

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

CRISE SANITAIRE ET

CONTRATS PUBLICS

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

RAPPORT D'AVRIL 2021



Sous la direction du Professeur François LICHERE
Fanette AKOKA, Chercheuse post-doctorale
Valentin LAMY, Chercheur post-doctoral
Adeline MEYNIER POZZI, Chercheuse post-doctorale

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

PRÉSENTATION DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

TOUTES LES RAPPORTS SONT DISPONIBLES SUR : [HTTPS://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR](https://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR)

CHRONIQUES

Revue mensuelle d'actualité du droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/revue-dactualite-1>

POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

Site internet	https://chairedcp.univ-lyon3.fr
Linkedin	https://www.linkedin.com/company/chairedcp/
Twitter	@chairedcp

DATE : AVRIL 2021

PHOTO DE COUVERTURE : SHAHIN KHALAJI / UNSPLASH

REMERCIEMENTS

Le présent rapport présente les résultats d'une étude menée durant le quatrième trimestre de l'année 2020 auprès de plusieurs dizaines d'acteurs du droit des contrats publics.

Les participants aux entretiens individuels sont particulièrement remerciés. Il s'agit, par ordre chronologique, de B. Dupuis et T. Amselek (SGP), Me Christophe Lapp (Altana Avocats), A. Morey (TELT), Me Hourcabie (Hourcabie Avocats), D. Goubau et S. Jeannot (Demathieu Bard), F. Grosse (Systra), X. Debosque, J. Rivet et J. Veyret (Eiffage Génie civil), J.B. Barboux (Colas), C. Merienne (Egis), B. Hagelsteen et J.V. d'Halluin (Vinci Autoroutes), C. Ménard, R. Galinier et J.B. Morel (Enedis), V. Baillat et C. Roux (FNTP), Me Martor et Me Weiss (Bird&Bird), P. Jubert (NGE), Me Richard et Me Alban (Eversheds Sutherland), Me Symchowicz (SW Avocats), V. Bertrand (Grand Lyon), X. Françoise (Clear Channel), I. Hazard, C. Jouannaux, E. Freire (SNCF Réseau).

Les correspondants bénévoles qui ont participé au questionnaire en ligne sont également vivement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par la Fédération Nationale des Travaux publics grâce à l'entremise de M. Petitjean, par la Fédération des Entreprises Publiques Locales grâce à l'entremise de M. Courrouyan, par l'Association Nationale des Juristes Territoriaux grâce à l'entremise de D. Enjolras, et par France Urbaine, grâce à l'entremise de C. Hannequin.

Enfin, l'ensemble des partenaires financiers de la Chaire, dont les logos sont reproduits sur la page de couverture, doivent également être remerciés puisqu'ils permettent notamment le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

TABLE DES MATIERES

Table des matières	1
Partie I	4
Droit public – Synthèse des entretiens – Enquête qualitative	4
I. Généralités.....	5
II. La suspension du contrat	7
A. Formalisation de la suspension	7
B. Indemnisation de la suspension	9
C. Pénalités liées à la suspension.....	11
III. La résiliation du contrat	13
A. Causes du faible nombre de résiliations.....	13
B. Formalisation de la résiliation.....	13
C. Indemnisation de la résiliation.....	15
IV. L'exécution dégradée des contrats publics.....	16
A. Les surcoûts liés à l'exécution dégradée	16
B. Avances	21
C. L'adaptation des contrats publics	22
V. La mise en concurrence en temps de crise sanitaire.....	28
A. Procédures lancées avant le premier confinement.....	28
B. Procédures lancées après le premier confinement	28
VI. Précontentieux et contentieux.....	31
Partie II	36
Droit public – Résultats du questionnaire en ligne – Enquête quantitative	36
I. Généralités.....	39
II. La suspension du contrat	42
A. Formalisation de la suspension	43
B. Indemnisation de la suspension	48
C. Pénalités liées à la suspension.....	53
III. La résiliation du contrat	55
A. Constat du faible nombre de résiliations	56
B. Formalisation de la résiliation.....	56

