



HAL
open science

Crise sanitaire et contrats publics : une approche de sociologie juridique

Valentin Lamy, François Lichère, Adeline Meynier-Pozzi, Fanette Akoka

► To cite this version:

Valentin Lamy, François Lichère, Adeline Meynier-Pozzi, Fanette Akoka. Crise sanitaire et contrats publics : une approche de sociologie juridique. *Actualité juridique Droit administratif*, 2021, 25, pp.1425. hal-04156175

HAL Id: hal-04156175

<https://hal.science/hal-04156175>

Submitted on 7 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Crise sanitaire et contrats publics, une approche de sociologie juridique

François Lichère, Professeur agrégé de droit public, Directeur de la chaire de droit des contrats publics, équipe de droit public de Lyon (EA 666)











Fanette Akoka, Chercheur post-doctoral de la chaire de droit des contrats publics, équipe de droit public de Lyon (EA 666)

Valentin Lamy, Chercheur post-doctoral de la chaire de droit des contrats publics, équipe de droit public de Lyon (EA 666)

Adeline Meynier-Pozzi, Chercheur post-doctoral de la chaire de droit des contrats publics, équipe de droit public de Lyon (EA 666)

L'essentiel

« Crise sanitaire et contrats publics » est le premier thème de recherche retenu par la chaire de droit des contrats publics de l'Equipe de droit public de Lyon (EDPL). Grâce à des enquêtes de terrain, qualitatives et quantitatives, mobilisant des méthodes de sociologie juridique, la chaire a sondé la mise en oeuvre pratique des règles de droit des contrats publics en période de crise sanitaire de covid-19. Des études de droit privé et de droit comparé ont complété ces données pour proposer, dans un rapport publié sur le site internet de la chaire (<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>), une analyse approfondie accompagnée de recommandations visant à améliorer la réglementation existante. Cet article est une présentation synthétique de ces travaux.

L'année qui vient de s'écouler a fait renaître des pratiques et des règles que l'on croyait enfouies au fond des âges. Confinements, couvre-feux et mobilisation massive de ressources publiques n'en sont que les exemples les plus marquants. De vénérables théories jurisprudentielles ont, à leur tour, montré qu'elles n'étaient pas seulement réservées à un enseignement hors du temps, mais qu'elles étaient simplement en sommeil. Tel a été le cas de la théorie des circonstances exceptionnelles, invoquée tant par le Conseil d'Etat (CE 22 déc. 2020, n° 439804, Lebon  ; AJDA 2021. 6 ) que par le Conseil constitutionnel (26 mars 2020, n° 2020-799 DC, AJDA 2020. 706  ; et 2020. 839  ; 843  ; 839, note M. Verpeaux , note J. Jeanneney  ; et 1257, tribune X. Magnon  ; RFDA 2020. 501, chron. A. Roblot-Troizier ). Tel a aussi été le cas, si l'on considère plus spécifiquement les contrats publics, de la théorie de l'imprévision, qui a démontré qu'elle n'était pas tombée en « désuétude » (L. Clouzot, La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude, RFDA 2010. 937 ). On a même vu rejaillir l'idée d'une « force majeure administrative », pourtant menacée de disparition (B. Plessix, La force majeure administrative : une occasion manquée ?, Dr. adm. 2019. Repère 2).

Dans ce contexte, la chaire de droit des contrats publics de l'EDPL a choisi d'axer son premier rapport thématique sur le sujet « Crise sanitaire et contrats publics ». Créée en septembre 2020, la chaire a vocation à conduire, grâce au concours de ses partenaires publics et privés, des enquêtes de terrain visant à recueillir des données empiriques sur l'application pratique des règles de droit des contrats

publics. En sondant ainsi la pratique, souvent peu explorée par la doctrine, il est possible de porter une appréciation plus fine sur la pertinence des règles de droit et de formuler des recommandations donnant tout son sens à la fonction prospective de la recherche.

Les éléments présentés ici ne sont que les « grands traits » d'un rapport de 162 pages publié sur le site internet de la chaire. Cette présentation étant la première du genre, un exposé de la méthode précédera ceux des résultats obtenus et des recommandations formulées.

