPPLÉMENTAIRES NON PRÉVUS AU CONTRAT INITIAL POUR FAIRE FACE À LA CRISE SANITAIRE ?

I. IDENTIFICATION DES SURCÔÛTS

La crise sanitaire a fortement impacté les titulaires de contrats de la commande publique (marchés publics, contrats de concession) et notamment les concessionnaires de service public. Cette crise se caractérise par la succession de **plusieurs phases critiques** qui nécessitent des mesures sanitaires adaptées et qui ont mis à mal et impactent durablement l'équilibre économique de ces contrats.

La compensation des surcoûts doit couvrir l'ensemble des périodes pendant lesquelles les mesures sanitaires supplémentaires sont justifiées.

A titre d'exemple, pour les opérateurs de transport public urbain, la crise a d'abord eu pour effet de dégrader les niveaux de service et de fréquentation des passagers, avant que de nouvelles mesures sanitaires ou de distanciation sociale viennent peser sur les charges d'exploitation.

Une première phase d'entrée dans la crise correspondant au confinement (du 17 mars au 11 mai 2020) a pu, selon les cas, générer trois types de surcoûts :

- Soit l'activité objet du contrat a été suspendue et des frais de garde de chantier ou de démobilisation ont pu être engendrés ;
- Soit l'activité a été poursuivie au nom de la continuité du service public (ex : transports publics, distribution d'eau, prisons, hôpitaux...) le plus souvent sous une forme dégradée, obligeant les titulaires de ces contrats à une grande agilité afin de s'adapter dans les meilleurs délais à la situation. Cette hypothèse a alors engendré des surcoûts liés à la mise en place d'équipements permettant le respect des gestes barrières (ex : masques, gel, marquage au sol, ...), ainsi qu'à la réalisation de prestations supplémentaires (ex : désinfection des locaux et matériels utilisés) ; ou encore, pour des services publics particulièrement critiques comme la distribution d'eau, par la « mise en réserve » de personnel payé pour rester à domicile pour en revanche être en mesure d'assurer la relève d'agents de première ligne contaminés. Dans le secteur autoroutier, à titre d'exemple, et alors que le trafic était considérablement réduit, les sociétés concessionnaires ont pallié à la fermeture des points de restauration sur les aires de service par la mise en place de food-trucks qu'ils ont financés, au profit des routiers qui assuraient l'approvisionnement du pays alors que les mesures prescrites par l'Etat ne permettaient plus aux sous-concessionnaires de maintenir leurs établissements ouverts. Dans la même préoccupation d'assurer la continuité du service pour les véhicules autorisés à circuler, les sociétés concessionnaires ont assuré le nettoyage de certaines aires pour lesquelles les prestataires ne disposaient plus de personnel suffisant pour assurer leurs missions.
- Enfin, et dans les deux cas de figure, malgré les dispositifs d'indemnisation mis en œuvre par les pouvoirs publics, les concessionnaires ont pu supporter un « reste à charge » au titre des salariés en arrêt de travail pour garde d'enfants, pour personnes fragiles ou encore au titre de la mise en chômage partiel (ce type de surcoût pouvant par ailleurs perdurer au-delà de la période de confinement).

Une seconde phase correspondant au déconfinement (à partir du 11 mai jusqu'à juillet voire septembre 2020) correspond à un redémarrage progressif des activités, l'objectif étant de revenir dès que possible, à un niveau d'offres ou de prestations comparables à celui qui a précédé la crise.

Toutefois, des mesures strictes à caractère sanitaire ont été imposées afin d'assurer la sécurité des personnes. Ces mesures ont été déclinées sous la forme de protocoles spécifiques à chaque secteur d'activités (ex : *protocole national de sortie du confinement en matière de transport - version mise à jour le 26 juin 2020 – phase 3 à compter du 22 juin 2020 ; guide de l'Organisme Professionnel de Prévention du Bâtiment et des Travaux Publics (OPPBT) en date du 2 avril 2020*).

Ainsi, les mesures adoptées pour faire face à l'épidémie du Covid-19 génèrent des surcoûts significatifs et dépenses exceptionnelles pour les titulaires de contrats de la commande publique. Il peut s'agir de :

- La mise à disposition de matériels dédiés pour la protection des personnels (*masques, gels hydroalcooliques, combinaisons, gants...*) ;
- La réalisation de prestations supplémentaires :
 - Mise à disposition des clients, le cas échéant, d'un point d'eau, de savon ou de gel hydroalcoolique, dans les lieux ouverts au public ;
 - Prestations de nettoyage (*internes et externes*) et désinfection régulière des véhicules (*au moins une fois par jour*) et des bâtiments ;
 - Mise en place d'équipements de sécurisation/distance sociale (*Rubalise, plexiglass...*) ;
 - Signalétique et communication (*annonces sonores, campagnes d'affichages...*) ;
 - Titres SMS spécifiques à l'attention des usagers et abonnés du réseau ou du service ;
 - Mise à jour des sites Internet des exploitants (*pendant et après le confinement*) ;
 - Etc.
- Coûts supplémentaires pour les approvisionnements ;
- Coûts supplémentaires de mise en place de nouvelles procédures sanitaires et moyens de protection pour opérer l'enlèvement des déchets (notamment du fait de présence de masques dans les poubelles) ;
- Pertes de productivité en raison des nouvelles contraintes de temps et de fonctionnement imposées (ex : limitation de la co-activité, allongement des durées d'intervention en raison du port d'EPI supplémentaires, réalisation de briefing de sécurité sanitaire quotidien, modification des modes opératoires, des bases de vie des chantiers de travaux).

Une troisième phase de retour à l'exécution « optimale » du contrat de la commande publique est enfin à envisager dans les prochains mois, sachant que des impacts durables sont à prévoir :

- Maintien des équipements nécessaires au respect des mesures sanitaires (*masques, gels hydroalcooliques, combinaisons, gants...*) ;
- Perte de productivité comme évoquée précédemment, mais aussi avec parfois la nécessité d'avoir à rattraper dans de mauvaises conditions, le retard pris dans la réalisation de certaines obligations (avec recours à des heures supplémentaires, à de l'intérim plus coûteux) ;
- Baisse de la fréquentation difficile à estimer (*exemple pour le transport public : crainte des clients d'utiliser à nouveau des moyens de transport collectif, développement de nouvelles mobilités alternatives, risque d'un usage accru des véhicules individuels à moteur...*) ;
- Difficultés, voire défauts de paiement des clients liés à la crise économique consécutive à la crise sanitaire ;
- Impacts éventuels sur des indicateurs de performance à plus long terme (par exemple, évalués annuellement et qui risquent de ne pas pouvoir être atteints en raison de la crise sanitaire), alors que ces indicateurs peuvent être, selon les cas de figure, utilisés dans le calcul de pénalités ou d'une rémunération à la performance.

