

Covid-19 et Contrats publics

14 mai 2020

Les règles applicables à la passation et à l'exécution des contrats publics ont fait l'objet d'adaptations par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 dans le but, d'une part, de permettre la continuité des contrats publics et la satisfaction des besoins des acheteurs et autorités concédantes et, d'autre part, de ne pas pénaliser les opérateurs économiques qui rencontrent des difficultés du fait de l'épidémie de covid-19 dans l'exécution des contrats dont ils ont la charge.

L'article 11 I. 1° f) de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure "*adaptant les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet*". Ces mesures font partie d'une série de mesures économiques et sociales qui visent à faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de l'épidémie et notamment à prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physique et morales, et l'incidence de l'épidémie sur l'emploi.

C'est en application de cette disposition que le Gouvernement a adopté 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*, publiée au Journal officiel de la République française le 26 mars 2020 (l'"Ordonnance"), et qui a par la suite été enrichie par l'article 20 de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 *portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19*. Ce dernier texte vise à soutenir encore davantage les opérateurs économiques qui ne peuvent plus honorer leurs obligations contractuelles faute d'activité et donc de trésorerie suffisante. La durée d'application des mesures prises par l'Ordonnance a par ailleurs été précisée par l'ordonnance n°2020-560 du 13 mai 2020.

1. Champ d'application des mesures

Contrats de la commande publiques et autres contrats publics

L'Ordonnance s'applique (i) aux contrats soumis au Code de la commande publique (le "CCP") et (ii) aux "contrats publics" qui n'en relèvent pas (article 1er de l'Ordonnance).

Sont ainsi visés au premier chef les marchés publics et contrats de concession passés par des personnes morales tant de droit public que de droit privé en application du Code de la commande publique.

S'agissant de la notion de "contrats publics", qui ne correspond à aucune catégorie juridique établie, on peut penser que sont *a minima* visés les contrats administratifs autres que ceux relevant du Code de la commande publique tels que les conventions d'occupation du domaine public, les baux emphytéotiques, ou les sous-concessions d'autoroute (dans ce dernier cas, pour l'application de l'Ordonnance, le concessionnaire devient le concédant pour son sous-concessionnaire). La DAJ a précisé toutefois que cette notion est plus large que celle de contrat administratif et que l'Ordonnance a vocation à s'appliquer à tous les contrats relevant de la "sphère publique", c'est-à-dire les contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées qui répondent à la définition de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

Une application temporaire et rétroactive

Les dispositions de l'Ordonnance s'appliquent aux contrats en cours ou conclus pendant une période déterminée par le texte. Initialement, la période retenue était celle comprise entre le 12 mars 2020 et deux mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire (soit, à la date d'adoption de l'Ordonnance, jusqu'au 23 juillet 2020 inclus). De ce point de vue, l'Ordonnance a donc un effet rétroactif, puisqu'elle s'applique non seulement aux contrats conclus après son entrée en vigueur, mais également à ceux déjà en cours à cette date (voire également à des contrats en cours d'exécution le 12 mars et arrivant à échéance ou résiliés avant son entrée en vigueur). Au vu de l'évolution de la situation, le gouvernement a décidé de figer la période d'application de l'essentiel des dispositions de l'Ordonnance du 12 mars au 23 juillet 2020 inclus. Toutefois, compte tenu de la persistance des besoins de trésorerie des entreprises, les dispositions de l'article 5 (relatives aux avances) continueront à être applicables jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire augmenté de deux mois.

Une mise en œuvre limitée à la nécessité de faire face à l'épidémie

Les dispositions de l'Ordonnance n'ont vocation à s'appliquer que si elles sont "*nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation*" (article 1^{er} de l'Ordonnance). Ainsi aucune des mesures prévues dans l'Ordonnance ne s'applique automatiquement à l'ensemble des contrats publics. Les parties doivent s'assurer au cas par cas que la mesure envisagée vise uniquement à répondre ou remédier aux conséquences de la crise sanitaire, et non à pallier une quelconque autre difficulté dans la passation ou l'exécution du contrat qui serait survenue même en l'absence de crise sanitaire.