I - La méthode employée

A. Justification générale

Selon Jean Carbonnier, « la sociologie juridique [...] se donne pour tâche d'observer et d'expliquer ces phénomènes sociaux que sont les phénomènes du droit » (*La sociologie juridique et son emploi en législation*, Communication à l'Académie des sciences morales et politiques du 23 octobre 1967, *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57, p. 393). Peu utilisées en droit public, à l'exception sans doute de la science administrative (J. Chevallier, *Science administrative*, 6^e éd., PUF, 2019, p. 62), les méthodes de la sociologie juridique n'ont jamais été beaucoup mobilisées pour sonder l'application pratique des règles de droit des contrats publics. Pourtant, les contrats publics ont un poids économique considérable, si bien que ceux-ci sont justement considérés comme des leviers des politiques de relance économique. Face à une crise économique de l'ampleur de celle consécutive à la pandémie de coronavirus, il est apparu primordial de pouvoir disposer de données de terrain de nature à estimer la pertinence des règles applicables aux contrats publics, non seulement les règles générales, mais encore les règles particulières édictées pour faire face à la crise et de formuler des recommandations appropriées.

Cela étant, le recours à l'empirisme est ici seulement envisagé comme méthode s'appuyant sur « l'expérience concrète particulière » (T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibl. dr. publ. 1987, t. 152, p. 23), non comme doctrine. Les données ainsi recueillies ne sont donc pas déconnectées du « paradis immuable des notions et des règles » (B. Chenot, *L'existentialisme et le Droit*, RFSP 1953, n° 1, p. 58), mais bel et bien confrontées à ces notions et règles, le droit ne pouvant se réduire à une simple « science des faits » (C. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977. Chron. 34). Dès lors, la « réalité étonnamment complexe » (C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2002, p. 208) de l'application des règles de droit des contrats publics révélée par l'empirisme est passée au crible de l'esprit qui sous-tend ces règles.

Plus particulièrement, l'enquête de terrain s'est inspirée de la méthode retenue dans les années 1960 par la direction des affaires civiles du ministère de la justice en matière de successions et de régimes matrimoniaux. Afin d'éclairer le législateur en vue d'une réforme de ces régimes juridiques, le ministère avait ainsi diligenté deux enquêtes, toutes deux subdivisées en deux phases : une phase qualitative « constituée par des entretiens approfondis [...] d'après un guide d'entretien semi-directif, flexible » (J. Carbonnier, préc.) et une phase quantitative, un « sondage proprement dit, conduit d'après un questionnaire rigide sur un échantillon » (préc.) représentatif. A ces deux enquêtes ont été associées ici des comparaisons de droit interne et de droits étrangers, afin d'obtenir la vue la plus large sur le thème de recherche.

B. L'enquête qualitative

L'enquête qualitative s'est fondée, à titre principal, sur dix-huit interviews conduites auprès de juristes représentant différents acteurs des contrats publics entre mi-octobre et début décembre 2020. Elle a tout à la fois impliqué des représentants d'autorités contractantes, d'entreprises titulaires de contrats publics et des avocats spécialisés. Elle a par ailleurs porté sur un panel étendu de contrats publics et de secteurs d'activités, permettant ainsi d'avoir une vue large sur l'application pratique des règles générales et particulières du droit des contrats publics en temps de crise sanitaire. Elle a été conduite grâce à un questionnaire semi-directif unique dont les questions avaient été pensées sur la base d'une analyse exhaustive de l'état de la doctrine et de données pratiques recueillies de manière informelle préalablement. Le questionnaire était subdivisé en plusieurs parties : la suspension du contrat ; la résiliation du contrat ; l'exécution dégradée ; la mise en concurrence et enfin les propositions d'amélioration du droit.

Les participants étaient systématiquement informés de la stricte confidentialité des échanges et du fait que le traitement de leurs réponses ferait l'objet d'un rapport dans lequel il serait impossible de les identifier. Ceci a permis de les mettre en confiance et de leur permettre de livrer leur point de vue en toute liberté.