Dans les transports publics notamment, les autorités organisatrices de la mobilité et les concessionnaires devront ainsi déployer de nombreuses actions et engager de nouveaux moyens (*politiques de communication, marketing, offres tarifaires ...*) pour retrouver la confiance des usagers du transport public, relancer la fréquentation et apporter toutes les réponses sanitaires attendues (*hygiène et sécurité*).

Enfin, dans certains cas spécifiques, des dispositions réglementaires ont pu avoir pour effet d'interdire explicitement certaines recettes. Ainsi, en application de l'Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020, dite Ordonnance Délais ainsi que l'Ordonnance n°2020-560 du 13 mai 2020, les pénalités et intérêts de

retard prévus par les règlements de service des services d'eau et d'assainissement ont été suspendus pendant la période courant du 12 mars au 23 juin 2020 alors même qu'un certain nombre d'actions de relance étaient maintenues avec les coûts correspondants.

Ainsi, les surcoûts observés sont associés à plusieurs facteurs de perte de productivité (indisponibilité des agents du service en arrêt maladie ou en activité partielle / garde d'enfants / absentéisme, systèmes de protection mis en place), de coûts supplémentaires (mesures de protection sanitaire), tandis que la dégradation du niveau de recettes commerciales collectées par les concessionnaires ne permet plus de faire face à de telles dépenses, au-delà des contributions financières forfaitaires versées par les autorités déléguées dont le mode de calcul a souvent été revu afin de ne couvrir provisoirement que les seuls coûts directs et charges fixes (coûts corrélés au niveau réel de production et discussion autour de la prise en compte des charges incompressibles d'assurance, de maintenance, de loyers immobiliers, de structure...).

II. QUELS MÉCANISMES JURIDIQUES (LÉGISLATIFS ET JURISPRUDENTIELS) POUR L'INDEMNISATION ?

II.1. Mécanismes d'indemnisation prévus dans le contrat initial

Le premier réflexe est d'aller voir dans le contrat s'il existe une clause spécifique qui pourrait permettre la prise en charge de ces surcoûts, ou a minima une clause de revoyure.

Le 1° de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique pour les marchés et 1° de l'article L. 3135-1 du Code de la commande publique pour les concessions fixent le cadre de ces modifications résultant d'une clause initiale du contrat :

« Un marché/contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque :

1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

..... ».

S'agissant des marchés publics de travaux, le Premier ministre, dans sa circulaire en date du 9 juin 2020 relative à la « prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de covid19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics exécutés au titre de marchés publics de l'Etat soumis au chapitre 1er du Titre 1er du livre I de la première partie du Code de la commande publique », invite à se fonder sur les stipulations de l'article 6.2 du CCAG Travaux selon lequel : « 6.2. En cas d'évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail en cours d'exécution du marché, les modifications éventuelles demandées par le représentant du pouvoir adjudicateur, afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent lieu à la signature, par les parties au marché, d'un avenant. »

S'agissant des contrats de concession, l'article R. 3135.1 du Code de la commande publique précise les conditions particulières d'un tel réexamen :

« **Le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.**

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

- Dans le secteur du transport public urbain de voyageurs comme dans celui de la distribution d'eau et de l'assainissement, l'intégration d'une telle clause de « revoyure ou de réexamen » est assez courante.

- Cette clause peut prévoir l'ouverture de négociations en cas de variation significative du volume d'offre de service réalisée (en + ou en -).
- Cette clause peut également prévoir l'ouverture de négociations en cas de variation significative des recettes d'exploitation et/ou de la fréquentation.
- Cette clause peut prévoir enfin l'ouverture de négociations en cas d'évènement extérieur au concessionnaire ou de fait majeur ayant un impact significatif sur les conditions économiques d'exécution du contrat.

Exemple : « L'exécution du service public de transport peut être affectée par l'évolution des conditions économiques générales mais également par des évènements ou des circonstances externes à l'Autorité Délégitante comme au Délégitaire. Ces évènements ou circonstances sont de nature à avoir un impact significatif sur l'équilibre économique général du contrat. Leurs effets peuvent être ressentis tant au niveau des coûts d'exploitation qu'à celui du trafic et des recettes sans qu'ils puissent être raisonnablement mesurés à la date d'effet du contrat. Pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques générales et des évènements ou circonstances externes aux parties cocontractantes de nature à en modifier les conditions d'exploitation, l'Autorité Délégitante et le Délégitaire se rencontrent pour discuter de leur impact sur la convention et envisager le cas échéant et dans les limites légales, une révision des dispositions du contrat, notamment dans les cas suivants : (...) ».

En synthèse, le contrat peut être modifié lorsqu'une clause est prévue au contrat. Cette dernière peut soit fixer les modalités d'adaptation du contrat et le niveau de l'indemnisation si elle est suffisamment claire, soit et dans la majorité des cas, s'il s'agit d'une simple clause de rencontre ou de revoyure, ouvrir une négociation entre les parties prenantes afin que soit recherchée une solution de rééquilibrage économique du contrat.

II.2.Mécanismes d'indemnisation prévus dans le Code de la commande publique et dans la jurisprudence

Modification du contrat en raison de circonstances imprévues

Le Code de la commande publique autorise la modification du marché ou du contrat en cours d'exécution lorsque « les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues » (art. L. 2194-1 3° pour les marchés publics et article L. 3135-1-3° pour les contrats de concession). Les circonstances en question doivent être « des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » (art. R. 2194-5 et art. R. 3135-5). Ces modifications peuvent être décidées unilatéralement par la personne publique ou d'un commun accord entre les parties et matérialisées par voie d'avenant.

L'objectif affiché de ces dispositions est d'obtenir une modification des marchés ou contrats en cours, tenant compte des conditions dégradées dans lesquelles ils sont censés poursuivre leur exécution.

Le contrat peut être modifié sur le fondement de l'article R. 2194-5 (ou R. 3135-5), indépendamment de tout « bouleversement » de son économie et cette modification peut aboutir à une couverture intégrale du surcoût supporté par le titulaire sous réserve de certaines conditions.

Si le marché ou le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, et donc sauf pour les activités de réseaux, les modifications ne peuvent pas conduire à une augmentation du prix supérieure à 50% de la valeur initiale du contrat, l'acheteur doit tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix et la publication d'un avis de modification s'impose lorsque le marché qui a été modifié pour intégrer les modifications rendues nécessaires par les évènements imprévisibles est un marché public qui a été passé selon une procédure formalisée.

A noter que la Direction des Affaires Juridiques a récemment reconnu que « la crise sanitaire du Coronavirus est manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications » au sens de l'article L. 2194-1-3° du Code de la commande publique.

