

Crise sanitaire et exécution des marchés

Thème : Achat public
Mars 2020

Au regard du contexte actuel, de nombreuses questions se posent aux praticiens de l'achat public ... à situation inédite, des mesures particulières sont à adopter ...

Les éléments énoncés ci-après le sont en fonction des dispositions applicables à la date du 24 mars 2020.

D'autres dispositions peuvent intervenir dans les prochains jours, notamment en application de la [loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19](#) :

« I. - 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 : (...)
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 ; »

A noter : [Fiche DAJ : La passation et l'exécution des marchés publics en période de crise sanitaire](#)

I – COVID 19 – CAS DE FORCE MAJEURE ?

Le gouvernement a déclaré que pour les marchés publics de l'Etat, le virus sera considéré comme un « cas de force majeure ». Les pénalités, notamment de retard, ne seront pas appliquées. Cet engagement peut être soumis à une lecture différente par les autres acheteurs. Dans tous les cas, le formalisme et les dossiers constitués par les opérateurs économiques devront être solidement argumentés.

A la lecture de la fiche DAJ, pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, la jurisprudence exige trois conditions cumulatives. Un cas de force majeure est caractérisé par son caractère :

- **imprévisible** dans sa survenance : cette condition est réunie,
- **irrésistible** dans ses effets (autrement dit insurmontable), cela semble être le cas. La question pourra se poser pour des contrats conclus récemment, alors que son existence était déjà connue,
- et enfin, complètement **indépendant de la volonté des parties**, en l'occurrence l'acheteur et son cocontractant. Cela veut dire qu'en raison de cet événement, l'exécution des obligations contractuelles est impossible, provisoirement ou définitivement. C'est la condition qui pose en général, le plus de difficultés et entraîne des contestations. Il faut que l'entreprise démontre :
 - o qu'elle n'a pas d'autre moyen pour exécuter ses prestations (ex : adaptation des conditions de travail, autre canal pour se fournir, etc.) ;
 - o et que le fait de ne pas pouvoir exécuter le contrat est bien lié au virus.

II – COVID 19 – OPTIONS POSSIBLES ?

Si l'entreprise ne peut pas ou plus exécuter son contrat, l'acheteur public peut prendre deux décisions :

- **soit suspendre l'exécution des prestations** : dans ce cas, il ne doit pas appliquer de pénalités ;
- **soit résilier le contrat pour force majeure**. L'entreprise n'a pas la possibilité de résilier elle-même le contrat pour ce motif (sauf si le contrat l'autorise). Mais elle peut demander à l'acheteur public de le faire et solliciter une indemnisation en cas de refus

II – COVID 19 – COMMENT PROCEDER ?

REFLEXES A ADOPTER

LECTURE DE VOS PIECES CONTRACTUELLES ET DES CCAG DE REFERENCE & FAVORISER UN DIALOGUE CONSTRUCTIF

En tout premier lieu, les parties doivent s'attacher à prendre connaissance des clauses contractuelles et à en vérifier le contenu. Pour rappel, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) peut déroger au cahier des clauses administratives générales (CCAG). Si ce n'est pas le cas, voici ce que prévoient les CCAG travaux, fournitures courantes et services (FCS) et prestations intellectuelles (PI).

MARCHES DE TRAVAUX

Article 18.3 CCAG Travaux

« 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 :

- Qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les dispositions découlant de l'article 18.2 ;*
- Qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit.*

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 ».

Article 19.2.2. CCAG Travaux

« 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 :

- Un changement du montant des travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages ;*
- Une substitution d'ouvrages différents aux ouvrages initialement prévus ;*
- Une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier ;*
- Un ajournement de travaux décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur ;*
- Un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché.*

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 ».

En théorie, l'état actuel de crise sanitaire peut répondre à cette définition de « **difficultés imprévues** ».

En pratique, l'entreprise doit **immédiatement** informer le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre. Elle doit le faire par écrit. Le marché prévoit les conditions dans lesquelles il faut notifier cette information. Avec cette information, l'entreprise doit demander une prolongation des délais d'exécution ou un report. Ensuite, c'est au maître d'œuvre d'agir. Il doit envisager la durée de la prolongation ou le report et demander l'avis à l'entreprise. Le maître d'œuvre présente ensuite sa proposition au maître d'ouvrage qui prend une décision et la notifie à l'entreprise.

MARCHES DE FCS ET PI

Article 13.3 CCAG FCS et PI

« Prolongation du délai d'exécution :

13. 3. 1. Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution, du fait du pouvoir adjudicateur ou du fait d'un événement ayant le caractère de force majeure, le pouvoir adjudicateur prolonge le délai d'exécution. Le délai ainsi prolongé a les mêmes effets que le délai contractuel.

13. 3. 2. Pour bénéficier de cette prolongation, le titulaire signale au pouvoir adjudicateur les causes faisant obstacle à l'exécution du marché dans le délai contractuel. Il dispose, à cet effet, d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle ces causes sont apparues ou d'un délai courant jusqu'à la fin du marché, dans le

cas où le marché arrive à échéance dans un délai inférieur à quinze jours. Il indique, par la même demande, au pouvoir adjudicateur la durée de la prolongation demandée.

13. 3. 3. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de quinze jours, à compter de la date de réception de la demande du titulaire pour lui notifier sa décision, sous réserve que le marché n'arrive pas à son terme avant la fin de ce délai.

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, lorsque le retard est dû à l'intervention du prestataire, dans le cadre d'un marché passé en urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles.

La durée d'exécution du marché est prolongée de la durée nécessaire à la réalisation des prestations réalisées sur réquisition ou pour les besoins du marché passé en urgence impérieuse.

13. 3. 4. Aucune demande de prolongation du délai d'exécution ne peut être présentée après l'expiration du délai contractuel d'exécution de la prestation ».

Ces deux CCAG prévoient que si le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution en raison d'un cas de force majeure, le cocontractant public doit prolonger le délai d'exécution. Le délai ainsi prolongé a les mêmes effets que le délai contractuel, c'est-à-dire qu'aucune pénalité ne pourra être appliquée mais que l'entreprise devra respecter ce délai.

Pour engager la procédure, l'entreprise doit signaler à l'acheteur public le ou les événement(s) qui justifient qu'elle ne puisse pas respecter le délai d'exécution prévu au contrat. Elle doit le faire dans un délai maximum de 15 jours à compter de ce ou ces événements. Ce délai est réduit si le marché doit se terminer avant ces 15 jours. La demande doit toujours être faite avant l'expiration du délai contractuel d'exécution des prestations.

L'entreprise doit indiquer à l'acheteur public la durée de la prolongation demandée. Le marché prévoit les conditions dans lesquelles il faut notifier cette information. Si le courrier recommandé est imposé, il ne faut pas hésiter à l'accompagner d'un mail.

Ensuite, l'acheteur public a 15 jours, à compter de la date de réception de la demande de l'entreprise, pour lui notifier sa décision.

La demande de prolongation ne peut pas être refusée dans deux cas (hypothèses de l'existence d'un ordre de réquisition et intervention dans un marché conclu en urgence impérieuse en raison de circonstances imprévisibles).

POUR CONCLURE

Un mot d'ordre : engager un dialogue constructif et adapté au caractère exceptionnel de la situation,

&

Si les possibilités relatives aux prolongations de délais ne sont pas suffisantes, l'acheteur peut envisager une résiliation pour force majeure en attendant que la situation se rétablisse.