C. Indemnisation de la résiliation.....	58
IV. Exécution dégradée.....	60
A. Les surcoûts liés à l'exécution dégradée	64
B. L'adaptation des contrats publics.....	70
C. Avances	77
V. Mise en concurrence	79
A. Procédures lancées avant le premier confinement.....	80
B. Procédures lancées après le premier confinement	81
VI. Contentieux et précontentieux.....	84
VII. Bilan demandé aux participants.....	87
Partie III.....	93
Droit privé – Revue de doctrine et entretiens	93
I. Généralités.....	94
II. La suspension du contrat privé	96
A. La force majeure temporaire au bénéfice du débiteur.....	97
B. L'exception d'inexécution au bénéfice du créancier	101
C. La formalisation de la suspension.....	102
D. L'indemnisation de la suspension	103
E. Les pénalités liées à la suspension.....	105
III. La résiliation du contrat privé	106
A. Les différentes formes de résiliation possibles	107
B. L'indemnisation de la résiliation.....	109
C. Les pénalités liées à la résiliation du contrat.....	110
IV. L'exécution dégradée du contrat privé	111
A. La répartition des surcoûts	112
B. La théorie de l'imprévision du Code civil en cas de bouleversement économique du contrat	115
C. L'adaptation du contrat en cours d'exécution	117
Partie IV	120
Droit comparé	120
I. Généralités.....	121
II. La suspension du contrat	126
A. Hypothèses de suspension de contrat.....	126
B. Preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement par le titulaire.....	126

C. Pénalités	127
D. Indemnisation des préjudices du fait de la suspension	128
E. Fondements juridiques de l'indemnisation des surcoûts.....	129
III. La résiliation du contrat	130
A. Hypothèses de résiliation	130
B. Fondements de la résiliation	130
C. Indemnisation de la résiliation.....	131
IV. L'exécution dégradée du contrat public.....	132
A. Délais.....	132
B. Avances	133
C. Modifications du contrat.....	133
V. L'impact de la crise sanitaire sur les contrats publics : considérations générales.....	137
A. Mécanismes juridiques classiques	137
B. Appréhension du risque par le contrat.....	138
VI. Précontentieux et contentieux.....	140
VII. Bilan et évolution du droit	142
Partie V.....	144
Synthèse et recommandations	144
I. Synthèse	145
A. Généralités.....	145
B. Suspension.....	145
C. Résiliation	146
D. Exécution dégradée	147
E. Mise en concurrence	148
F. Contentieux et précontentieux	149
II – Recommandations de la Chaire	150
A. Recommandations relatives à la théorie de l'imprévision.....	151
B. Préciser les livres relatifs aux circonstances exceptionnelles issus de la loi ASAP.....	154
C. Modifications à apporter au Code général de la propriété des personnes publiques	159
D. Participation à la révision des CCAG	160
Annexes.....	168

PARTIE I

Droit public – Synthèse des entretiens – Enquête qualitative

1. Sommaire de la partie.

I – Généralités

II – La suspension du contrat

A – Formalisation de la suspension

B – Indemnisation de la suspension

C – Pénalités liées à la suspension

III – La résiliation du contrat

A – Causes du faible nombre de résiliations

B – Formalisation de la résiliation

C – Indemnisation de la résiliation

IV – L'exécution dégradée des contrats publics

A – Les surcoûts liés à l'exécution dégradée

1. Calcul des surcoûts

2. Répartition des surcoûts

3. Fondements juridiques des surcoûts

4. Analyse de la théorie de l'imprévision

5. Surcoûts, aides d'État et interdiction des libéralités

B – Avances

C – L'adaptation des contrats publics

1. Les mécanismes contractuels d'appréhension du risque

2. Les clauses de réexamen

3. Véhicule contractuel pour adapter les contrats en cours

V – La mise en concurrence en temps de crise sanitaire

A – Procédures lancées avant le premier confinement

B – Procédures lancées après le premier confinement

VI – Précontentieux et contentieux

VII – Bilan et évolution du droit

I. Généralités

2. Les sources ayant permis la réalisation de cette enquête qualitative consistent à titre principal en la synthèse d'entretiens et à titre accessoire dans le compte rendu du colloque de Marseille du 27 novembre 2020 fait par la Chaire et annexé au présent rapport ainsi que par certains articles de doctrine.

Les entretiens ont été menés selon des modèles d'interviews propres à chaque catégorie d'acteurs interrogés : acheteurs publics, titulaires de marchés publics, titulaires de concessions, avocats. Au total, ce sont 19 entretiens qui ont été conduits.