L'application de ces dispositions impliquera en conséquence une négociation entre les parties et un accord sur les termes et conditions de l'avenant à conclure.

En outre, les modifications apportées au contrat initial, doivent être en lien direct et étroit avec les circonstances imprévues survenues.

Il convient d'indiquer que cette notion de « circonstances imprévues » semble plus étendue que la notion d'évènement « imprévisible » exigée en matière de force majeure ou d'imprévision. En effet, le caractère d'imprévisibilité dans cette hypothèse ne concerne que l'autorité concédante. Aussi, il est important de souligner, qu'à la différence de la théorie de l'imprévision, cette hypothèse décrite au Code de la commande publique ne requiert pas que l'économie du contrat soit bouleversée par les « circonstances imprévues ».

Ainsi, dès lors qu'il est possible de qualifier de circonstances imprévues l'épidémie actuelle, le contrat, sur le fondement de l'article L. 2194-1 3° pour les marchés publics et de l'article L. 3135-1-3° pour les contrats de concession du Code de la commande publique, peut être modifié par voie d'avenant.

La modification peut prendre plusieurs formes permettant de rétablir l'équilibre souhaité par les parties comme la modification du montant des charges, de la rémunération du titulaire du contrat, des redevances, des tarifs, des investissements ou encore de la durée du contrat.

L'imprévision comme fondement juridique de l'indemnisation des surcoûts (article 6-3° du CCP)

L'article L. 6.3° du Code de la commande publique fixe le principe d'une indemnisation, sans que soit précisé ce que recouvre une telle indemnité (*prise en compte de charges extracontractuelles et/ou du déficit d'exploitation*) :

« 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 ; (...) ».

Ainsi, les cocontractants pourraient fonder leur demande indemnitaire sur ce principe posé au Code de la commande publique, dès lors que l'évènement affectant temporairement l'équilibre du contrat répond aux critères d'extériorité et d'imprévisibilité.

Les sujétions imprévues pour les marchés à prix forfaitaire

Il découle de la jurisprudence que le titulaire d'un marché à prix forfaitaire a droit au paiement des dépenses exposées en raison de sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible dont la cause est extérieure aux parties, dans la mesure où ces sujétions ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché (CE, 1^{er} juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud). Il convient de distinguer cette notion des « circonstances imprévues ».

Les opérateurs devront justifier d'une augmentation significative des charges pour bénéficier de ce droit.

La jurisprudence semble particulièrement stricte sur les conditions de qualification des sujétions imprévues.

Ainsi, il apparaît plus pertinent de recourir à un avenant en se fondant sur les articles L. 2194-1 3° et L. 3135-1-3° du Code de la commande publique (circonstances imprévues) pour prendre en charge les surcoûts engendrés par la crise sanitaire.

II.3. Mécanismes prévus dans les textes spécifiques à la crise COVID 19

La lettre circulaire du 15 mars 2020 du Secrétaire d'Etat chargé des transports aux Préfets de Département et de Région

Cette circulaire comportant plusieurs recommandations à l'attention des Préfets et des Autorités Organisatrices de la Mobilité quant à l'exécution des contrats publics, en période de crise sanitaire, invite les autorités à faire application des principes suivants :

- **Principe de souplesse dans l'application des clauses contractuelles** (*pénalité, clause de réexamen ...*) ;
- **Versement d'une indemnité d'imprévision** dans les cas suivants :
 - i - **le niveau des recettes et/ou de la fréquentation est insuffisant** ;
 - ii - **le volume d'offre réalisée est significativement impacté.**
- **Examen au cas par cas de la situation de chaque entreprise de transport et de chaque contrat** ;
- **Application immédiate des dispositions sans attendre le retour à la normale**, ce qui permet d'entamer des discussions sur le déséquilibre des contrats constatés dès le mois de mars, puis au mois le mois, pour couvrir tout ou partie des charges relatives aux frais fixes incompressibles qui s'entendent notamment des « charges salariales résiduelles » après mise en œuvre des mesures de chômage partiel.

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

Cette ordonnance offre aux entreprises concessionnaires une protection portant exclusivement sur les éventuels surcoûts d'exploitation.

Les dispositions de cette ordonnance relatives aux contrats de concession sont limitées dans leur application : « 6° - Lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité 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 ».

L'exécution du contrat de concession ne doit pas être altérée au point que le respect des obligations soit rendu impossible. Cette difficulté d'application du contrat ne peut ainsi être assimilée à une situation de force majeure.

Le texte de l'ordonnance prévoit un droit à indemnisation pour le concessionnaire, qui 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 ».

L'évaluation du surcoût est ainsi liée à la survenance de dépenses exceptionnelles ou imprévues qui ne peuvent être normalement supportées par le concessionnaire, au vu de l'équilibre initial du contrat de concession et de la situation économique du concessionnaire.

Néanmoins, nombre d'entreprises concessionnaires ont dû faire face à une forte baisse de l'activité liée aux mesures de confinement puis à la mise en place des précautions sanitaires post-confinement. Elles sont ainsi exposées à un déficit d'exploitation qui ne résulte pas d'une augmentation des coûts de l'exploitation, mais d'une diminution de leurs recettes (cf. III).

Ainsi, la théorie de l'imprévision est évoquée en filigrane dans cette disposition. Toutefois, contrairement à ce qu'il semble ressortir de cette ordonnance, l'imprévision n'est pas réservée exclusivement aux contrats de concession. Elle doit pouvoir également être invoquée pour tout contrat.

La théorie de l'imprévision telle qu'elle a été élaborée par le juge administratif reconnaît la possibilité d'accorder une indemnisation dans ce cas de perte de recettes (Conseil d'Etat 20 octobre 1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, N° 79315), ce que l'actuelle rédaction de l'ordonnance du 25 mars 2020 ne traduit malheureusement pas.

III. QUELLES SONT LES LIMITES RENCONTRÉES ET LES ÉVENTUELLES SOLUTIONS ?

Les titulaires de marchés publics ou les concessionnaires peuvent rencontrer des difficultés avec leurs clients publics, lorsqu'il s'agit de justifier le maintien de coûts fixes incompressibles, ou de faire valoir la mise en œuvre de moyens supplémentaires par rapport au cahier des charges et à l'économie du contrat initial.

Que représente une charge « *manifestement excessive* » ouvrant droit à compensation, au regard de la situation financière du co-contractant de la personne publique, avant et après la crise sanitaire ?

Un débat de « principe » ainsi qu'une discussion délicate sur les modalités d'évaluation de l'impact financier risquent de s'instaurer et de trouver ses limites.

