



Note

Date

Paris, 30 mars 2020

Conditions d'exécution des contrats publics

L'impact de l'épidémie de Coronavirus

Bien que le Premier Ministre ait rapidement indiqué que l'Etat et les collectivités locales reconnaissent l'épidémie de Covid-19 (*Coronavirus*) comme un cas de force majeure pour leurs marchés publics, et qu'en conséquence, pour tous les marchés publics de l'État et des collectivités locales, les pénalités de retards ne seraient pas appliquées¹, le Gouvernement a par la suite appelé à poursuivre les travaux publics quand cela était encore possible. La position du gouvernement a clairement visé à éviter un arrêt brutal et total des chantiers afin de limiter les conséquences économiques défavorables pour l'économie. À cet égard, des guides sectoriels de bonnes pratiques ont été publiés par le gouvernement, visant à permettre d'assurer la sécurité des travailleurs.

Sur le fondement de la **loi d'urgence n° 2020-290 pour faire face à l'épidémie de covid-19, adoptée le 23 mars 2020**, le Gouvernement a adopté, le 25 mars 2020, l'**ordonnance n° 2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et de ceux qui n'en relèvent pas, pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19** (*Ordonnance sur les Contrats Publics*) afin de pallier certaines conséquences de la crise actuelle.

I. Qualification de l'épidémie de Coronavirus en événement de force majeure

En marge des dispositions de l'Ordonnance sur les Contrats Publics, la question s'est rapidement posée de savoir si l'épidémie de Coronavirus était susceptible de constituer un événement de force majeure au titre des différents contrats publics.

A. Les conditions de la force majeure

Il y a force majeure lorsque le cocontractant de l'administration est dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du contrat, pour des raisons indépendantes de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés.

Un cas de force majeure est ainsi caractérisé lorsque trois conditions sont réunies² :

- L'évènement est **extérieur** aux parties : l'épidémie de Coronavirus est bien extérieure aux parties aux contrats publics ;
- Les conséquences de cet évènement sont **imprévisibles** lors de la signature du contrat : il est possible de considérer que cette condition est effectivement remplie pour les contrats conclus avant que le Coronavirus n'ait été déclaré comme une épidémie en France ;
- L'évènement est **irrésistible** : l'exécution des obligations du contrat est rendue en tout ou partie impossible du fait de cet évènement. Cette condition est la plus difficile à satisfaire dans

¹ <https://www.economie.gouv.fr/coronavirus-soutien-entreprises>

² CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, n° 17614.



la mesure où le titulaire du contrat devra d'une part démontrer qu'il ne dispose d'aucun moyen d'exécuter les prestations objets du contrat et d'autre part que cette impossibilité résulte bien de l'épidémie de Coronavirus.

B. Les conséquences de la force majeure

Lorsque l'évènement de force majeure a été caractérisé par la personne publique, cette dernière peut, sous réserve de stipulations contractuelles spécifiques :

- Suspendre l'exécution des prestations,
- Ne pas appliquer de pénalités ;
- Entraîner la résiliation du contrat pour force majeure.

- Suspension des obligations contractuelles

Dans la mesure où le principe de l'exception d'inexécution n'existe pas en droit public, le cocontractant se doit de poursuivre, dans la mesure du possible, l'exécution des prestations. Toutefois la personne publique peut suspendre, totalement ou partiellement, l'exécution des prestations, le cas échéant à la demande de son cocontractant.

- Exonération des pénalités de retards ou toute autre sanction visant l'inexécution

La suspension de l'exécution des prestations emporte une exonération de la responsabilité contractuelle des cocontractants des personnes publiques et, en conséquence, une exonération des pénalités de retard ou toute autre sanction contractuelle visant l'inexécution.

Le cocontractant a toutefois alors une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour atténuer l'impact de l'évènement sur l'exécution de ses obligations. A défaut, l'exonération de responsabilité du cocontractant peut ne pas être reconnue lorsque les conséquences dommageables de l'évènement de force majeure ont été aggravées par le cocontractant³.

- Résiliation du contrat

La force majeure peut conduire à une résiliation du contrat, qui peut être ordonnée par la personne publique ou demandée par le cocontractant en application des stipulations contractuelles. A défaut d'accord amiable entre les parties sur une orientation nouvelle à donner à l'exécution du contrat, le cocontractant peut saisir le juge d'une demande de résiliation.