Le déroulé des questions comportait trois thèmes : l'étude de l'arrêt temporaire (suspension) et définitif (résiliation) du contrat, l'étude de l'exécution dégradée et enfin les évolutions souhaitées et souhaitables du droit.

Les entretiens ont été réalisés de mi-octobre 2020 à début février 2021, auprès des partenaires de la Chaire et d'autres acteurs des contrats publics. Des marchés publics de travaux aux contrats de mobilier urbain, en passant par les délégations de service public de transport, bon nombre de contrats de commande publique ont été étudiés.

Toutes les parties prenantes à un contrat public ont été mises à contribution : les autorités contractantes, qu'elles soient de droit public ou de droit privé ; les entreprises interrogées, titulaires de marché public ou de concession. Pour avoir une approche exhaustive du secteur des travaux, des maîtres d'œuvre ont partagé leur expérience de titulaire de contrats mais aussi et surtout de relai entre autorités contractantes et entreprises titulaires de marchés de travaux. Les avocats ont apporté leur vision de conseils et de contentieux relatifs aux contrats publics.

Pour rappel, la France a connu un premier confinement du 17 mars au 11 mai 2020, puis un second du 30 octobre au 15 décembre. Des mesures de couvre-feu sont intervenues en amont et en aval de ce deuxième confinement. Trois lois sur l'état d'urgence sanitaire ont été adoptées : une première loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, instaurant un état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020, une deuxième loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, prolongeant l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021 et une troisième, n°2021-160 du 15 février 2021 a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1^{er} juin 2021. Un régime transitoire a été instauré une première fois par la loi du 9 juillet 2020 puis prolongé jusqu'au 1^{er} avril 2021 par la loi du 14 novembre 2020 et enfin jusqu'au 31 décembre 2021 par la loi du 15 février 2021. Au niveau de la commande publique, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020¹, retouchée ensuite, prévoit des mesures exceptionnelles en ce qui concerne les contrats publics conclus antérieurement au 24 juillet 2020. Certaines de ces dispositions sont toujours en vigueur. Une partie de ces mesures a été reprise dans le Code de la commande publique lors de l'adoption de la loi ASAP² mais elles supposent la reconnaissance par décret de circonstances exceptionnelles, reconnaissance qui n'a pas été à ce jour proclamée.

Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi n°2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificatives pour 2020 a expressément annulé – et non seulement suspendu – le paiement des redevances

¹ 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.

² Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

d'occupation du domaine public de l'État et de ses établissements publics pour une période de trois mois à compter du 12 mars 2020, pour les micro, petites et moyennes entreprises exerçant principalement leur activité dans les secteurs particulièrement touchés par la pandémie (culture, évènementiel, tourisme, restauration, sport...)

II. La suspension du contrat

Résumé d'étape n°1

S'il est possible de dessiner des grandes tendances en termes de formalisation de suspension de contrat, aucun fondement ne semble avoir réellement prévalu. Les entreprises se sont retrouvées face à des autorités contractantes qui avaient chacune leur ligne de conduite - celle-ci étant parfois de ne justement pas en avoir, tandis qu'elles-mêmes ont pu réagir différemment selon les cocontractants. La suspension ne semble pas avoir soulevé des difficultés insurmontables, les problèmes se posant ensuite, lors de la reprise du contrat.

L'indemnisation de la suspension n'a pas été automatique dans tous les contrats. Une tendance à l'indemnisation des surcoûts directs se dessine toutefois. Les pénalités n'ont pas été appliquées, mais il existe une crainte partagée de pénalités futures.

A. Formalisation de la suspension

3. Les attitudes adoptées après les annonces gouvernementales de confinement sont les suivantes : émission d'ordre de service de suspension, émission d'ordre de service de prolongation de délai sans suspension, suspension de contrat sans ordre de service. Lorsque des ordres de service ont été émis, des entreprises ont formulé des réserves systématiquement.

Des maîtres d'ouvrage, publics mais surtout privés, ont pris des ordres de service en ordonnant directement la reprise des travaux sous peine de sanction en cas d'interruption spontanée. D'autres, sans assortir de menace de sanction, ont fait savoir que la continuité du service public devait s'appliquer et que le contrat devait en conséquence continuer à être exécuté. Le cas d'une entreprise qui a continué à travailler sur un chantier et qui a été stoppée par la police a été rapporté pendant les interviews.