2. Adaptation des procédures de passation en cours

L'esprit de l'Ordonnance est de prendre en compte l'impact de la crise sanitaire sur les consultations en cours à la date de son entrée en vigueur tout en permettant, dans la mesure du possible, la poursuite de ces consultations.

L'Ordonnance prévoit deux types de mesure pour les contrats soumis au Code de la commande publique qui sont en cours de passation. En dehors de ces mesures, le droit commun de la commande publique continue à s'appliquer aux procédures de passation en cours.

Prolongation des délais de réception des candidatures et des offres

Les délais de réception des candidatures et des offres des contrats soumis au CCP sont prolongés *"d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner"* (article 2 de l'Ordonnance), *"sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard"*. Comme indiqué, l'objectif poursuivi est de permettre la poursuite des consultations en cours, malgré la crise sanitaire, tout en évitant des infructuosités en cas de difficulté des entreprises à y répondre. Il ne s'agit pas de geler la conclusion de tous les contrats de la commande publique pendant cette période.

La durée de cette prolongation est laissée à l'appréciation de l'autorité contractante qui doit en informer les candidats. Il est à noter que le principe inverse a été retenu en matière de contentieux administratif où les dates de clôture et les mesures d'instruction sont prorogées de plein droit, selon l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020. Le Gouvernement est venu préciser dans une seconde ordonnance 2020-405 du 8 avril 2020 que ce n'est que *"lorsque l'affaire est en état d'être jugée ou que l'urgence le justifie"* que le juge peut fixer un délai plus court.

La prolongation des délais de réception des candidatures et des offres en matière de contrats publics n'est donc pas automatique et nécessite une décision expresse de l'autorité contractante. Une telle décision pourra s'avérer parfois difficile à prendre, en pratique, pour certains acheteurs soumis à un formalisme décisionnel particulier, notamment en cas de commission d'appel d'offres ou de commission ad hoc ne pouvant être réunie.

La durée de la prolongation doit également être *"suffisante"* *"pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner"*. Ainsi, les consultations en cours ne sont pas automatiquement gelées jusqu'à la fin de la crise sanitaire, mais simplement allongées d'une durée qu'il appartient à chaque autorité contractante de déterminer au cas par cas, notamment au regard de la complexité des dossiers à constituer et du marché, afin d'assurer une concurrence satisfaisante et de permettre à l'ensemble des opérateurs intéressés, qui ont pu connaître des ralentissements ou des blocages dans leur activité, de participer.

Sur un plan pratique, la DAJ précise que l'information des candidats peut être faite par la publication d'un avis rectificatif, doublée de l'envoi d'un message d'information à l'ensemble des opérateurs ayant retiré le dossier de consultation, et de la publication d'un message sur le profil d'acheteur de l'autorité contractante concernée.

En dehors de cette disposition spécifique, les règles de droit commun de la commande publique continuent à s'appliquer :

- de manière logique, la nouvelle date limite de réception des candidatures et/ou des offres s'appliquera à l'ensemble des candidats, y compris ceux qui ont déjà déposé leur dossier, qui pourront donc mettre à profit ce délai pour déposer une nouvelle offre. Dans cette hypothèse, et conformément au droit commun, seule la dernière offre reçue sera prise en compte par l'acheteur (article R.2151-6 du CCP) ;
- on peut noter que l'Ordonnance ne comprend aucune disposition sur la prolongation de délai de validité des offres. Sur ce sujet, les règles du CCP sont donc toujours applicables ;
- pour les consultations qui n'ont pas encore débuté, les acheteurs peuvent toujours mettre en œuvre les dispositions de droit commun leur permettant d'avoir recours à des procédures d'achat plus souples ou moins longues, en cas notamment d'urgence simple (art. R. 2161-3 et R. 2161-8 du CCP). En cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir (art. L.2122-1 et R.2122-1 du CCP), l'acheteur pourra également conclure le marché sans publicité ni mise en concurrence, le marché devant alors être limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence. Ce fondement pourra notamment être utilisé pour l'achat de produits sanitaires essentiels pour lutter contre le covid-19, tels que les masques, équipements de protection ou médicaments en lien avec la pandémie.