Pour autant, le régime indemnitaire applicable en cas de résiliation pour force majeure n'est guère favorable au cocontractant. Celui-ci ne pourra se voir indemniser - sauf stipulation contractuelle contraire - que des pertes subies directement imputables à l'évènement constitutif de force majeure⁴, à l'exclusion de toute autre indemnité. Cette indemnité équivaut donc en principe à la valeur nette comptable des actifs non amortis et les coûts directement liés à la résiliation (coûts de résiliation des sous-contrats) et ne couvre pas la perte de profits.

A cet égard, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que le titulaire d'un marché « *ne saurait [...] prétendre à l'indemnisation du manque à gagner, qui est imputable à la résiliation du contrat [...]. [II] ne saurait non plus prétendre en ce qui la concerne ainsi que les sous-traitants, à l'indemnisation des pertes, qui ne sont pas directement imputables au sinistre, engendrées par les immobilisations de matériel et de personnel provoquées par la désorganisation du chantier. Il en est de même des frais d'études du marché.* »⁵.

³ CAA Nantes, 5 novembre 1998, La Mutuelle du Mans Assurances IARD, n° 94NT00398.

⁴ CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire.

⁵ CE, 11 décembre 1991, SARL Niçoise pour l'extension de l'aéroport, n° 81588.



C. Incertitude concernant la qualification de l'épidémie de Coronavirus en un cas de force majeure

Bien que le Gouvernement ait tout d'abord considéré l'épidémie de Coronavirus comme un cas de force majeure pour les contrats publics, cette position nécessite en réalité une analyse au cas par cas, ce d'autant que :

- aucune interdiction générale de travailler n'a été édictée, le Gouvernement appelant d'ailleurs à continuer à travailler et notamment à poursuivre les travaux lorsque cela est possible ;
- la condition d'irrésistibilité est difficile à remplir notamment lorsque l'édition de mesures particulières est susceptible de permettre la poursuite des chantiers ; en d'autres termes, il est nécessaire de démontrer l'impossibilité de s'organiser pour poursuivre l'exécution du contrat en raison de l'épidémie de Coronavirus, notamment en lien avec l'obligation d'assurer la sécurité de ses salariés.

La condition d'irrésistibilité peut donc faire défaut si le cocontractant peut adapter l'exécution de ses prestations à la situation de crise sanitaire actuelle. A ce titre, il est possible de tirer les enseignements de la jurisprudence judiciaire très développée en matière d'épidémie et de force majeure. Les juges judiciaires considèrent que le caractère irrésistible de la force majeure fait défaut lorsque qu'il existe des mesures de protection pouvant être mises en place pour contrer un virus, par exemple l'utilisation de port de vêtements longs ou de moustiquaires contre la dengue⁶. En s'inspirant de ces jurisprudences, les collectivités locales, ou le cas échéant, le juge administratif, pourraient peut-être estimer que le port de masques, l'utilisation de gel hydroalcoolique ou la mise en œuvre de gestes barrières peuvent permettre de lutter contre le Coronavirus, et qu'en conséquence, il ne s'agit pas d'un événement irrésistible. A l'inverse, l'insuffisance des moyens matériels de nature à permettre de réduire le risque de contamination de ses salariés pourrait également constituer un moyen efficace de défense.

II. Apport de l'Ordonnance sur les Contrats Publics

En marge de la qualification éventuelle de l'épidémie de Coronavirus en force majeure, l'Ordonnance sur les Contrats Publics emporte immédiatement des conséquences tant sur la passation que l'exécution des contrats publics.

L'application des dispositions de l'Ordonnance sur les Contrats Publics requiert une analyse au cas par cas de la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants. Ces derniers devront en effet justifier de la nécessité de recourir aux mesures d'adaptation. La Direction des Affaires Juridiques indique à ce titre que l'Ordonnance sur les Contrats Publics ne pose pas de présomption de force majeure, laquelle ne peut être qualifiée qu'au cas par cas⁷. Il appartient aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de démontrer que les difficultés qu'ils rencontrent du fait de l'épidémie ne permettent pas de poursuivre les procédures ou l'exécution des contrats dans des conditions normales. A défaut d'être une présomption de force majeure, le nouveau régime mis en place semble caractériser une sorte de force majeure « allégée », certaines des conditions se rapprochant d'ailleurs de ce qui existe pour caractériser la force majeure à l'instar de la condition relative à l'impossibilité d'exécuter en tout ou partie le contrat, s'agissant de l'exonération des pénalités contractuelles.