Des contrats ont continué à être exécutés avec un seuil très bas d'activités, notamment en matière de sécurité, pouvant faire penser à une « quasi-suspension ». Pour certaines activités toute suspension était totalement inenvisageable en raison de l'impératif de continuité du service. Les mesures essentielles et la sécurité ont été maintenues. C'est l'hypothèse de contrats de mobilier urbain et de stationnement public notamment.

4. **Des hypothèses d'absence de suspension.** Des titulaires de contrats publics ont été confrontés à des autorités contractantes qui n'ont pris aucune décision d'ajournement. L'une des explications données incidemment à cette attitude passive est que s'il n'y a pas d'acte de suspension, il n'y aura pas de réclamations, et qu'en n'ajournant pas, il n'y a pas d'obligation d'indemnisation ensuite.

Pour certains secteurs, notamment la maîtrise d'œuvre, il a été expliqué qu'il n'y avait pas eu de suspension de contrat. Le maître d'œuvre a dû faire le relais entre les maîtres d'ouvrages et les entreprises qui avaient leurs propres contrats suspendus. Cela a demandé une adaptation en interne de l'entreprise très particulière, en mobilisant des catégories d'employés sur des tâches spécifiques – sur des constats contradictoires par exemple.

5. **Début de la suspension : fondements de la suspension.** Les mesures de suspension ne sont pas uniformes, et des autorités contractantes ont fait le choix de répondre à la

problématique de la suspension contrat par contrat. Les décisions ont été prises afin de s'adapter à chaque chantier et à chaque volonté locale. En effet, si des titulaires de marchés étaient dans l'impossibilité de continuer le contrat, d'autres ont souhaité poursuivre l'exécution. Les ajournements ont pu être totaux ou partiels (c'est-à-dire que pour certains contrats seules certaines missions ont été suspendues). Une entreprise a même constaté une « *stratégie d'évitement de qualification qui crée des tensions* ».

6. OS de suspension. Lorsque la suspension était le fait de l'autorité contractante, celle-ci a pris la forme d'un ordre de service de suspension ou d'un courrier constatant matériellement que le chantier était interrompu. Un maître d'ouvrage a pris la décision d'ajourner certains chantiers en cours au motif qu'il valait mieux un risque calculé que non maîtrisé. Un autre a adopté des OS de suspension dès le 19 mars en considérant qu'il était sous l'emprise de la force majeure sans la mentionner pour autant – afin d'éviter toute conséquence relative à cette qualification. Les décisions d'ajournement, au regret des entreprises, n'ont pas été toutefois légion. Pour ce maître d'ouvrage, l'article 49 du CCAG Travaux a été le fondement juridique de ces ajournements. Certains opérateurs contractants avec ce maître d'ouvrage n'ont pas souhaité utiliser l'article 49.1.1 du CCAG Travaux sans que la raison en soit connue. Pour les marchés les plus importants, le maître d'ouvrage a pris les devants. Si, selon lui, la jurisprudence assimile suspension et ajournement, il s'agirait en fait en l'espèce d'une autre catégorie, une « suspension constat ». Le maître d'ouvrage a fait face à quelques « suspensions de fait », car il n'avait pas pris aucune décision et les travaux se sont malgré tout arrêtés.

Une autorité contractante dotée de ses propres clauses générales a fondé contractuellement les suspensions des contrats avec indemnisation à la clé.

7. Suspension par l'entreprise. Lors des annonces gouvernementales, des entreprises ont pris le parti de suspendre directement tous leurs chantiers et d'envoyer ensuite un courrier aux maîtres d'ouvrage en demandant un ordre de service. Toutes les demandes d'ajournement n'ont pas été acceptées, et lorsqu'elles l'ont été cela n'était pas forcément sous la forme d'un ordre de service. Du fait de l'obligation de résultat en matière d'hygiène et de sécurité pesant sur l'employeur, la quasi-totalité des entreprises a dû stopper l'exécution des contrats relatifs aux travaux.

Certaines lettres expliquant aux maîtres d'ouvrage l'incapacité à continuer le marché sont restées factuelles, en évitant de qualifier l'événement, la théorie de l'imprévision et celle des sujétions techniques imprévues ne correspondant pas véritablement à la situation. Toute mention relative à la force majeure a été soigneusement évitée, afin de se réserver la possibilité de présenter des demandes indemnitaires. En raison du grand nombre de contrats en cours, une approche commune droit public / droit privé a été privilégiée par une entreprise.