C. L'enquête quantitative

L'enquête quantitative a été réalisée à partir d'un questionnaire directif en ligne comportant 101 questions, reprenant la même présentation que l'enquête qualitative. Toutefois, les questions n'étaient pas seulement inspirées de l'enquête qualitative qui était en cours au moment du lancement de l'enquête quantitative, mais ont été conçues comme plus larges, ceci afin que cette enquête n'ait pas seulement une vertu confirmative des résultats de l'enquête qualitative, mais soit potentiellement source de données nouvelles. Le questionnaire, réalisé grâce au logiciel *LimeSurvey*, a été diffusé entre le 17 novembre et le 6 décembre 2020 auprès de juristes volontaires. Si, pour cette première enquête, le site internet n'était pas encore opérationnel, la chaire a tout de même pu communiquer sur l'ouverture du questionnaire en ligne via les réseaux sociaux ainsi que par l'intermédiaire de ses partenaires et de certains organismes fédératifs (Fédération nationale des travaux publics, Fédération des entreprises publiques locales, Association nationale des juristes territoriaux et France urbaine), qui ont largement diffusé le questionnaire.

Les participants à l'enquête étaient informés que les réponses aux questions étaient anonymes et il leur était bien précisé qu'ils avaient la possibilité de répondre plusieurs fois au questionnaire à différents titres, s'ils s'étaient trouvés alternativement en position d'autorité contractante et de titulaire au cours de la crise sanitaire (cas des juristes des sociétés d'économie mixte et des sociétés publiques locales par exemple).

Il faut ici préciser que la plupart des questions appelaient à une réponse fermée, le participant devant cocher celle des propositions préexistantes lui convenant, alors que d'autres permettaient une réponse écrite.

Finalement, 141 personnes ont répondu à au moins une question. Bien que le taux de réponses décroisse progressivement au fur et à mesure de l'avancée du questionnaire, puisque 59 personnes sont allées jusqu'au bout, les données recueillies ont été satisfaisantes et de nature à permettre une analyse

approfondie. Plus particulièrement, le panel a offert une réelle diversité dans les profils des participants et les contrats concernés. Sur les participants, 54 % étaient des juristes d'autorités contractantes, 32 % des titulaires de marchés publics ou de concessions et 14 % des conseils juridiques. Sur le type de contrats concernés, la tendance est plus nette encore en faveur des marchés publics, puisque 84 % des participants étaient partie à au moins un marché public, 15 % des participants étaient partie à une concession et 1 % à un marché de partenariat.

D. L'analyse doctrinale de droit privé

Plus classique, la partie relative au droit privé a été principalement rédigée au regard des publications doctrinales qui ont traité des conséquences de la crise sanitaire sur les contrats privés. Elle a été enrichie par l'enquête qualitative en y adjoignant les réflexions de quelques personnes interviewées sur le sujet, ce qui a permis d'éclairer davantage certains aspects, notamment la question de la suspension du contrat face à un évènement de force majeure envisagée par le code civil mais pas par le code de la commande publique (CCP).

E. Le recours au droit comparé

Sur la base d'une version simplifiée mais également plus large du questionnaire de l'enquête quantitative, il a été demandé, grâce à un questionnaire en anglais, à cinq correspondants universitaires étrangers, représentant l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni et la Pologne, de préciser quelles avaient été les modalités de réponse à la crise sanitaire dans leur pays en ce qui concerne les contrats publics.

II - Les résultats obtenus

A. La suspension du contrat

La crise sanitaire a révélé que la suspension du contrat était un impensé du droit des contrats publics. Nourri du principe de continuité du service public, le droit des contrats publics n'appréhende tout simplement pas l'hypothèse de la suspension des contrats, à l'inverse du droit privé qui la prévoit en cas d'empêchement temporaire d'exécuter pour force majeure (C. civ., art. 1218¹) et dans le cadre de l'exception d'inexécution (C. civ., art. 1220¹). Du reste, dans certains systèmes étrangers, la suspension du contrat public est prévue dans le droit commun, comme en Italie où la question est traitée à l'article 107 du *Codice dei contratti pubblici*, là où d'autres Etats ont opté pour une sécurisation juridique très aboutie des suspensions dans un texte spécifique, à l'instar de l'Espagne, à l'article 34 du décret-royal n° 8/2020 du 17 mars 2020. En droit public français, ce n'est qu'avec l'ordonnance du 25 mars 2020 qu'a été appréhendée l'hypothèse de la suspension, tantôt expressément, tantôt indirectement, et toujours sujette à interprétation. La suspension est directement mentionnée aux 4° et 5° de l'article 6, d'une part, pour contraindre l'acheteur à poursuivre le règlement d'un marché à prix forfaitaire suspendu, d'autre part, pour proscrire, en matière de concessions, tout versement à l'autorité concédante et permettre le versement d'avances au concessionnaire. Elle est indirectement évoquée aux 1° et 2° qui permettent la prorogation des délais d'exécution, la conclusion de marchés de substitution et interdisent l'application de pénalités lorsque le titulaire ne peut respecter ces délais ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie de ses obligations, en particulier lorsque le titulaire démontre qu'il ne dispose pas des moyens nécessaires à la poursuite de l'exécution ou que celle-ci nécessiterait la mise en oeuvre de moyens qui feraient peser sur lui une charge manifestement