Aménagement des modalités de mise en concurrence

L'Ordonnance donne plus largement la possibilité à l'autorité contractante d'aménager les modalités de la mise en concurrence qu'elle avait prévue dans les documents de la consultation lorsqu'elle ne peut plus les respecter (article 3 de l'Ordonnance).

Cette disposition peut recouvrir des situations diverses et variées. Il pourrait s'agir de remplacer des rencontres physiques (telles que des réunions de négociation ou de dialogue) par des réunions en visioconférence, de reporter, annuler ou modifier les modalités des visites de sites ou chantiers prévus dans le règlement de la consultation, de renoncer à l'obligation des candidats de signer leur offre ou encore d'accepter une signature manuscrite scannée en lieu et place d'une signature électronique qui ne pourrait être apposée lorsque celle-ci était requise dès le stade des offres.

Ces aménagements doivent respecter l'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence. Cela implique notamment d'informer l'ensemble des candidats des modifications apportées à la consultation et de s'assurer qu'ils puissent tous poursuivre la procédure selon ces nouvelles modalités, en leur accordant, si nécessaire, un délai adéquat pour s'y adapter.

3. Modifications des contrats en cours

Prolongation de la durée des contrats

L'article 4 de l'Ordonnance prévoit la possibilité de prolonger par avenant la durée des contrats venant à expiration pendant la période d'application de l'Ordonnance, "*lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre*". Cette disposition vise à pallier les difficultés des opérateurs dans l'exécution des marchés et concessions, mais également à éviter les ruptures d'approvisionnement pour les acheteurs qui ne parviendraient pas à conclure un nouveau contrat à temps.

Comme confirmé par la DAJ, cette condition est remplie lorsqu'une procédure de remise en concurrence a été lancée mais qu'elle n'a pu aboutir avant l'échéance du contrat du fait de l'épidémie ou de ses conséquences. En effet, en réalité, cette disposition vise les cas dans lesquels aucune procédure n'a été entamée, mais surtout – cas a priori les plus fréquents dans la mesure où une procédure de mise en concurrence dure en général plusieurs mois – ceux dans lesquels une procédure entamée n'a pas pu être finalisée à temps.

Il est précisé que la durée totale des accords-cadres pourra dépasser la durée maximale prévue au Code de la commande publique pour ce type de contrat, soit quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices. Si ces dispositions prévoyaient déjà la possibilité de déroger à ces durées maximales "*dans des cas exceptionnels dûment justifiés*", et que la crise sanitaire aurait pu être considérée comme étant au nombre de ces cas, en prévoyant expressément cette possibilité, l'Ordonnance a le mérite de rassurer les acheteurs qui souhaiteraient y avoir recours. S'agissant du cas particulier des contrats de concession conclus dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, et des ordures ménagères et autres déchets, la durée maximale de vingt ans peut également être dépassée et ce sans examen préalable de l'autorité compétente de l'Etat.

Le choix de la durée de prolongation du contrat appartient à l'autorité contractante, dans une limite fixée par l'Ordonnance : elle ne peut excéder la période d'application de l'Ordonnance augmentée de la durée – propre à chaque contrat – nécessaire à la remise en concurrence du contrat à l'issue de cette période. En revanche, la mise en œuvre de la prolongation doit s'opérer, selon les termes de l'Ordonnance, par avenant, ce qui suppose donc l'accord du titulaire du contrat.

Selon l'interprétation faite par la DAJ, l'article 4 de l'Ordonnance permettrait également de prolonger la durée des marchés dont le montant fixe ou maximum aurait été atteint, mais - une telle modification impliquant des prestations supplémentaires - celle-ci resterait régie par les dispositions du CCP relatives aux modifications des contrats en cours d'exécution (notamment s'agissant des montants maximaux des prestations supplémentaires), ce qui semble limiter l'intérêt de cette disposition de ce point de vue.

Augmentation des avances dans les marchés

L'Ordonnance vise également à assouplir les règles d'exécution financières des marchés publics pour limiter les besoins de trésorerie des entreprises.