Lorsque l'ordre de service se faisait trop attendre au goût des titulaires de contrats publics, des entreprises ont envoyé des courriers expliquant qu'elles prenaient bien acte du souhait de suspendre le contrat par l'autorité contractante. Cette dernière, se protégeant, a répondu qu'une telle décision de suspension n'avait jamais été actée. Elle a voulu instaurer un dialogue avec les cocontractants pour connaître les difficultés de chacun et ne pas adopter une décision unique de principe.

Une hypothèse a été rapportée d'une suspension par l'opérateur économique dans le cadre d'une délégation de service public. Le contrat prévoyait la possibilité de notifier le délégant de son

incapacité de poursuivre son activité si les personnels et usagers sont confrontés à un risque (sanitaire ou autre).

Les réponses apportées aux fondements de la suspension sont presque aussi diversifiées que ce qu'il y a d'acteurs voire de situations contractuelles. Aucun acteur interrogé n'a eu de réaction uniforme en matière de suspension de contrat, sans qu'il soit possible en général de justifier ces différences de réponses par des différences dans les clauses en question.

8. Fin de la suspension. Pour les contrats relatifs aux travaux, la fin de la suspension du contrat correspond au moment de l'édiction du guide de l'OPPBTP. La publication de ce guide a permis une reprise des chantiers en respectant les impératifs sanitaires. Une fois le guide intégré dans les nouvelles procédures et le Plan Général de Coordination modifié, les chantiers ont pu recommencer, vers la mi-avril 2020. Des entreprises et autorités contractantes ont rédigé parfois leurs propres protocoles sanitaires en prenant en compte leurs spécificités. D'avis partagé, le rythme de croisière des chantiers était atteint durant l'été 2020.

9. Pas de lien de systématicité entre confinement et suspension. Le second confinement de l'automne 2020 n'a pas du tout emporté les mêmes conséquences pour les contrats publics relatifs aux travaux que le premier. Les chantiers continuent, grâce notamment aux protocoles sanitaires. De nouvelles problématiques apparaissent toutefois :

- La problématique des cas contacts ou des « clusters ». Cela paralyse des équipes entières et impacte forcément les délais qui ont du mal à être tenus. En ce sens, cela a pu faire dire à une entreprise que la situation est pire pour le second confinement car ils sont démunis de tout fondement en matière d'indemnisation.
- Le télétravail de l'administration. Par exemple, la signature des documents est rallongée.

10. Pour le secteur de l'événementiel, très impacté par la crise sanitaire, le second confinement fait apparaître d'autres questions ou des problèmes identiques mais aux effets exacerbés selon un avocat : l'indemnisation par le délégant, les charges devant être payées alors que l'entreprise ne réalise aucun chiffre d'affaires, l'éventuelle prolongation des contrats, ainsi que les effets induits de l'arrêt de l'activité du fait de décisions de police administrative.

B. Indemnisation de la suspension

11. L'indemnisation non automatique de la suspension. Les discussions sur l'indemnisation de la suspension sont encore en cours. Tandis que certains maîtres d'ouvrage refusent toute indemnisation, notamment dans certains contrats de délégation de service public, d'autres sont d'accord sur le principe mais entrent en désaccord sur le montant.

12. Coûts directs. Parmi les coûts directs de la suspension de chantier se retrouvent la mise en sécurité du chantier, les frais de garde, l'immobilisation du matériel, la location de base vie, les abonnements divers.

- **Coûts de fermeture des chantiers pendant le confinement :** ces frais ont été peu pris en charge car peu de maîtres d'ouvrage ont fait jouer l'article 49.1.1 du CCAG Travaux. L'article prévoit que « L'ajournement des travaux peut être décidé par le représentant

du pouvoir adjudicateur. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 12, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés.

Le titulaire, qui conserve la garde du chantier, a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement.

Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée suivant les modalités prévues aux articles 14.3. et 14.4. »

- **Coûts directs du covid** : Équipements de Protection Individuels notamment. Ils ont été facilement pris en charge, et parfois les frais ont été répartis.
- **Frais fixes du fait de l'allongement des délais et de la perte de productivité**³.

La question de l'immobilisation du matériel est une réelle problématique. L'immobilisation du personnel est déjà prise en charge par l'État. Les demandes indemnitaires ne font pas toutes la distinction entre l'indemnisation de la suspension du contrat et l'indemnisation des conditions d'exécution dégradée. Des entreprises ne formulent qu'une seule et même demande.