excessive. Il va sans dire que de nombreuses questions étaient laissées en suspens, en particulier celles de la procédure conduisant à la suspension du contrat et la formalisation de celle-ci et de l'indemnisation des surcoûts directement imputables à la suspension.

De ce point de vue, ni les règles objectives applicables à tous les contrats, ni les clauses contractuelles, en particulier les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), ne se sont trouvées pleinement satisfaisantes pour faire face à la situation, si bien que les enquêtes ont révélé une pratique profondément disparate et juridiquement dangereuse dans son ensemble. Cette profonde diversité a d'abord pu être constatée sur les questions de la formalisation et du moment de la suspension. Ainsi, la formalisation a pu être actée par un ordre de service ou être simplement factuelle. Elle a pu être décidée par l'autorité contractante ou du fait du titulaire. Son fondement juridique a pu être trouvé dans la force majeure ou dans les clauses contractuelles, en particulier l'article 49.1.1 du CCAG travaux relatif à l'ajournement, à ceci près que de nombreuses autorités contractantes ont été réticentes à prononcer l'ajournement au regard des conséquences indemnitaires qu'il induit. C'est aussi la question de l'indemnisation des surcoûts liés à la suspension qui s'est souvent trouvée épineuse, puisqu'en dehors de l'ajournement et de clauses particulières, tous les mécanismes de droit objectif se sont trouvés peu adaptés : la force majeure n'est pas une source d'indemnisation, la théorie de l'imprévision suppose une poursuite de l'exécution des obligations et la théorie du fait du Prince ne pouvait concerner que les contrats de l'Etat. Du reste, les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 ont globalement été jugées inadaptées, peu claires et en tout état de cause étrangères aux questions indemnitaires. C'est donc dans la négociation que les parties ont pu, parfois, trouver les solutions les plus appropriées.

B. La résiliation du contrat



Alors que la suspension a été largement pratiquée, la résiliation s'est trouvée réduite à portion congrue, en France comme à l'étranger. Il semble par ailleurs que cela n'ait concerné que les contrats à exécution courte, ceux dont le terme était proche ou seulement l'annulation de bons de commande, sur le fondement de la force majeure ou, plus rarement, d'un comportement fautif du titulaire. Néanmoins, il est possible de constater une notable diversité de situations, en particulier au niveau des processus d'indemnisation, ce qui laisse augurer des contentieux à venir, d'autant que le droit positif n'apporte guère de précisions sur la question.

En effet, l'ordonnance du 25 mars 2020, en son article 6, 3°, n'évoquait que l'hypothèse d'une indemnisation des frais engagés pour l'exécution d'un marché public ou d'un bon de commande, à l'exclusion, notamment des manques à gagner. Par ailleurs, le droit commun n'est d'aucun secours puisqu'aux articles L. 2195-1 à L. 2195-1-6 du CCP pour les marchés publics et L. 3136-1 à L. 3136-6 pour les concessions, il n'est jamais fait mention de la question de l'indemnisation. Tout au plus, l'article L. 6, 5° du code dispose que lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a « droit à une indemnisation », mais la force majeure n'est pas une résiliation pour motif d'intérêt général.

C. L'exécution dégradée du contrat

Tirée de la pratique, l'expression d'exécution « dégradée » du contrat englobe toutes les situations dans

lesquelles la poursuite de l'exécution des obligations contractuelles ne peut se faire selon les prévisions initiales des parties, lesquelles se sont trouvées dépassées par des circonstances rendant impérieuse une adaptation du contenu contractuel. Dans cette perspective, la question de la prolongation des délais d'exécution n'a pas souffert de difficultés pratiques majeures, tout comme celle des avances, les acteurs de la commande publique s'étant bien saisis des nouvelles possibilités offertes par l'ordonnance du 25 mars 2020. Deux questions majeures, cependant, ont révélé les faiblesses du droit de la commande publique.