Pour autant, certaines collectivités locales ont décidé de mettre en œuvre des solutions immédiates pour accompagner leurs cocontractants et plus généralement le tissu économique local. Ainsi, elles prennent provisoirement à leur charge entre 60 et 70% des surcoûts générés par la crise sanitaire et proposent par l'application d'une clause de revoyure en fin d'année (clause introduite au contrat par voie d'avenant), d'évaluer la réalité des surcoûts et de réajuster en conséquence, le montant définitif des charges à prendre en compte. Est ainsi versée une « provision d'indemnité d'imprévision », sans renoncement pour l'entreprise à obtenir la réparation intégrale de son préjudice par la suite, y compris devant le juge.

PARTIE III

COMMENT TRAITE-T-ON LES PERTES DE RECETTES GÉNÉRÉES PAR LA CRISE SANITAIRE ?



I. CONTEXTE DE LA RÉFLEXION

Si le transport public est particulièrement frappé, tous les secteurs sont impactés par cette crise sanitaire (restauration collective, déchets, équipements sportifs et culturels, ports et aéroports, crèches, tourisme, etc.)

Ainsi pour les transports publics, les mesures prises durant le confinement ont eu pour effet de dégrader fortement les niveaux de service et de fréquentation des passagers.

- Pendant la période de confinement, soit du 17 mars au 11 mai 2020 :

Les entreprises du secteur à la demande des Autorités Organisatrice de Mobilité ont dû réduire drastiquement leur offre de transport. En effet, celle-ci représentait 10 à 20 % de l'offre habituelle selon les réseaux.

La fréquentation des réseaux de transport a également fortement baissé et a eu pour conséquence de réduire les recettes commerciales pour les opérateurs. Cette perte de recettes est considérable puisqu'elle représente entre 80 et 90 % des recettes habituelles.

Dans le secteur des remontées mécaniques par exemple, on observe 100% de baisse des recettes puisque les stations de ski ont toutes été fermées.

Les transports publics sont ainsi exposés à un déficit d'exploitation qui ne résulte pas exclusivement d'une augmentation des coûts, mais aussi d'une diminution de leurs recettes.

- Depuis la fin de la phase de confinement soit le 11 mai 2020 :

L'activité de transport public a redémarré presque immédiatement à 100%. Toutefois, l'activité est encore fortement encadrée par des mesures sanitaires strictes imposées dans l'objectif d'assurer la sécurité des passagers et des personnels d'exploitation.

Le secteur ayant en outre fait l'objet d'une certaine stigmatisation, la fréquentation est loin d'avoir repris son niveau de décembre 2019. La profession estime que les impacts sur la fréquentation devraient se prolonger pendant plusieurs mois, au moins jusqu'à la fin de l'année 2020, voire jusqu'au milieu de l'année 2021.

Les opérateurs de domaines skiables, quant à eux, tablent tous sur un effet de la crise se prolongeant au moins sur les deux prochaines années avant un possible retour à la normale.

Les autorités organisatrices de la mobilité et les concessionnaires devront ainsi déployer de nombreuses actions et engager de nouveaux moyens pour retrouver la confiance des passagers du transport public, atteindre le niveau de fréquentation de décembre 2019 et apporter toutes les réponses sanitaires attendues en matière d'hygiène et de sécurité.

Qui supporte les conséquences financières de la crise sanitaire ?

Les mécanismes juridiques et économiques sont différents pour les contrats de concession et ceux des marchés publics. Aussi, les conséquences financières n'auront pas le même impact selon le type de contrat.

- Dans le cadre des concessions, le délégataire supporte un « risque recettes ». Pour autant, la crise liée au Covid 19 et ses effets ne peuvent pas rentrer dans le niveau de risque que les exploitants doivent assumer au titre de l'exploitation aux risques et périls.

- Pour les marchés publics, le « risque recettes » est principalement porté par l'autorité organisatrice.

Sur la notion de « risques et périls » sous-jacente dans le Code de la commande publique, on retrouve la notion de l'équation économique du contrat telle qu'elle a été prévue initialement et dans les comptes d'exploitation prévisionnel. L'opérateur assume l'aléa tel qu'il résulte de la structuration économique du contrat mais pas au-delà. En l'espèce, la crise sanitaire constitue bien un risque exceptionnel qui ne pouvait pas être anticipé dans les contrats. Par définition, elle ne pouvait donc pas faire partie de l'équation économique du départ.

II. QUELS SONT LES FONDEMENTS JURIDIQUES ?

II.1. Le contrat : premier référentiel des parties

Même si le contrat n'a pas pu anticiper de façon spécifique la crise sanitaire actuelle, **il existe une diversité de clauses contractuelles pouvant apporter une réponse aux problématiques soulevées.**

Ainsi, les contrats publics contiennent des stipulations relatives à son exécution, et également aux modifications de ses conditions d'exécution :

- Les clauses relatives à la rémunération ;
- Les clauses destinées à régler certains aléas (ex : clauses de rendez-vous) ;
- Les clauses relatives au mécanisme d'adaptation de l'offre ;
- Les clauses relatives à la modification de la consistance des services ;
- Les clauses relatives à des circonstances exceptionnelles ;
- Les clauses de réexamen du contrat (ou clause de revoyure).

Le contrat peut comporter des clauses, qu'elles soient relatives à l'exécution contractuelle ou aux modifications des conditions d'exécution, apportant des éléments de réponse au traitement des pertes de recettes générées par la crise sanitaire.

II.2. Les textes élaborés pour répondre à la crise

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

Cette ordonnance a pour objet de régler certaines difficultés contractuelles liées au contexte de crise sanitaire.

Ce texte offre aux entreprises concessionnaires une protection portant exclusivement sur les éventuels surcoûts d'exploitation (article 6.6).

Il convient de noter l'absence dans ce texte de mesures visant à régler les problématiques relatives aux pertes de recettes liées à la crise sanitaire. En outre, cette ordonnance se concentre sur les impacts sur les contrats pendant la crise, et non sur les conséquences à plus long terme. Or, plusieurs secteurs vont subir des pertes de recettes en lien avec la crise sanitaire bien au-delà du 23 juillet 2020.

Circulaire n°6177/SG du 9 juin 2020

Le Premier ministre a annoncé dans le cadre du plan soutien au BTP le 10 juin 2020, l'élaboration d'une circulaire³⁸ visant à prendre en charge des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics exécutés au titre des marchés publics de l'Etat.

Ce texte concerne uniquement les marchés publics de travaux publics ou de bâtiment conduits sous maîtrise d'ouvrage de l'Etat. En outre, il n'apporte aucune précision sur le traitement des pertes de recettes générées par la crise sanitaire.