Des cahiers des charges prévoient la possibilité d'indemniser le cocontractant pour les frais de garde du chantier. Ces frais ont été assez facilement indemnisés par certains maîtres d'ouvrages tandis que d'autres ont été hermétiques à ces demandes : des maîtres d'ouvrage publics refusent la prise en compte de ce poste important dans l'indemnisation de la suspension.

Des maîtres d'ouvrage ont refusé toute indemnisation des surcoûts mais ont pris des avenants de prolongation de délai, avec une clause de renonciation à recours.

Un maître d'ouvrage a négocié les surcoûts avec les syndicats de la profession. Il a pris en charge les coûts directs uniquement, déterminés selon cinq types de prix.

Afin de définir et chiffrer au mieux les demandes indemnitaires, des constats d'avancement de chantier ont été réalisés. Durant le premier confinement, très peu d'engins ont été détruits ou de travaux abîmés. La sinistralité n'était pas en hausse.

13. Formalisation de l'indemnisation de la suspension. Les entreprises n'ont eu que très peu de protocoles d'accord et d'avenants. Quelques avenants relatifs à des prix nouveaux ont été signés mais d'après les retours qui ont été faits, ces questions seront réglées par des avenants plus généraux plus tard dans l'exécution du contrat.

Des ordres de service avec une valorisation des immobilisations de chantiers ont été ponctuellement adoptés.

Enfin, des bordereaux de prix supplémentaires ont été acceptés, avec une prise en charge forfaitaire mais non coefficientée des nouvelles mesures sanitaires.

14. Retours mitigés sur l'article 6, 4° de l'ordonnance 2020-319. L'article 6.4 de l'ordonnance 2020-319 n'a pas été systématiquement utilisé. Pour rappel, cet article prévoit que « 4° Lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. A l'issue de la suspension, un avenant détermine les modifications du contrat

³ L'exécution dégradée affecte le chronogramme journalier : X. DEBOSQUE, « Suspension et exécution dégradée : retour d'expérience », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ». Il a pu l'être en guise de support de discussion mais sans pour autant fonder la justification de la prise en charge des surcoûts ensuite. L'ordonnance est considérée par des acteurs des contrats comme donnant matière à interprétation. Elle exposerait même à des impossibilités de récupérer les fonds versés. Selon un avocat, le texte est davantage applicable aux sommes dues par l'entreprise qu'aux sommes dues à l'entreprise.

L'article ne s'appliquant qu'aux marchés à prix forfaitaires, cela exclut tous les marchés n'ayant pas une date de paiement prédéfinie, notamment les marchés de travaux. En outre, lorsque les clauses générales contractuelles sont assez détaillées, les acteurs ont préféré s'y référer afin de régler les aspects indemnitaires.

Un maître d'ouvrage a eu une appréciation souple de cet article. Il a utilisé la possibilité de continuer à régler si le contrat prévoyait un échelonnement et des jalons de paiement. Fait exceptionnel pour des marchés de travaux, leurs contrats prévoient en l'espèce des acomptes mensuels et à côté de cette périodicité sont prévus des pourcentages en fonction de l'avancement des travaux.

15. L'article 6, 7° de l'ordonnance 2020-319. Des difficultés persistent pour les redevances d'occupation du domaine public. Le cocontractant ne peut suspendre de lui-même leur versement car il commettrait une faute contractuelle. Des demandes d'exonération de redevance ont été formulées parallèlement aux demandes de suspension des effets du contrat. L'article 6, 7° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 a été relativement bien appliqué, même si les collectivités se sont montrées pour certaines très tatillonnes sur les preuves de difficultés financières. Il a ainsi été rapporté plusieurs fois que certaines collectivités allaient très précisément dans le détail de la démonstration entre la difficulté de l'entreprise et la pandémie de covid-19.

C. Pénalités liées à la suspension

16. Des pénalités globalement peu appliquées. Très peu de pénalités semblent avoir été appliquées au titre de la suspension des contrats. Certaines pénalités ont été appliquées comme une mesure de sanction afin de limiter l'indemnisation. D'autres maîtres d'ouvrage ont appliqué des pénalités, ou menacé de le faire en considérant que le gouvernement n'avait volontairement pas suspendu l'exécution de travaux.