Les mesures prévues par l'Ordonnance sur les Contrats Publics ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont **nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de**

⁶ TGI, Nancy, 21 novembre 2008, n° 08/02076, CA Nancy, 22 novembre 2010, n° 09/00003

⁷ Fiche DAJ, Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, 26 mars 2020.



l'épidémie de Coronavirus et des mesures prises pour limiter cette propagation dans la passation et l'exécution des contrats publics⁸. **Les mesures ne sont donc pas mises en œuvre de plein droit mais doivent s'imposer pour faire face au Coronavirus.** Enfin, le texte recourt souvent à la notion de charges manifestement excessives pour limiter le droit du cocontractant à obtenir lesdites protections, ce dernier devant supporter ce qui demeure une charge non manifestement excessive. Il est certain que ce concept volontairement flou, même si souvent usité dans la pratique des contrats publics, donnera lieu à de nombreuses interprétations et sera inévitablement source de discussions.

Les dispositions de l'Ordonnance sur les Contrats Publics n'ont pas vocation à se substituer aux stipulations des contrats lorsque ces dernières sont plus favorables pour les cocontractants privés.

En cas de difficultés d'exécution des contrats, l'Ordonnance sur les Contrats Publics prévoit notamment les mesures suivantes :

- **Délais d'exécution⁹** : dans le cas où le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé, à la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel, d'une durée équivalente à la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire (fixé aujourd'hui au 23 mai 2020) augmentée d'une durée de deux mois. Les parties peuvent s'accorder sur un délai inférieur si la totalité de ce délai n'est pas nécessaire.
- **Pénalités¹⁰** : lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat, notamment en démontrant qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive, il ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer de pénalités contractuelles. Le contrat ne peut être résilié pour faute pour ce motif, et sa responsabilité contractuelle ne peut être mise en jeu par l'autorité concédante. Si le texte fait référence à l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat comme condition de l'exonération des pénalités, cette impossibilité est relativisée par le fait que la preuve de moyens insuffisants ou d'un coût manifestement excessif pour mettre en place les mesures adéquates doit suffire pour établir ladite impossibilité.
- **Suspension de l'exécution¹¹** : (i) en cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire par l'acheteur, ce dernier procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat (ii) en cas de suspension d'une concession par le concédant, tout versement d'une somme au concédant (telles que les loyers, les redevances d'occupation domaniale, les redevances destinées à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés, etc.) est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée.
- **Modification significative des modalités d'exécution des concessions¹²** : lorsque 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. Cette indemnité est due lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires

⁸ Art. 1 de l'Ordonnance.

⁹ Art. 6 de l'Ordonnance.

¹⁰ Art. 6 de l'Ordonnance.

¹¹ Art. 6 de l'Ordonnance.

¹² Art. 6 de l'Ordonnance.



qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire. Le concessionnaire est donc tenu de démontrer que les moyens mis en œuvre pour répondre aux demandes du concédant entraînent une charge manifestement excessive au regard de sa situation financière. Cette disposition semble en réalité plus favorable au secteur public qu'au cocontractant privé, en permettant au délégant de mettre à la charge du concessionnaire certaines obligations liées à la lutte contre le Coronavirus sans donner lieu à indemnisation lorsque l'équilibre financier de la concession le permettra. Bien entendu, cette disposition ne trouvera pas à s'appliquer lorsque le contrat contient des stipulations encadrant le pouvoir de modification unilatérale de l'autorité publique, ce qui est quasiment toujours le cas s'agissant de contrats de concession. Enfin, cette stipulation n'est pas susceptible d'ouvrir un droit général à compensation pour rétablir un équilibre dégradé à raison du Coronavirus, dès lors que le droit à compensation éventuelle au titre de l'Ordonnance sur les Contrats Publics ne peut résulter que de la modification significative des conditions d'exécution par le concédant.

- **Prolongation des contrats¹³** : les contrats arrivés à terme pendant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une durée de deux mois, peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre. La durée de la prolongation ne peut en aucun cas dépasser la période décrite ci-dessus augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence.
- **Versement de l'avance¹⁴** : les acheteurs peuvent modifier par avenant les conditions de versement de l'avance dont le taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Ils ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

On notera que ces mesures sont, pour certaines, moins favorables au cocontractant privé d'un contrat public que les mesures prises par le gouvernement pour les contrats de droit privé. Au titre 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, prise le même jour que l'Ordonnance sur les Contrats Publics, tout délai contractuel sanctionné par une clause pénale ou une clause résolutoire est prolongé, automatiquement, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire, sans que les parties n'aient à démontrer l'existence d'un cas de force majeure.