La première question, sans doute la plus épineuse, est celle de l'indemnisation des surcoûts. Globalement, le constat général qu'il est possible de dresser sans guère de doute est le suivant : ni les clauses contractuelles (particulières ou tirées des CCAG), ni les règles générales applicables aux contrats administratifs n'étaient suffisamment adéquates pour faire face aux difficultés d'exécution engendrées par les mesures sanitaires édictées dès le mois de mars par le gouvernement, tout en garantissant aux contractants une certaine sécurité contractuelle. Plus spécifiquement, en l'absence de clause spécifique d'indemnisation des surcoûts liés à une situation imprévue, les contrats se sont révélés inaptes à régler cette question. Les CCAG alors applicables aux marchés publics ne contenaient pas de telle clause et il a été constaté que les acteurs de la commande publique avaient tenté d'activer certaines clauses dont la teneur ne permettait pas réellement un traitement efficace de la question. L'on pense notamment à l'article 10.1.1. du CCAG travaux qui exclut des prix les sujétions de toute nature normalement prévisibles, mais qui ne fixe aucune directive d'indemnisation. Plus encore, les règles générales applicables aux contrats administratifs ont démontré leurs lacunes. Outre la théorie du fait du Prince, applicable ici seulement aux contrats passés par l'Etat, seule la théorie de l'imprévision offrait un fondement pertinent à l'indemnisation. D'ordre public et mobilisable nonobstant les clauses contractuelles (CE, sect., 5 nov. 1937, *Département des Côtes-du-Nord*), elle ouvre droit à une indemnisation partielle du cocontractant si, en présence d'un événement imprévisible et extérieur aux parties, l'équilibre économique du contrat se trouve bouleversé (CE 30 mars 1916, n° 59928 , *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon ). Cependant, d'importantes incertitudes pèsent sur deux éléments. D'une part, l'appréciation du bouleversement de l'équilibre économique du contrat, que la jurisprudence situe généralement entre 5 et 10 % du montant initial pour les marchés publics (mais parfois au-delà) et apprécie à l'aune de la notion de déficit d'exploitation pour les concessions. Ces incertitudes se sont traduites, en pratique, par une mobilisation profondément désordonnée de la théorie de l'imprévision, certains participants à l'enquête quantitative estimant que le bouleversement n'était pas caractérisé à 20, voire à 30 % de surcoûts. D'autre part, le taux d'indemnisation des surcoûts souffre des mêmes maux. Si la jurisprudence indemnise généralement à hauteur de 80 à 95 % des surcoûts en marchés publics ou du déficit d'exploitation en concessions, il n'existe aucune règle ou standard permettant de déterminer ce taux. Là encore, l'enquête a révélé une pratique hautement disparate.

La seconde question porte sur la modification des contrats. Si les données recueillies montrent que le recours à l'avenant a été privilégié par rapport à la modification unilatérale par la personne publique, il reste que la crainte qu'inspirent certaines règles de droit public a parfois joué comme un frein psychologique à des modifications pourtant autorisées. Tel est le cas, notamment, de l'interdiction des libéralités ou encore de la limitation des modifications des marchés publics à 10 ou 15 % de leur montant qui a été évoquée par des acheteurs pour ne pas modifier leurs marchés. Cet argument est d'autant plus étonnant qu'il n'est guère douteux que la pandémie entre dans les circonstances imprévues de l'article R. 2194-5 du CCP justifiant une modification pouvant aller jusqu'à 50 % du

montant initial du marché pour les pouvoirs adjudicateurs et sans limitation pour les entités adjudicatrices. Dans ces conditions, la généralisation du recours aux clauses de réexamen est à encourager afin que ces blocages « psycho-juridiques » n'entravent pas la poursuite de l'exécution d'un marché à des conditions dégradées.

A tous points de vue, les systèmes étrangers qui ont été sondés présentent eux aussi des faiblesses analogues quant au traitement de l'exécution dégradée du contrat, à l'exception de l'Espagne.