II.3. Les dispositifs prévus dans le Code de la commande publique et par la jurisprudence

Modification du contrat en raison de circonstances imprévues

Le code de la Commande publique offre la possibilité de modifier un contrat en cours d'exécution lorsque « les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues » (art. L. 2194-1 3° pour les marchés publics et article L. 3135-1-3° pour les contrats de concession). Les circonstances en question doivent être « des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » (art. R. 2194-5 et art. R. 3135-5).

Il convient de souligner que la Direction des Affaires Juridiques a récemment considéré que « la crise sanitaire du Coronavirus est manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications » au sens du Code de la commande publique. Ainsi, ce mécanisme peut permettre de régler les questions de pertes de recette liées à la crise du Covid-19.

Ces modifications peuvent être déterminées unilatéralement par la personne publique – et dans ce cas sont susceptibles de donner lieu à indemnisation du cocontractant - ou en commun accord entre les cocontractants et concrétisées par voie d'avenant. Par ailleurs, le contrat peut être modifié indépendamment de tout « bouleversement » de son économie.

Sauf activités de réseaux, les modifications ne peuvent pas dépasser 50% du montant du contrat initial. Pour contourner cette limitation, il faudrait démontrer que les modifications sont non substantielles. La modification peut avoir toutes sortes d'effets permettant de rétablir l'équilibre souhaité par les parties : modification des redevances, des tarifs, des investissements ou encore de la durée du contrat, etc. Ainsi, la prolongation du contrat fait partie des solutions qui peuvent être retenues par les parties au contrat. Ce sera d'ailleurs, pour les concessions de service conclues pour des durées assez longues, une des solutions les plus intéressantes versus la baisse des redevances (qui pèse sur le niveau de recettes de la collectivité), le report ou l'annulation d'un investissement (qui peut grever la performance du service) ou encore une hausse des tarifs qui peut ne pas être politiquement désirée ou supportable pour les usagers.

38. Circulaire n°6177/SG du 9 juin 2020

La théorie de l'imprévision

Cette théorie jurisprudentielle se trouve désormais codifiée à l'article L. 6 du Code de la commande publique. Elle trouve à s'appliquer lors de l'apparition d'un événement imprévisible, extérieur et impactant l'économie du contrat³⁹. En contrepartie d'une indemnité, le cocontractant de l'administration doit poursuivre l'exécution de son contrat.

La théorie de l'imprévision telle qu'elle a été élaborée par le juge administratif reconnaît la possibilité d'accorder une indemnisation en cas de perte de recettes (Conseil d'Etat 20 octobre 1971, compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, N° 79315).

La théorie de l'imprévision devra s'apprécier au cas par cas. Dans le contexte de l'épidémie actuelle, il semble que les conditions de l'imprévision soient réunies. Toutefois, les applications récentes de cette théorie dans les jurisprudences administratives sont très rares.

Au regard de la doctrine, il semble que la théorie de l'imprévision conduise à une répartition entre les parties du déficit d'exploitation. Néanmoins, l'essentiel de l'indemnisation au titre de l'imprévision incombera à la personne publique.

L'imprévision suppose un bouleversement de l'économie du contrat. Ce bouleversement s'apprécie de façon différente entre les marchés publics et les concessions.

Concernant les marchés publics, le bouleversement s'apprécie en fonction des surcoûts.

Pour les concessions, ce sont les pertes d'exploitation qui caractérisent le bouleversement du contrat.

III. LIMITES ET/OU DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

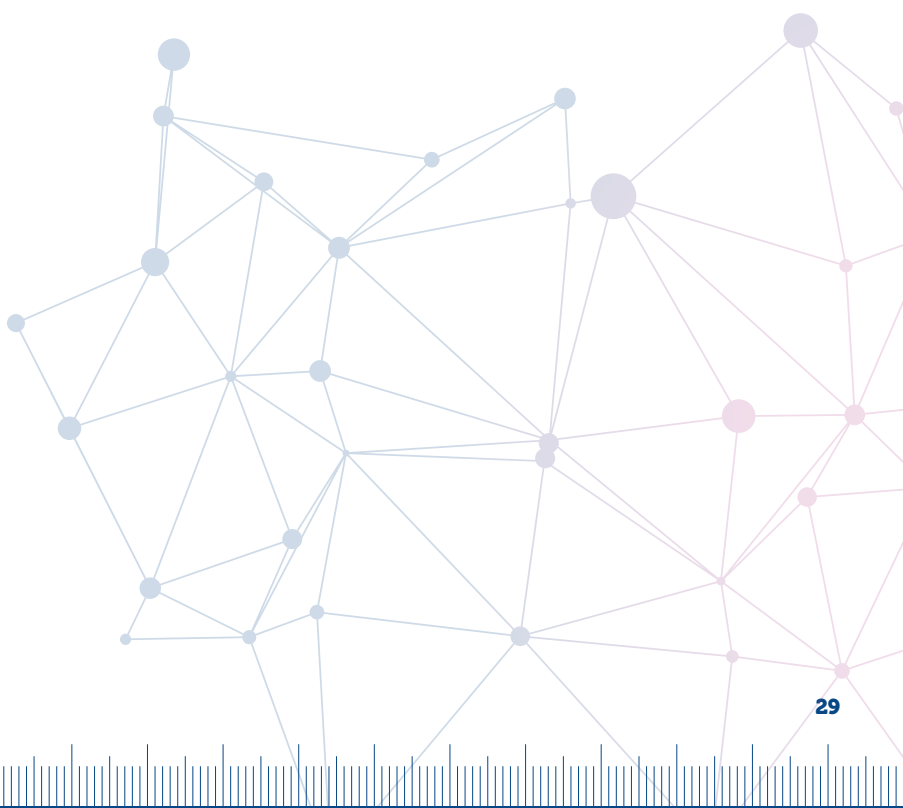
Il semble difficile, à l'heure actuelle, de **mesurer l'impact de l'épidémie sur les recettes** en raison notamment de l'impossibilité de prévoir exactement à ce stade la durée de ses conséquences financières.

En revanche, comme cela a été évoqué plus haut, et dans un contexte d'urgence économique, il peut être opportun de mettre en place des mécanismes contractuels permettant un premier niveau de compensation immédiate, à ajuster selon des modalités prédéfinies une fois que les impacts définitifs de la crise auront pu être correctement appréciés.

39. Cf. partie 1 relative à la présentation et l'analyse de la théorie de l'imprévision p.10

PARTIE IV

LES PÉNALITÉS APPLICABLES AUX TITULAIRES DE CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE



I. DANS QUELLES SITUATIONS LE TITULAIRE D'UN MARCHÉ OU D'UN CONTRAT DE CONCESSION PEUT-IL SE VOIR APPLIQUER DES PÉNALITÉS ?