En application de son article 5, les acheteurs n'ont plus l'obligation d'exiger de leur co-contractant la constitution d'une garantie à première demande lorsqu'ils octroient une avance supérieure à 30% du montant initial du marché et peuvent porter le taux des avances à un montant supérieur à 60% du marché ou du bon de commande. Ce faisant, l'Ordonnance déroge au principe selon lequel les taux et conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées

en cours d'exécution du marché (art. L 2191-3 du CCP) et au principe du plafonnement de ces taux à 60% (art. R 2191-8 du CCP), sans fixer de nouveau plafond. A la différence des autres dispositions de l'Ordonnance, les dispositions de cet article restent applicables jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire augmenté de deux mois.

Allègement des procédures applicables aux avenants

En application de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 venue modifier celle du 25 mars 2020, les projets d'avenants aux conventions de délégations de service public et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% sont dispensés respectivement de l'avis préalable de la commission de DSP et de celui de la commission d'appel d'offres, par dérogation aux règles du Code général des collectivités territoriales. Comme indiqué par la DAJ, cet allègement des procédures vise à pallier les difficultés rencontrées par les collectivités locales pendant la période de confinement pour réunir ces commissions et à accélérer les procédures.

4. Soutenir les opérateurs face aux difficultés d'exécution

L'article 6 de l'Ordonnance traite des difficultés d'exécution des contrats publics que peut entraîner la crise actuelle. Ces difficultés résultent à la fois de l'impact de la pandémie elle-même, mais également des mesures prises par les autorités pour y faire face (confinement, réquisitions de matériels et mise en œuvre d'actions prioritaires).

Objectifs de l'Ordonnance et démarche adoptée

Pour une meilleure compréhension des dispositions de l'Ordonnance, il est indispensable de bien comprendre ses objectifs et la démarche dans laquelle elle s'insère.

Ce qu'est l'Ordonnance :

- un outil visant à satisfaire les objectifs que l'État s'est fixé d'une manière générale pour faire face à la crise, c'est-à-dire à la fois (i) assurer la continuité de la satisfaction des besoins des acheteurs publics et autorités concédantes et (ii) soutenir et protéger les entreprises face aux difficultés d'exécution ;
- comme son intitulé l'indique, l'Ordonnance a pour but d'adapter (voire de désactiver) celles des règles de procédure et d'exécution (y compris les stipulations contractuelles) qui pouvaient constituer un obstacle à la poursuite de ces objectifs. A cet effet, l'article 6 s'applique "*nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat*".

Ce que n'est pas l'Ordonnance :

- l'Ordonnance ne qualifie pas la crise actuelle de cas de force majeure par principe. Une analyse au cas par cas des difficultés rencontrées reste donc nécessaire ;
- l'Ordonnance n'a pas vocation à constituer un cadre général, applicable à tous les contrats publics, qui viendrait traiter l'ensemble des conséquences de la crise sanitaire actuelle sur l'exécution des contrats publics. La diversité des contrats publics rendrait cette entreprise particulièrement complexe. Par ailleurs, les stipulations contractuelles et, en leur absence, les grands principes applicables aux contrats administratifs (force majeure, imprévision, fait du prince, etc) restent pleinement applicables, dès lorsqu'ils sont plus favorables au titulaire du contrat.

Le premier réflexe des acheteurs comme des entreprises doit donc être d'identifier, analyser et documenter précisément les difficultés concrètes rencontrées en lien avec la crise sanitaire, et de se référer en premier lieu aux clauses de leurs contrats. Une fois cette analyse opérée, et les difficultés potentielles identifiées, les dispositions de l'Ordonnance peuvent avoir vocation à s'appliquer, notamment en cas de clauses contractuelles moins favorables au titulaire.

La partie la plus diligente aura donc intérêt à informer officiellement l'autre partie, notamment par lettre recommandée électronique, des difficultés rencontrées, voire de "l'impossibilité d'exécuter" tout ou partie du contrat et de mentionner les dispositions de l'Ordonnance ou les clauses contractuelles qu'elle considère applicables.