D. La mise en concurrence

Bien que la pandémie de covid-19 ait surtout mis en lumière des difficultés dans l'exécution des contrats publics, la question de l'adaptation des procédures de passation s'est naturellement posée. Outre les possibilités offertes par le droit commun, en particulier la passation de contrats sans publicité ni mise en concurrence en cas d'urgence impérieuse - prévue à l'article R. 2122-1 du CCP -, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 comporte deux dispositions permettant l'adaptation des procédures au cours de la période du 12 mars au 23 juillet 2020. D'une part, l'article 2 permettait une extension des délais de réception des candidatures et des offres, à l'exception des commandes ne pouvant souffrir d'aucun retard. D'autre part, l'article 3 permettait, dans le respect du principe d'égalité entre les candidats, d'adapter les modalités de la mise en concurrence. Les enquêtes ont révélé que l'extension des délais a eu la préférence des autorités contractantes.

En effet, concernant les procédures lancées avant le premier confinement, l'allongement des délais de réception des candidatures et des offres a été massivement activé par les autorités contractantes qui ont, par la même occasion, accru leur recours à la dématérialisation des procédures. Cependant, les enquêtes ont révélé que les modalités de la mise en concurrence ont peu été impactées, de même que les contenus contractuels, modifiés à la marge. Ceci s'explique probablement par l'anormalité du procédé et l'imprécision de l'article 3 de l'ordonnance qui a pu induire une certaine crainte de contentieux chez les autorités contractantes.

III - Les recommandations formulées

A. Préciser la théorie de l'imprévision dans le CCP ou en jurisprudence

Préciser la notion d'imprévision pour les marchés et les concessions permettrait d'apporter de la sécurité juridique à propos d'une théorie très largement méconnue. La chaire propose donc une réforme des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du CCP ou des précisions équivalentes par le Conseil d'Etat s'il était amené à se prononcer rapidement, par exemple à travers une question de droit nouvelle posée par un tribunal administratif. En premier lieu, il pourrait être prévu que, face à des circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait prévoir au moment de la conclusion du contrat, une clause de réexamen puisse être insérée au contrat *a posteriori* sans que cela ne remette en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. En deuxième lieu, il s'agirait d'encadrer la notion de bouleversement de l'équilibre économique du contrat et le taux d'indemnisation des surcoûts, à la manière de la circulaire du 20 novembre 1974 et en prenant appui sur la jurisprudence administrative et les enquêtes de terrain. Pour les marchés publics, le bouleversement de l'équilibre économique du contrat pourrait être caractérisé, en tout état de cause, si les surcoûts excèdent 15 % du montant initial du marché. Mais afin de donner une certaine flexibilité aux acteurs de la commande publique, il

pourrait être prévu que ce bouleversement puisse être caractérisé à partir de surcoûts supérieurs à 5 % du montant, en considérant la situation particulière du titulaire. Pour les concessions, le bouleversement de l'équilibre du contrat serait caractérisé à partir du moment où l'exploitation de la concession est déficitaire du fait des circonstances. Dans les deux cas, le taux d'indemnisation pourrait être fixé entre 80 et 95 % des surcoûts pour les marchés publics et du déficit pour les concessions, taux apprécié en fonction de différents critères qui pourraient être précisés dans le code et que le rapport détaille. Une telle fourchette est conforme à la jurisprudence et permet de donner une marge de manoeuvre aux parties pour tenir compte des situations contractuelles particulières.

B. Codifier la force majeure administrative en matière de concessions

Création prétorienne (CE 9 déc. 1932, n° 89655¹, *Compagnie des Tramways de Cherbourg*, Lebon²) à l'utilisation pratique limitée (la dernière occurrence jurisprudentielle a plus de vingt ans, CE 14 juin 2000, n° 184722, *Commune de Staffelfelden*, Lebon³ ; D. 2000. 196, et les obs.⁴ ; RDI 2000. 565, obs. F. Llorens⁵), l'improprement nommée « force majeure administrative » pourrait intégrer le CCP en ce qui concerne les concessions. Il s'agirait alors de préciser que si le bouleversement de l'équilibre économique du contrat crée une situation définitive, le concessionnaire est en droit de demander, à défaut d'accord amiable, la résiliation du contrat au juge administratif. Le concessionnaire aurait alors droit à une indemnité, fonction des circonstances de l'espèce et exclusive de la couverture du manque à gagner. Mais pour tenir compte des derniers développements jurisprudentiels qui renforcent le pouvoir de résiliation unilatérale des autorités contractantes dans les contrats administratifs, il serait alors reconnu un pouvoir de résiliation unilatéral au profit du cocontractant dans les mêmes circonstances et avec les mêmes conséquences.