Les pénalités applicables au titulaire d'un marché ou d'une concession sont régies par un corpus de règles générales (I.1.) qui ont été adaptées au contexte particulier de l'épidémie du Covid-19 (I.2.).

I.1. Règles générales applicables aux pénalités

Les pénalités contractuelles sont des sanctions dont dispose l'administration contre les manquements contractuels éventuels du titulaire d'un contrat. **Ces pénalités sont nécessairement prévues dans le contrat ou ses avenants.** Si aucune disposition du Code de la commande publique ne consacre les pénalités concernant les contrats de concession, le code comporte des dispositions les régissant en matière de marché public⁴⁰. Les CCAG comportent également une clause concernant le sujet des pénalités⁴¹.

Ces pénalités ont une double fonction. D'abord, les pénalités servent à garantir la bonne exécution des obligations du contrat. Dès lors que la pénalité est contractualisée, l'administration n'a pas besoin de faire état d'un quelconque préjudice⁴². La pénalité se trouve alors due à partir du moment où le manquement contractuel est avéré. **La menace constitue la fonction incitatrice des pénalités.**

Ensuite, à condition qu'elles soient libératoires, les pénalités sont censées réparer forfaitairement le préjudice subi par l'administration en raison de l'inexécution contractuelle, **il s'agit là de leur fonction réparatrice.** A ce titre, la contrepartie de l'application des pénalités contractuelles est l'impossibilité pour la personne publique de rechercher la responsabilité contractuelle pour les faits qui ont donné lieu à l'application des pénalités⁴³. L'administration doit alors choisir entre l'application des pénalités et la recherche de la responsabilité ou démontrer une faute distincte de la part du cocontractant.

La sanction pécuniaire que représentent les pénalités ne peut être appliquée au titulaire du contrat que pour un manquement contractuel qui lui est imputable ou qui est imputable à ses sous-traitants. L'incidence des pénalités sur les rapports contractuels et financiers entre le titulaire et le sous-traitant est alors l'affaire du titulaire et relève en principe du droit privé.

L'exercice de ce pouvoir de sanction est encadré par deux principes jurisprudentiels :

- D'une part, l'administration doit en principe permettre au cocontractant de se justifier avant de solliciter le paiement de pénalités, il s'agit d'une manifestation du principe du respect des droits de la défense (notification/mise en demeure/droit de réponse) qui peut être contractuellement aménagé ;
- D'autre part, le montant des pénalités doit répondre à un principe de proportionnalité au regard du manquement commis et ce par rapport au montant global du contrat (et non du préjudice subi)⁴⁴

40. Article R. 2192-21 CCP (pour les marchés publics) ; Article R. 2213-3 CCP (pour les marchés de partenariat)

41. V. par exemple l'article 20 du CCAG-Travaux

42. CE, 19 juillet 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, req. n° 392707

43. CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, req. n° 16324 ; CE, 3 mai 1944, *Rousteau*

44. V. not. concl. G. Péliissier sous CE, 19 juillet 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, req. n° 392707

En tout état de cause, l'administration peut renoncer à l'application des pénalités ou en modérer le montant⁴⁵. Lorsque la personne publique y renonce, la forme d'un avenant peut être utilisée⁴⁶.

Le juge peut moduler le montant de la pénalité contractuellement prévu à la hausse ou à la baisse si la pénalité est "*manifestement excessive ou dérisoire*". Il se fonde sur les principes dont s'inspire l'article 1231-5 alinéa 5 du Code civil pour opérer une telle modulation et l'interprétation que la Cour de cassation en fait⁴⁷.

I.2. Contexte particulier de l'épidémie du Covid-19

L'épidémie du Covid-19 a conduit à adapter le droit de la commande publique, et notamment l'exercice du pouvoir de sanction par l'administration afin de sécuriser les relations juridiques avec ses cocontractants et de ne pas aggraver les difficultés économiques de ces derniers.

L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 a créé un droit spécial des contrats publics applicable durant l'état d'urgence sanitaire qui s'ajoute au droit commun qui comprenait déjà des mécanismes, tels que les théories de la force majeure et de l'imprévision, pour envisager ces situations. La période d'application de l'ordonnance s'étend du 12 mars au 23 juillet 2020 inclus.

La DAJ de Bercy a relevé à cet égard avant l'intervention de la loi du 23 mars 2020 que :

« Sans présumer des dispositions qui pourraient être adoptées dans le cadre du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, ces difficultés peuvent relever du régime de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle. Dans ces situations, les entreprises ne doivent donc pas dans le silence du contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit. »⁴⁸

L'article 6 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 prévoit ainsi 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 :

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 1^{er}, 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 »

45. CE, 9 novembre 2018, *Société Savoie Frères*, req. n° 413533

46. CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n° 308676

47. CE, 28 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, req. n° 296930 :

48. MINEFI, DAJ, "La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire", 19 mars 2020

Sauf clause contractuelle plus favorable, le titulaire du contrat est donc en principe mieux protégé contre l'application de pénalités s'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter totalement ou partiellement son contrat. Il doit se rapprocher de l'administration afin de lui formaliser sa demande avant l'expiration du délai contractuel et en lui justifiant sa demande et quantifier / estimer de la prolongation ou du report du délai d'exécution des obligations⁴⁹.

Ainsi, l'ordonnance n° 2020-319 complète le droit commun des contrats administratifs et s'ajoute à la possible application de la théorie de la force majeure pour dispenser le cocontractant de l'obligation d'exécuter certaines prestations contractuelles et des pénalités afférentes.

II. LIMITES ET/OU DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

L'application de l'ordonnance n° 2020-319 appelle un certain nombre de remarques tenant à la nature des obligations sujettes à pénalités (2.1) et sur les modalités de mise en œuvre des pénalités (2.2)

II.1. Sur la nature des obligations sujettes à pénalités

Toutes les obligations pouvant faire l'objet de pénalités ne sont pas protégées de la même manière par l'ordonnance n° 2020-319. Il convient dès lors de se demander pour chaque obligation à exécuter si *“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”*. **Ainsi, il faudra avoir une approche au cas par cas pour chacune des obligations pouvant donner lieu à l'application de pénalités contractuelles.**

Il apparaît nécessaire de distinguer selon que les obligations étaient exécutables (2.1.1), momentanément inexécutables (2.1.2) et momentanément inexécutées (2.1.3).

Les obligations exécutables

Les contrats prévoient des obligations purement administratives qui ont pu être exécutables quand l'organisation du travail l'a permis. Il s'agit notamment des obligations tenant à la production et à la remise de certains documents⁵⁰ que l'épidémie du Covid-19 n'a pas empêché notamment par la mise en œuvre du télétravail.

