



Société d'Avocats Inter-barreaux
www.sva-avocats.fr

Avocats Associés

Thierry VERNHET

Nicolas JONQUET

Alain COHEN-BOULAKIA

Eve TRONEL-PEYROZ

Jérôme JEANJEAN

Arnaud LAURENT

Christophe FEBVRE

Stéphane DESTOURS

Jean-Claude ATTALI

Nathalie MONSARRAT

Emilie VERNHET-LAMOLY

Antoine SILLARD

Avocats

Odile LABERTRANDE

Delphine RIGEADE

Charlotte CARDI

Guillaume MONFLIER

Charles BORKOWSKI

Simon VANDEWEEGHE

Fanny JOUSSARD

Mathias GIMENEZ

Valentine ROBERT-GILABERT

Xavier HEMEURY

Alaume LLORCA-VALERO

Olivia ROUGEOT

Sarah LAASSIR

Mathilde IGNATOFF

Donia CHALA

Eleni LIPSOS

Julie SANCHEZ

Doaa BENJABER

Sophie MAUREL

Isabelle MERLY-CHASSOUANT

Céline THIL

Sandrine MARTY

Lucile FONTANILLES

Anaïs KOPPEL

Agathe Le QUELLEC

Alexandra VALENZA

Partenaire

Estelle RODRIGUEZ

La passation et l'exécution des marchés publics et la crise du COVID-19

La force majeure est un cas d'exonération de responsabilité reposant sur trois critères cumulatifs définis par la jurisprudence :

- ✓ le critère de l'imprévisibilité
- ✓ le critère de l'extériorité
- ✓ le critère de l'irrésistibilité

Un évènement pouvant être qualifié de force majeure rend l'exécution du marché absolument impossible, de manière temporaire ou définitive.

La crise sanitaire du COVID 19 peut-elle être reconnue comme un cas de force majeure ?

1. Selon la direction des affaires juridiques, la crise du COVID19 satisfait les conditions de la force majeure

La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) a estimé que la crise sanitaire du coronavirus pouvait être reconnue comme un cas de force majeure puisque celle-ci était imprévisible, extérieure aux parties et irrésistible.

En ce sens : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fiche-passation-marches-situation-crise-sanitaire.pdf

2. L'article 11, I de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19¹ dispose que

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution :

¹ NOR: PRMX2007883L



MONTPELLIER
1, place Alexandre Laloac
341114 - 34000 Montpellier - Cedex 1
Tél. : +33 (0)4 67 58 75 00
Fax : +33 (0)4 67 92 23 11

PARIS
176, rue de Rivoli - 75001 Paris
Tourne Palais : C55
Tél. : +33 (0)1 47 70 03 81
Fax : +33 (0)1 53 20 68 01

NÎMES
288, allée de l'Amérique Latine
Navico Center - Bât 3 - 30900 Nîmes
Tél. : +33 (0)4 67 58 75 00
Fax : +33 (0)4 67 92 23 11

RODEZ
7, boulevard Gambetta
Résidence Le Riney - 12000 Rodez
Tél. : +33 (0)5 65 73 15 90
Fax : +33 (0)5 65 68 80 12

AGDE
5, Espace les Grands Coyrets,
Rue Louis Vallières - 34300 AGDE
Tél. : +33 (0)4 67 58 75 00
Fax : +33 (0)4 67 92 23 11

1° Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi, en prenant toute mesure : (...)

f) Adaptant les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet ;»

Dans son avis n°399873 rendu le 18 mars 2020, le Conseil d'Etat estime que « *l'intérêt général qui s'attache à la prévention de la défaillance d'entreprises causée par la crise sanitaire actuelle est susceptible de justifier une atteinte aux contrats en cours.* »²

2. Il convient d'être vigilant et attentif au cas par cas quant à la condition d'irrésistibilité

Plusieurs points de vigilances doivent en effet être gardés à l'esprit :