C. Préciser les dispositions du CCP relatives aux circonstances exceptionnelles

La loi du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique a codifié certains mécanismes de l'ordonnance du 25 mars 2020 au CCP, dans deux nouveaux livres relatifs aux circonstances exceptionnelles (l'un pour les marchés publics, l'autre pour les concessions). Or, ces dispositions ont été édictées sans qu'une réelle étude d'impact n'ait été conduite ; elles sont issues d'un amendement gouvernemental déposé en commission à l'Assemblée nationale, elles n'ont pas fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat ni d'un réel débat au Parlement. La chaire a proposé plusieurs améliorations formelles et l'ajout de deux dispositions concernant tout à la fois les marchés et les concessions. Une première visant à autoriser, lorsque les circonstances exceptionnelles sont décrétées, l'autorité contractante à modifier les conditions d'une procédure d'attribution en cours sans que cela ne nécessite la mise en place d'une nouvelle consultation et à la condition que les modifications ne soient pas substantielles. Une seconde a vocation à prévoir la possibilité d'une dispense de l'avis des commissions compétentes pour les avenants portant augmentation de la valeur du contrat de plus de 5 %, là où l'ordonnance semblait l'imposer. Ces propositions ont vocation à fluidifier les procédures d'achat en période de circonstances exceptionnelles.

D. Participation de la chaire à la réforme des CCAG

La chaire a participé à la consultation publique lancée par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie relative à la réforme des CCAG applicables aux marchés publics. Elle a

formulé des propositions, en lien avec son premier thème de recherche, tendant à la précision de la nouvelle clause de suspension des marchés publics et à la mise en place d'un dispositif visant à contractualiser le traitement des conséquences, notamment financières, des circonstances imprévisibles, tout en proposant de déconnecter les deux. Finalement, la DAJ a retenu la création de deux clauses distinctes pour faire face à de telles circonstances : une clause de suspension et une clause générale de réexamen permettant de surmonter l'exécution dégradée du contrat, ce qui s'inscrit pleinement dans l'idée initiale développée par la chaire.

La première clause permet, lorsque la poursuite de l'exécution du contrat est rendue temporairement impossible du fait des circonstances, de prononcer la suspension totale ou partielle du marché, laquelle peut être demandée par le titulaire. S'ouvre alors un délai qui ne peut excéder quinze jours durant lequel les parties procèdent au constat des éléments du contrat déjà exécutés, des approvisionnements effectués et des immobilisations nécessaires et conviennent des obligations demeurant à la charge des parties. Par la suite, dans un délai raisonnable adapté aux circonstances et fixé par les parties, celles-ci conviennent des modalités de la reprise, des modifications à apporter au contrat et de la répartition des surcoûts directement liés aux circonstances.

La seconde clause permet aux parties, qu'il y ait eu suspension ou non, d'examiner les conséquences contractuelles et financières de circonstances imprévisibles qui auraient entraîné des modifications significatives des conditions d'exécution du contrat. Cette clause est indépendante de l'application de la théorie de l'imprévision. Elle peut recevoir une application plus large et constitue, en tout état de cause, une invitation au dialogue entre les parties face aux aléas d'exécution extérieurs les plus graves.

Des commentaires plus exhaustifs de ces clauses sont disponibles sur le site de la chaire qui permettent aussi de voir comment certaines propositions de la chaire visant à améliorer leur rédaction ont pu être reprises *in fine* par la DAJ.

Le prochain rapport de la chaire portera sur les liens entre les règles de passation et les difficultés d'exécution des contrats publics. Les enquêtes de terrain sont actuellement en cours et le rapport fera l'objet d'une publication dans l'été⁽¹⁾.

Mots clés :

CONTRAT * Contrat administratif * Exécution du contrat administratif * Suspension * Covid-19 * Passation du contrat administratif * Mise en concurrence * Covid-19 * Résiliation du contrat administratif * Covid-19

SANTE PUBLIQUE * Protection de la santé publique * Urgence sanitaire * Epidémie * Covid-19

(1) Les praticiens souhaitant participer aux prochaines enquêtes sont invitées à écrire à chairedcp@univ-lyon3.fr.