III. Autres conséquences de la crise du Coronavirus qui ne sont pas traitées par l'Ordonnance sur les Contrats Publics

Lorsque les conditions définies par l'Ordonnance sur les Contrats Publics ne seront pas réunies, ou en l'absence de reconnaissance d'un événement de force majeure par la personne publique, l'exécution devra se poursuivre et se posera inévitablement la question de l'indemnisation du préjudice du cocontractant privé notamment en cas de bouleversement de l'économie du contrat consécutif à la crise du Coronavirus.

On pense en particulier aux infrastructures de transport, à l'instar des autoroutes ou des aéroports qui sont frappées de plein fouet par la crise, et qui sont souvent exploitées sur la base de contrats concessifs. S'agissant des autoroutes, la baisse de trafic est bien entendu la conséquence directe des mesures de confinement prononcées par le gouvernement et, plus généralement, de la crise économique mondiale elle-même consécutive aux mesures de confinement au niveau global.

¹³ Art. 4 de l'Ordonnance.

¹⁴ Art. 5 de l'Ordonnance.



S'agissant des aéroports, la plupart ont réduit très fortement leurs activités suite à l'effondrement du trafic aérien, voire les ont tout simplement fermés dans l'attente de la reprise d'une activité plus normale.

D'une manière générale, deux théories traditionnelles en droit public pourraient être invoquées par le concessionnaire afin de solliciter une indemnisation de la personne publique :

- d'une part, la théorie de l'imprévision, qui nécessite de démontrer l'existence d'un événement extérieur et imprévisible, bouleversant l'équilibre économique du contrat ;
- d'autre part, la théorie du fait du prince, qui nécessite de démontrer l'existence d'une mesure prise par l'autorité contractante, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et bouleversant l'équilibre économique du contrat, causant au cocontractant un préjudice anormal et spécial.

Le fait du prince, en principe, permet une indemnisation intégrale du préjudice subi, tandis que l'imprévision fait supporter au concessionnaire une part résiduelle du préjudice. Au cas précis, si les conditions économiques sont remplies, l'épidémie de Coronavirus devrait entrer dans le champ d'application de l'imprévision, à raison de son caractère imprévisible et extérieur aux parties. La qualification des mesures de confinement comme « fait du prince » pose davantage question, ces mesures causant, par nature, un préjudice à l'ensemble des acteurs économiques – le concessionnaire devra alors démontrer qu'il subit un préjudice particulier. Le fait du prince se heurte également à une difficulté lorsque les mesures en question n'ont pas été prises par le cocontractant public, à l'instar des contrats conclus avec les collectivités locales.

Ceci étant dit, la plupart des contrats complexes à l'instar des contrats de concession ou des contrats de PPP contiennent des clauses spécifiques qui traitent les conséquences de la survenance de faits nouveaux, couvrant tant l'imprévision que le fait du prince, et précisant les conséquences de tels événements, les seuils de déclenchement de ces clauses et les conséquences indemnitaires. Il conviendra donc de se pencher au cas par cas sur les clauses du contrat pour analyser comment l'événement et ses conséquences sont susceptibles d'être traités.

A titre d'exemple, s'agissant des concessions autoroutières, la plupart des contrats récents prévoient que le concessionnaire peut se rapprocher de l'autorité concédante¹⁵, en cas de fait imprévisible à la date d'entrée en vigueur du contrat de concession et extérieur aux parties (article « Faits nouveaux ») entraînant un bouleversement de l'équilibre économique et financier de la concession. S'il peut être démontré que l'épidémie de Coronavirus entraîne un tel bouleversement, le concessionnaire peut donc proposer au concédant des mesures, notamment tarifaires, strictement nécessaires pour lui permettre d'assurer l'exécution du contrat. En cas de refus de la part du concédant, un recours indemnitaire est alors envisageable, selon les modalités prévues par le contrat.

Cette publication électronique n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive et ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer.

¹⁵ V. par ex. Décret n° 2020-252 du 12 mars 2020 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société ALIAE pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute A79, ainsi que le cahier des charges annexé à cette convention, « 35.3. - Au cas où un fait autre que ceux visés aux articles 35.1 et 35.2 ci-dessus, imprévisible à la date d'entrée en vigueur du contrat de concession et extérieur aux parties, entraînerait un bouleversement de l'équilibre économique et financier de la concession, le concessionnaire, dès lors qu'il poursuit l'exécution de ses obligations, peut proposer au concédant les mesures, notamment tarifaires, strictement nécessaires pour lui permettre d'assurer cette exécution. Le concédant notifie sa décision concernant de telles propositions dans un délai de deux (2) mois à compter de la réception d'un dossier complet en ce sens. »