1. Sur la condition de prévisibilité : la force majeure s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Si ce point ne soulève aucune ambiguïté pour les marchés conclus avant la crise sanitaire, les engagements pris alors que le COVID-19 commençait à sévir en France pourraient ne pas être couverts par la force majeure. Ce point est évidemment à relativiser eu égard aux mesures prises par le gouvernement sur l'état d'urgence sanitaire.
2. Sur la condition d'irrésistibilité : elle doit être vérifiée au cas par cas pour chaque contrat public. Si certains ne peuvent évidemment pas être exécutés (restauration scolaire par exemple), d'autres peuvent tout de même être poursuivis (bien qu'ils soient très rares au vu de l'immense réduction d'activité causées par le confinement). **C'est donc face aux mesures prises par le gouvernement et notamment aux interdictions prévues qu'il faut confronter chaque contrat public. Il est conseillé à toutes les entreprises de fournir aux acheteurs publics un solide dossier justifiant l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat.**

Les implications de la force majeure pour les pouvoirs adjudicateurs et les autorités concédantes

Les acheteurs dont les co-contractants ne peuvent plus s'exécuter en raison d'un cas de force majeure peuvent faire réaliser lesdites prestations par

² <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-deux-projets-de-loi-d-urgence-pour-faire-face-a-l-epidemie-de-covid-19>

d'autres entreprises sans que cela puisse être considéré comme une faute contractuelle.

Ils peuvent ainsi y procéder

- ✓ avec des délais réduits de publicité dans le cadre d'une mise en concurrence³
- ✓ sans publicité ni mise en concurrence préalables⁴

Les implications de la force majeure pour les titulaires d'un contrat de droit public

Il conviendra tout d'abord de vérifier avec attention les clauses administratives du contrat, à savoir principalement celles du CCAP (Cahier des Clauses Administratives Générales). Celui-ci peut dans certains cas déroger au CCAG (Cahier des Clauses Administratives Générales).

En l'absence d'une telle dérogation, chacun des CCAG prévoit la procédure à suivre en cas de force majeure.

1. Pour les marchés publics de travaux

L'article 18. 3 du CCAG TRAVAUX dispose que :

« 18.3. En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, le titulaire est indemnisé pour le préjudice subi, sous réserve ^[L]_[SEP] qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les dispositions découlant de l'article 18.2 ;^[L]_[SEP] qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit.^[L]_[SEP] Aucune indemnité ne peut néanmoins être accordée au titulaire pour perte totale ou partielle de son matériel flottant, les frais d'assurance de ce matériel étant réputés compris dans les prix du marché. »

L'article 19.2.2 du CCAG TRAVAUX dispose que :

« 19.2.2. Une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux ou le report du début des travaux peut être justifié par ^[L]_[SEP](...) une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier ;^[L]_[SEP] - un ajournement de travaux décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur ;^[L]_[SEP] (...) L'importance de la prolongation ou du report est proposée par le maître d'œuvre après avis du titulaire, et décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur qui la notifie au titulaire. »

³ article R. 2161-8 du code de la commande publique

⁴ articles R. 2122-1 et R. 3121-6 du code de la commande publique

Il est donc impératif d'informer par écrit le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par écrit selon les modalités de notification déterminées par le contrat et de leur demander une prolongation des délais d'exécution.

2. Pour les marchés publics de fournitures courantes et services ou pour les marchés de prestations intellectuelle

Pour les prestataires de fournitures courantes, services ou de prestations intellectuelles, la procédure est prévue aux articles 13.3 des CCAG FCS et PI.

Ces dispositions prévoient qu'en cas de force majeure, le titulaire du contrat peut demander à la personne publique l'allongement du délai contractuel, permettant ainsi de ne pas se voir infliger les pénalités de retard prévues au marché.

Il appartient à l'entreprise de signaler dans les quinze jours suivant l'évènement ayant le caractère de force majeure la demande d'un délai d'exécution supplémentaire, en précisant la durée de celui-ci, selon les modalités de notification déterminées par le contrat. La demande de prolongation ne peut être refusée, lorsque le retard est dû à l'intervention du prestataire, dans le cadre d'un ordre de réquisition. Sous réserve que le marché n'ait pas lui-même pour objet de répondre à une situation d'urgence impérieuse résultant de situations imprévisibles, la demande de prolongation ne peut pas davantage être refusée,

3. Pour les concessions

Les concessions prévoient en général la procédure à suivre en cas de situation de force majeure.

Si le contrat ne prévoit rien à ce sujet, il est fortement recommandé d'adresser au pouvoir concédant un écrit selon les modalités de notification déterminées par le contrat, pour le prévenir de la situation et de l'arrêt des prestations.

Jérôme JEANJEAN