Eviter les sanctions contractuelles des entreprises

Report des délais d'exécution

En cas de difficultés d'exécution liées à la crise sanitaire, le titulaire peut demander un report des délais d'exécution de son contrat (art. 6.1°) à la double condition (i) de formuler cette demande avant l'expiration du délai contractuel et (ii) de pouvoir démontrer qu'il n'est pas en mesure de respecter les délais ou qu'un tel respect supposerait "*des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive*".

Dès lors qu'une entreprise est en mesure de démontrer de manière étayée et concrète que les modalités d'exécution du contrat considéré sont affectées, cette disposition aura vocation à faciliter l'obtention d'un report de délai par le titulaire à plusieurs titres.

Elle évite toute discussion relative au caractère potentiellement exonératoire d'une pandémie et des décisions administratives qui l'accompagnent (certains contrats ne visent pas expressément les pandémies, ou bien ne prévoient pas d'effet exonératoire pour les mesures prises par d'autres entités que l'entité contractante). Le report de délai est de droit non seulement lorsque le titulaire est dans l'impossibilité de le respecter (comme en force majeure), mais aussi lorsqu'il en aurait les moyens mais au prix de conditions particulièrement onéreuses. Ce dernier élément introduit un assouplissement par rapport aux exigences usuelles au titre de la force majeure, en rapprochant ces conditions de celles de l'imprévision (qui en principe n'emporte pas d'effet exonératoire et dont l'application à des événements autres qu'économiques peut être discutée).

Sur les conditions de formulation de la demande, on peut penser que cette disposition qui impose seulement que la demande soit faite "*avant l'expiration du délai*" pourrait être considérée comme faisant obstacle à l'application de certaines clauses contractuelles conditionnant l'octroi de tels reports à des conditions de notification strictes (notamment un délai maximum – généralement très court – entre la survenance de l'événement et la demande de report). Sur ce point, la prudence consiste néanmoins à recommander aux entreprises de respecter, autant que possible, les dispositions contractuelles. S'agissant de l'ampleur du délai accordé, l'intérêt de la disposition pour les entreprises est de fixer un report minimal (ie la durée d'application de l'Ordonnance, soit jusqu'au 23 juillet 2020 inclus) sans que l'acheteur puisse s'y opposer (les parties étant bien entendu libres de fixer d'un commun accord un délai plus long).

Inapplication des sanctions contractuelles

Indépendamment de toute demande de report de délai de la part du titulaire, l'article 6. 2° a) pose le principe de l'impossibilité pour l'acheteur public de sanctionner son cocontractant dès lors que celui-ci démontre être dans "*l'impossibilité d'exécuter*" tout ou partie du contrat. Comme indiqué ci-dessus, la notion d'impossibilité d'exécution est entendue de manière plus souple

qu'en cas de force majeure, puisqu'elle peut également être admise, alors même que le titulaire aurait à sa disposition les moyens de poursuivre l'exécution, si une telle mobilisation faisait "*peser sur lui une charge manifestement excessive*". Dans ces hypothèses, l'acheteur public ne peut ni résilier le contrat pour faute du titulaire, ni appliquer les pénalités contractuelles ou faire des demandes de dommages-intérêts, ni prononcer une mise en régie.

Assurer la continuité des approvisionnements pour les acheteurs publics

En complément des possibilités offertes aux acheteurs de prolonger la durée des contrats (article 5 – cf supra), l'article 6.2° b) de l'Ordonnance accorde des prérogatives particulières à l'acheteur public confronté à un titulaire dans l'incapacité d'exécuter son contrat. Dans une telle situation, l'acheteur peut faire exécuter les prestations par un tiers, et ce, nonobstant toute clause d'exclusivité souscrite au profit du titulaire empêché, sans que ce dernier ne puisse engager la responsabilité contractuelle de l'acheteur. Cette faculté n'est toutefois pas ouverte sans condition puisqu'elle n'est possible que pour "*satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir d'aucun retard*". Bien que l'identification de ces besoins puisse prêter à discussion, on peut penser que cette faculté ne devrait être ouverte que de manière restrictive, par exemple pour assurer des besoins essentiels. Par ailleurs, conformément au principe de l'absence de sanction du titulaire empêché, il ne s'agit pas d'une mise en régie, et la réalisation par un tiers des prestations ne peut donc s'effectuer aux frais et risques du titulaire initial.