Dès lors, et sauf à justifier de circonstances particulières tenant par exemple à une désorganisation durable et substantielle due à la mise en place du télétravail chez le titulaire du contrat, il apparaît que ces obligations devraient être exécutées dans les délais contractuels.

A l'inverse, d'autres documents administratifs n'ont pas toujours pu être fournis dans les délais impartis. L'un de ces documents était commun à toutes les concessions en France : il s'agit du rapport au délégant prévu par l'article L. 3131-5 du Code de la commande publique, et dont l'article R. 3131-2

49. Desjardins C., “Covid-19 et commande publique : faire face à la crise”, *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2020, 5

50. Comme par exemple des attestations d'assurance, ou toute remise de documentations techniques dont la périodicité de la remise est contractuellement prévue

précise qu'il doit être remis chaque année par le concessionnaire, avant le 1^{er} juin⁵¹. Or la production de ce rapport est une tâche d'une importance qui s'est souvent révélée incompatible avec l'impact de la crise sur les entreprises précisément au printemps pendant lequel il est élaboré. Il est regrettable que ce délai n'ait pas été assoupli.

Les obligations momentanément inexécutables

Certaines obligations doivent être exécutées de façon continue durant toute la durée du contrat. Ces obligations sont exigibles à tout moment et toute inexécution est définitive, de sorte qu'elle ne peut donner lieu à une exécution tardive ou reportée.

Les mesures de police sanitaire ont rendu momentanément impossible l'exécution de certaines prestations sans qu'aucun rattrapage du titulaire du contrat ne soit envisageable ultérieurement. Ces mesures ont ainsi conduit de fait et en droit certains services à cesser toute activité, à l'instar des concessions de remontées mécaniques avec la fermeture des stations de ski ou encore de restauration scolaire, de restauration sur autoroutes avec celle des établissements et celle des stades. Ces titulaires ont dû dans les faits ou par les mesures sanitaires prises, suspendre leur activité.

Inversement, d'autres obligations n'ont pu être honorées alors même que l'activité des cocontractants de l'administration n'a pas été privée de tout objet en raison de l'état d'urgence sanitaire. En particulier, les opérateurs de services dits « essentiels » ont dû poursuivre l'exécution de leurs contrats dans le cadre de leur plan de continuité de l'activité. Tous les moyens disponibles ont alors été mobilisés en ce sens et les titulaires n'ont pas été en mesure d'assurer certaines de leurs obligations réputées non prioritaires, du moins dans un premier temps⁵². Un délai d'adaptation et de réorganisation interne (généralisation du télétravail, mise en place d'astreintes...) a été nécessaire aux cocontractants de l'administration.

De même, dans certains secteurs d'activité particulièrement sensibles, après identification des tâches absolument prioritaires pour une continuité du service public, **il a pu être décidé d'abandonner des tâches moins prioritaires et de « mettre en réserve » à domicile une partie du personnel de première ligne pour être en mesure d'intervenir en remplacement d'autres agents qui tomberaient malades.**

Ces obligations inexécutables ne sauraient donner lieu à l'application de pénalités compte tenu du caractère exceptionnel de la situation.

Les obligations momentanément inexécutées

Enfin, que les opérateurs exercent des activités essentielles ou non, certaines obligations réputées non prioritaires n'ont pas pu être respectées en raison des arbitrages opérés dans le cadre des plans de continuité de l'activité ou de reprise de l'activité.

L'opération de hiérarchisation des obligations qui a été rendue nécessaire par les mesures de police sanitaire (confinement, distanciation sociale, etc.) a notamment **rendu difficile, voire impossible, le**

51. 30 juin pour les concessions autoroutières

52. Comme par exemple le respect d'un temps de réponse maximal aux appels téléphoniques des usagers, l'accueil physique des abonnés, certaines interventions à domicile...

respect de certaines obligations de performance directement liées à des actions techniques de terrain. Ainsi, les objectifs de rendement dans les contrats d'eau ou les obligations de renouvellement des équipements ne pourront être atteints faute pour les titulaires de pouvoir exécuter les travaux correspondants dans les délais impartis.

Dès le retour à une activité normale, les travaux pourront reprendre et les obligations pourront être remplies sans pour autant que le retard pris puisse être rattrapé.

Des négociations avec les personnes publiques contractantes paraissent nécessaires pour envisager l'étalement de ces obligations dans la durée et la non-application des pénalités contractuelles conformément à ce qu'invite à réaliser l'article 6 de l'ordonnance n°2020-319⁵³.

II.2. Sur les modalités de mise en œuvre de l'article 6 de l'ordonnance n°2020-319

Quant à l'obtention de la prolongation du délai d'exécution d'une obligation contractuelle et la nécessité de recueillir ou non l'accord de la personne publique, la prolongation est de droit si le cocontractant se trouve dans le cas d'ouverture de l'ordonnance.

Par ailleurs, il existe une incertitude sur la durée minimale du délai de prolongation. Aux termes de l'ordonnance, il apparaît que la prolongation devrait automatiquement intervenir pour un délai qui ne saurait être inférieur au délai d'application de l'ordonnance elle-même, c'est-à-dire la période d'état d'urgence sanitaire s'étendant du 12 mars au 23 juillet 2020. Toutefois, cette interprétation rencontre les dispositions de la même ordonnance qui prévoit que les mesures doivent être nécessaires et proportionnées (art. 1^{er} al. 2). Une réduction du délai de prolongation est toujours possible si les parties s'accordent⁵⁴.

En définitive, la voie de la négociation contractuelle semble donc préférable pour tous les acteurs afin de prévenir les difficultés économiques des opérateurs et les contentieux éventuels concernant l'application des pénalités. Dans tous les cas, les titulaires devront démontrer que les inexécutions contractuelles sont imputables à l'épidémie du Covid-19 ; mais il est important qu'ils bénéficient d'une écoute bienveillante de la personne publique dans cet exercice.

53. On peut aussi envisager un accord entre les parties pour ne pas « rattraper » ces obligations en compensation par exemple d'autres surcoûts subis dans le cadre de la crise sanitaire.

