



Publication de l'ordonnance « Commande publique » dans le contexte de crise sanitaire

A l'instar de l'intégralité des activités administratives et économiques, la crise sanitaire née de la pandémie de covid-19 affecte la passation et l'exécution des contrats de la commande publique.

Dès le 18 mars 2020, la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances a publié une [fiche relative à la passation et à l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire](#). Ce document reconnaît que « *la crise sanitaire entraîne pour les entreprises des difficultés exceptionnelles d'exécution des contrats qui peuvent constituer des situations de force majeure que les acheteurs publics doivent prendre en compte* » et envisage « *la possibilité de mettre en œuvre les procédures de passation accélérées pour satisfaire les besoins urgents* ». Bien que cette fiche concerne exclusivement les marchés publics, il est également possible d'en tirer quelques enseignements sur la doctrine susceptible d'être retenue par l'Etat au sujet des contrats de concession.

Lors de l'adoption de la [loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19](#), le législateur est allé plus loin puisqu'il a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi 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. Le Gouvernement a en particulier été autorisé à adapter « *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* » (art. 11, I, 1°, f).

Dès le 25 mars, le Gouvernement a pris sur ce fondement l'[ordonnance n° 2020-319](#), publiée le 26 mars au Journal officiel. L'objectif affiché est de ne pas pénaliser les opérateurs économiques et de permettre la continuité des contrats et, par conséquent, du service public.

Ces mesures sont applicables aux contrats de la commande publique en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois. Elles ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où 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 (art. 1er).

En ce qui concerne la **passation des contrats**, l'ordonnance prévoit en particulier :

- La prolongation des délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours pour une durée suffisante fixée par l'autorité contractante. Cette mesure n'est pas applicable lorsque les prestations faisant l'objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard (art. 2).
- La possibilité d'aménager en cours de procédure les modalités de la mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation, lorsque celles-ci ne peuvent être respectées par l'autorité contractante et sous réserve du respect du principe d'égalité de traitement des candidats (art. 3).

En ce qui concerne l'**exécution des contrats en cours**, l'ordonnance permet notamment :

- La prolongation par avenant des contrats arrivés à terme durant la période de crise sanitaire (telle que définie par l'ordonnance) en cas d'impossibilité d'organiser une procédure de mise en concurrence. Cette prolongation est limitée à la durée de ladite période de crise sanitaire, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration (art. 4).
- La modification par avenant des 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 (art. 5).

Des dispositions spécifiques sont prévues en cas de **difficultés d'exécution** du contrat. Elles s'appliquent y compris en cas de stipulations contraires, sauf dans l'hypothèse où lesdites stipulations seraient plus favorables au titulaire du contrat :

- Le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations contractuelles est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle de la période de crise lorsque le titulaire n'est pas en mesure de le respecter ou que ce respect nécessiterait des moyens dont la mobilisation entraînerait pour lui une charge manifestement excessive. Le titulaire doit formuler une demande en ce sens avant l'expiration du délai contractuel. (art. 6, 1°).
- Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité engagée pour ce motif en cas d'impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat. L'acheteur peut, dans cette même hypothèse, conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard (art. 6, 2°).
- En cas d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation d'un marché en raison des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé par l'acheteur des dépenses engagées pour leur exécution (art. 6, 3°).
- En cas de suspension par l'acheteur d'un marché à prix forfaitaire en cours d'exécution, l'acheteur procède sans délais au règlement du marché conformément aux stipulations contractuelles. A l'issue de la suspension, un avenant doit déterminer les mesures permettant, le cas échéant, la modification du contrat, sa reprise à l'identique ou sa résiliation et les conditions financières desdites mesures (art. 6, 4°).
- En cas de suspension par l'autorité concédante de l'exécution d'une concession, les versements à ladite autorité sont suspendus. Le concessionnaire peut, si sa situation le justifie, demander une avance sur le versement des sommes dues par l'autorité concédante (art. 6, 5°).
- En cas de modification significative par l'autorité concédante des modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût résultant de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représentaient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire (art. 6, 6°).

Ces dispositions tirent les conséquences, dans le domaine législatif, de la jurisprudence administrative en matière de force majeure. Le Gouvernement confirme ainsi sa reconnaissance, pour l'ensemble des contrats de la commande publique y compris ceux conclus par d'autres acheteurs ou autorités concédantes, des caractères d'extériorité et d'imprévisibilité de la pandémie de covid-19.

Sur ces sujets comme sur toutes les questions que vous pourriez vous poser, notre équipe est pleinement mobilisée pour vous accompagner. N'hésitez pas à nous solliciter.

Contactez-nous



Arnaud Cabanes
Principal

Arnaud.Cabanes@bakermckenzie.com
+33 6 09 07 78 63



Emmanuel Guillaume
Principal

Emmanuel.Guillaume@bakermckenzie.com
[+33 6 23 34 56 54](tel:+33623345654)



Rémi Ducloyer
Counsel
Remi.Ducloyer@bakermckenzie.com
+33 6 98 94 90 93



Roman Roussel
Associate
Roman.Roussel@bakermckenzie.com
+33 6 69 63 30 87



> [Cliquez ici pour modifier vos préférences d'information et de communication](#) <

Baker McKenzie A.A.R.P.I. est membre de Baker & McKenzie International. Les membres de Baker & McKenzie International sont des cabinets d'avocats présents dans différents pays à travers le monde. Conformément à la terminologie usuelle utilisée par les sociétés de services professionnelles, la référence à un "associé" désigne un associé de l'un de ces cabinets d'avocats et la référence à un "bureau" désigne un bureau de l'un de ces cabinets d'avocats.

Baker & McKenzie A.A.R.P.I. traite en tant que responsable de traitement les données personnelles que vous lui avez fournies directement via des formulaires de collecte ou parce que vous êtes l'un de nos clients, ou indirectement par l'intermédiaire de partenaires avec lesquels nous organisons des séminaires, conférences ou autres événements juridiques. Ces données sont votre nom et votre adresse email et le cas échéant vos coordonnées téléphonique et postale, le nom de votre entreprise et votre titre et sont collectées et traitées pour vous adresser de l'actualité juridique ou relative au cabinet et vous convier à des événements que nous organisons sur le fondement de notre intérêt légitime à échanger avec nos contacts et clients et à communiquer sur notre activité. Ces données sont conservées pour une durée correspondant, dans le cas des clients, à la durée de notre relation contractuelle, et dans les autres cas, à une durée de 3 ans à compter du dernier contact, et sont archivées conformément aux préconisations de la CNIL. Vos données personnelles pourront être partagées avec nos agences de communication pour les mêmes finalités.

Vous pouvez accéder aux données personnelles vous concernant ou demander leur effacement. Vous disposez également d'un droit d'opposition, d'un droit de rectification, d'un droit à la limitation du traitement de vos données et d'un droit à la portabilité de celles-ci (cf. cnil.fr pour plus d'informations sur vos droits). Pour exercer ces droits ou pour toute question sur le traitement de vos données personnelles dans ce dispositif, vous pouvez contacter privacy.paris@bakermckenzie.com. Si vous estimez, après nous avoir contactés, que vos droits Informatique et Libertés ne sont pas respectés, vous pouvez adresser une réclamation à la CNIL.