Limiter les besoins de trésorerie des entreprises en cas de suspension du contrat

L'Ordonnance met en place des mesures visant à limiter les effets pour le titulaire d'un contrat public des décisions de suspension de l'exécution des contrats par les autorités contractantes, pour deux types de contrats publics.

Maintien de la rémunération du titulaire pour les marchés publics à prix forfaitaire

Dans le cas particulier des marchés publics à prix forfaitaire, l'article 6. 4° prévoit le principe du maintien de la rémunération du titulaire pendant la période de suspension. A l'issue de la période de suspension, l'Ordonnance prévoit la conclusion d'un avenant (ce qui suppose l'accord des deux parties) pour décider si le contrat doit reprendre à l'identique, être modifié ou être résilié, et déterminer le montant des sommes dues respectivement par les parties. Le champ d'application exact de cette disposition – qui permet de déroger à la règle du service fait comme le précise utilement la DAJ – doit être interprété de manière restrictive, et ne devrait concerner que les marchés à exécution successive, prévoyant une rémunération périodique dont les montants sont déterminés préalablement par le marché. On peut également noter que la formulation retenue (ie l'acheteur "*est conduit à suspendre*") laisse penser que ces dispositions ont vocation à s'appliquer non seulement lorsque l'acheteur décide de suspendre le service de sa propre initiative (parce que la crise sanitaire ou les mesures gouvernementales prises en conséquence l'y contraignent), mais également lorsqu'il est face à l'incapacité de son co-contractant de l'exécuter. Néanmoins, le dispositif n'a vocation à s'appliquer que sur décision expresse de l'acheteur public (à la différence du dispositif applicable aux concessions depuis la modification introduite par l'ordonnance n°2020-460 – cf infra).

Suspension des versements dus par le titulaire

S'agissant des concessions, l'article 6.5° prévoit que, durant la période de suspension, le versement de toutes les sommes dues au concédant est suspendu. Il s'agit ici par exemple, des redevances pour occupation du domaine public, des redevances de contrôle et de sécurité,... Par ailleurs, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut être versée au concessionnaire (par exemple s'agissant des éventuelles subventions publiques prévues au contrat). Cette dernière faculté ne peut toutefois être mise en œuvre que "*si la situation de*

l'opérateur le justifie et à hauteur de ses besoins", ce qui laisse une large place à la discussion. La mise en œuvre d'une telle possibilité dépendra donc clairement de la situation particulière rencontrée : la concession est-elle en période de *ramp-up* ou quasiment arrivée à son terme ?, quel est le niveau de rentabilité du service par rapport aux prévisions?, quelle est la durée restante de la concession?, etc.

Depuis la modification introduite par l'ordonnance n°2020-460, le texte prévoit qu'il a vocation à s'appliquer non seulement lorsque la suspension de l'exécution de la concession résulte d'une décision prise par le concédant, mais également lorsqu'elle résulte d'une mesure de police administrative (telle que, selon la DAJ, la fermeture des structures d'accueil de la petite enfance ou des centres sportifs et de loisirs). Ainsi le concessionnaire n'a plus à attendre une décision expresse de l'autorité concédante pour suspendre ses versements à cette dernière. Par ailleurs, comme indiqué précédemment, on peut noter que l'Ordonnance n'a pas vocation à traiter l'ensemble des impacts de la crise sanitaire sur l'exécution de ces contrats. Indépendamment de toute suspension (ou modification – cf infra), les conséquences d'une dégradation de l'équilibre financier des concessionnaires liée à la crise sanitaire actuelle ne font pas l'objet de dispositions spécifiques et ont donc vocation à être traitées en application des clauses contractuelles et de la jurisprudence.