54. *Ibid.*

COMITÉ DE RÉDACTION

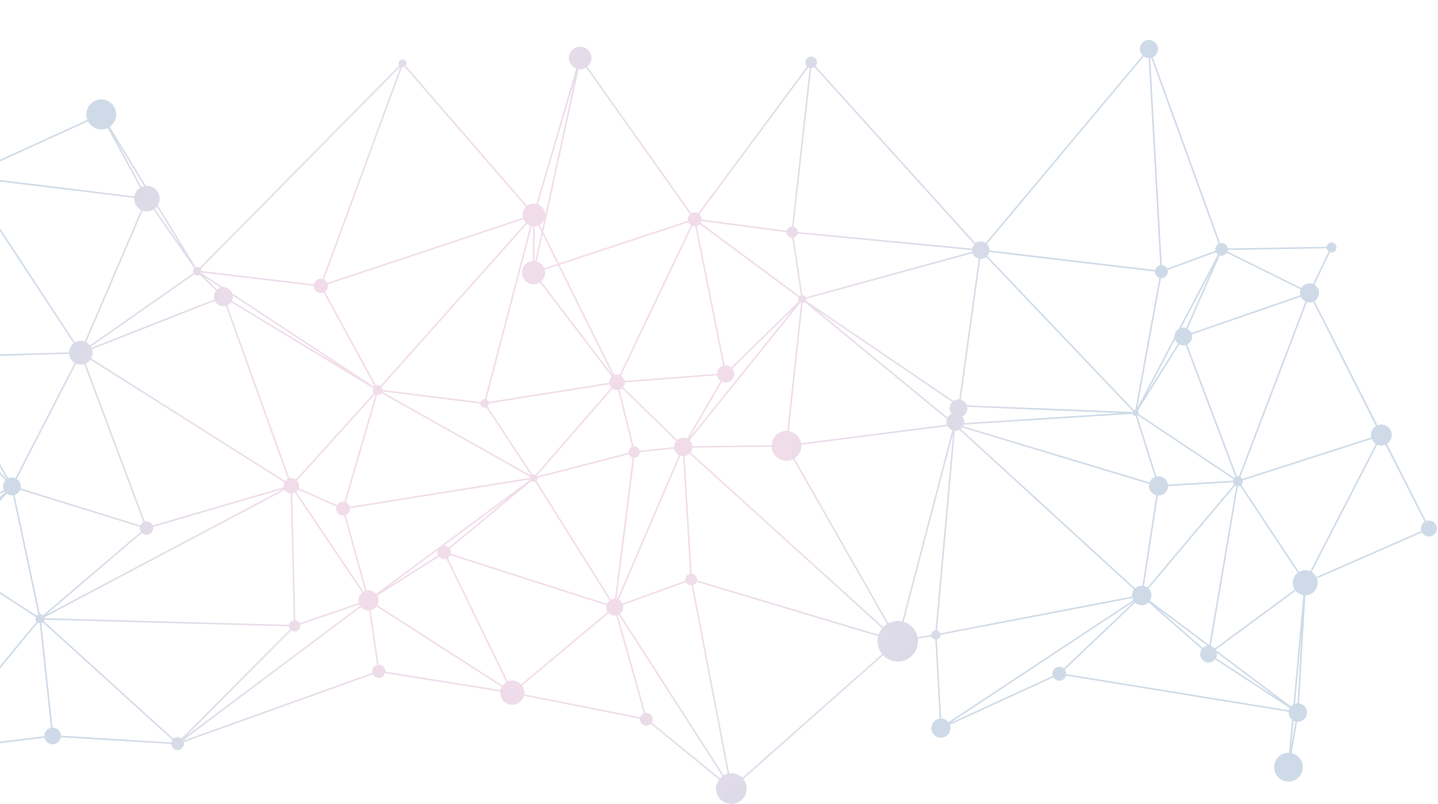
Sous la direction de **Stéphane BRACONNIER**, Professeur de droit public Paris Panthéon-Assas,
Président de la Commission juridique

Christelle ADJEMIAN : Directeur juridique – GRDF
Pierre-Yves AUFRET : Directeur juridique région Centre Ouest et Directeur juridique groupe – DALKIA
Marie-Laure BASSOMPIERRE : Responsable relations contractuelles – KEOLIS
Valérie BEAUDOUIN : Directrice Législation et Affaires européennes – UTP
David BERMAN : Directeur affaires publiques – VEOLIA
Nathalie BOIVIN : Directrice juridique – VINCI Autoroutes
Laurent BOUGARD : Direction juridique – TRANSDEV
Soazig BOURGEOT : Responsable du département juridique – GRDF
Pierre-Emeric CHABANNE : Délégué général – IGD
Laurence COUR : Département direction juridique – SNCF
Pierre DELVOLVE : Professeur de droit – Université Paris 2 ASSAS
Nathalie DUFRESNE : Directrice juridique et contractuelle Adjointe – VEOLIA Eau France
Christopher FABRE : Chargé de missions des affaires institutionnelles – ENEDIS
Frédéric FONT : Directeur juridique – ENGIE
Philippe GONZAGUE : Juriste droit public – SUEZ
Valérie JACOB : Juriste – Bouygues Energie et Services
Laurence JUNILLON : Directrice juridique et éthique – ENGIE
Laure LAGASSE : Chef de projet – IGD
Marine LECHAPALAIN : Chargée d'études Transport Urbain – UTP
Charlotte LEDUC : Juriste droit public des affaires – Suez
Chiara DE LEONARDIS : Chargée des affaires publiques – FP2E
Camille MARCHAND : Responsable affaires publiques et partenariats – ENGIE
Delphine MAREKOVIC : Chef du bureau procédures et contrats au département des PPP –
Ministère de la transition écologique et solidaire
Gilles MUGNIER : Directeur des affaires internationales – SNCF
Tristan MATHIEU : Délégué général – FP2E
Assia OURRAOUI : Juriste – ENGIE
Lydie PERILLAT : Déléguée générale – UNSPIC
Annick PILLEVESSE : Responsable du service juridique – AMF
Pierre DE PREMONVILLE : Responsable juridique – VINCI Concessions
Laurent REYNAUD : Délégué Général – Domaines Skiabiles de France
Pierre-Antoine ROHAN : Responsable juridique – FIN INFRA
Guillaume RONDEAU : Directeur juridique – RATP
Nicolas DE SAINT-MARTIN : Directeur au Secrétariat Général – VEOLIA Eau France
Jean-Sébastien SAUVOUREL : Conseiller – Villes de France
Brigitte SIMON : Directrice juridique – VINCI Concessions
Nicolas VITAL : Responsable juridique – FIN INFRA

Nous tenons à remercier tout particulièrement les co-rédacteurs de ce Précis :

**Valérie BEAUDOUIN, Nathalie BOIVIN, Laurent BOUGARD, Nathalie DUFRESNE, Valérie JACOB,
Marine LECHAPALAIN, Assia OURRAOUI, Pierre de PRÉMONVILLE, Laurent REYNAUD et
Nicolas de SAINT-MARTIN.**





L'IGD est une fondation d'entreprises relevant d'une mission d'intérêt général qui, **depuis 20 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.



84 rue de Grenelle - F-75007 Paris - Tél : +33 (0) 1 44 39 27 00 / Fax : +33 (0) 1 44 39 27 07
contacts@fondation-igd.org / www.fondation-igd.org