Enfin, des dispositions similaires ont été prises s'agissant des autres contrats emportant occupation du domaine public, c'est-à-dire en premier lieu des conventions d'occupation du domaine public. Pour ces contrats, en application de l'article 6.7° de l'Ordonnance, créé par l'ordonnance n°2020-460, le paiement des redevances d'occupation ou d'utilisation du domaine public est suspendu, *"lorsque les conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant sont dégradées dans des proportions manifestement excessives au regard de sa situation financière"*, jusqu'à au 23 juillet 2020 inclus au plus tard.

Pour les concessions comme pour les contrats emportant occupation du domaine public, à l'issue de la suspension, les parties déterminent par avenant, le cas échéant, les modifications du contrat apparues nécessaires.

Faciliter l'indemnisation des préjudices en cas de résiliation ou de modification des conditions d'exécution

Résiliation des marchés

En ce qui concerne les marchés, l'article 6. 3° prévoit que la résiliation par l'acheteur, lorsqu'elle est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives en raison de l'urgence sanitaire, ouvre droit à l'indemnisation des dépenses engagées directement imputables à l'exécution du bon de commande ou du marché résilié. Conformément à l'objectif général de cet article 6, l'objectif de cette disposition est d'exclure les stipulations contractuelles qui prévoiraient une absence d'indemnisation – ou une indemnisation moindre du titulaire – dans ce cas de figure. En conséquence, les clauses de résiliation pour "cause légitime prolongée" fréquentes dans les marchés de partenariat et qui détaillent le montant de l'indemnité due au titulaire ont donc vocation à s'appliquer, ou à défaut de clause, la jurisprudence administrative. Il en est de même pour les contrats de concession.

Modification des conditions d'exécution des concessions

En ce qui concerne les concessions, c'est la question de la modification unilatérale pour laquelle le Gouvernement a considéré qu'il était nécessaire d'établir une protection minimale des entreprises dans l'article 6.6° de l'Ordonnance. L'hypothèse visée par cette disposition est celle d'une poursuite de l'exécution du contrat mais selon des modalités d'exécution significativement

modifiées par l'autorité concédante. Dans ce cas, le concessionnaire a le droit d'être indemnisé du surcoût résultant de cette exécution (même partielle) dès lors que le fait de poursuivre cette exécution 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".

Le cas visé ici pourrait être celui dans lequel l'autorité concédante, pour les besoins de la continuité du service public, impose la poursuite de l'exécution de la concession dans des conditions différentes, par exemple, dans une configuration dégradée par rapport aux prescriptions initiales, mais nécessitant pourtant la mise en œuvre de moyens non prévus au contrat initial. En pratique, les contrats de concession contiennent généralement des clauses plus favorables pour le concessionnaire que cette disposition pour traiter les cas de modification unilatérale par l'autorité concédante, et en l'absence de clause, les principes jurisprudentiels applicables sont également plus favorables. En conséquence, l'application pratique de cette disposition sera vraisemblablement limitée, pour traiter les contrats comprenant des clauses particulières limitant les droits à indemnisation du concessionnaire dans de telles circonstances (par exemple en conditionnant l'indemnisation à un seuil de matérialité important, ou en écartant une telle indemnisation lorsque la modification par l'autorité concédante est causée par une circonstance imprévue hors de son contrôle, ou en excluant toute indemnisation autre que par une augmentation des tarifs appliqués aux usagers).

Contacts



Bruno Cantier

Associé
Paris
T +33 1 53 67 16 35
bruno.cantier@hoganlovells.com



Ludovic Babin

Associé
Paris
T +33 1 53 67 22 78
ludovic.babin@hoganlovells.com



Perrine Limousin

Counsel
Paris
T +33 1 53 67 48 06
perrine.limousin@hoganlovells.com



Marie Paquier

Collaboratrice senior
Paris
T + 33 1 53 67 18 34
marie.paquier@hoganlovells.com



Astrid Layrisse

Collaboratrice
Paris
T +33 1 53 67 38 76
astrid.layrisse@hoganlovells.com



Sabrina Qureshi

Collaboratrice
Paris
T +33 1 53 67 47 22
sabrina.qureshi@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses. The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members. For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2020. All rights reserved.