Certains secteurs n'ont pas eu besoin du bénéfice de l'exemption des pénalités, tels que les marchés de prestation intellectuelle, peu impactés par la crise.

17. Les ordonnances 2020-319 du 25 mars 2020 et 2020-306 du 25 mars 2020. L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 permet de ne pas être soumis aux pénalités pour les titulaires de contrats publics, la non-application des pénalités prévues contractuellement devant être justifiée. L'ordonnance reste mal rédigée selon l'avis d'opérateurs économiques. Si la période prévue dans l'ordonnance est suspensive de pénalités, la démonstration du lien de causalité entre la crise sanitaire et les retards de délais n'est pas traitée. La question est renvoyée à plus tard, et des pénalités pourront alors survenir à ce moment-là. Ce seront alors d'autres difficultés qui pourraient

voir le jour, telle que la question de la mise en demeure préalable. De même, l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 gèle l'activation de clauses de pénalités mais ne donne pas droit à délai.

D'autres voix s'élèvent afin de demander une pérennisation de l'article 6, 2° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 concernant l'impossibilité de pénalités et de responsabilité contractuelle pour les retards liés à la crise sanitaire. Lors du second confinement la problématique sanitaire est toujours présente, mais les ordonnances sont perçues comme arrivées à expiration (alors que juridiquement l'ordonnance 2020-319 continue à s'appliquer aux contrats signés antérieurement au 24 juillet 2020).

18. L'absence de traitement de la problématique des délais. La suspension des pénalités n'a pas traité un corollaire presque plus important qu'elles : les délais. Même si l'article 6, 1° pose le droit à report d'au moins 4 mois et 10 jours, ce report a un coût mais l'ordonnance ne prévoit pas qui va assumer ce coût.

19. Le risque de pénalités futures. Comme expliqué précédemment, certains maîtres d'ouvrages n'ont certes pas prononcé de pénalités pour le temps du premier confinement mais la question des délais n'étant pas réglée, les titulaires ne sont pas à l'abri de futures pénalités. La difficulté sera d'autant plus grande que lorsque les contrats ont été suspendus, il pouvait déjà y avoir des difficultés d'exécution pouvant entraîner des pénalités – qui ne seront pas effacées au bénéfice de la crise sanitaire.

Le second confinement oblige à tracer tous les événements de chantier, les entreprises devant écrire le plus rapidement possible les difficultés rencontrées afin de recalculer les plannings et de ne pas être prises de cours par des pénalités automatiques.

20. Les problématiques d'absence de report des délais. Les pénalités ont été suspendues, mais la problématique des délais n'a pas été traitée dans les ordonnances – d'où les difficultés exposées en amont. Afin de se prémunir des éventuels retours sur le retard, une entreprise a fait le choix de conditionner la reprise de l'activité à l'adoption de textes d'hygiène et de sécurité. Tant que ces textes n'ont pas été adoptés, l'entreprise ne pouvait exécuter le contrat. En matière de travaux, jusqu'à l'édition des règles de l'OPPBTP, il y avait une impossibilité d'agir. Certains considèrent qu'entre le confinement et ce guide, il y a une période de suspension – si elle a été actée par ordre de service, cela entraîne une suspension du cours du délai d'exécution au sens de l'article 19.2.1 du CCAG Travaux.

En fin de chantier, les entreprises qui auront dû assumer des travaux supplémentaires et qui n'auront pas recalculé les plannings risquent des pénalités. Dans les marchés soumis au CCAG PI, il a été rappelé que chaque cause de retard doit être notifiée sous peine de forclusion (article 3 CCAG PI).

III. La résiliation du contrat

Résumé d'étape n°2

La résiliation de contrats publics du fait de la crise sanitaire est certainement le point le plus unanime du rapport. Très peu de résiliations de contrats publics en lien direct avec la crise sanitaire sont à déplorer. Les différends ayant mené à la résiliation de contrats publics prennent principalement racine avant mars 2020. En matière de travaux, ce sont les sous-traitants qui ont été le plus concernés par la résiliation de contrats.

21. La résiliation comme menace. Lors des annonces gouvernementales de mars 2020 annonçant le premier confinement, les acteurs des contrats publics ont été pris de cours. Les réponses à la suspension venant d'être envisagées ont été très disparates. Parmi les donneurs d'ordre public, certains n'ont pas hésité à brandir la résiliation comme réponse à la suspension unilatérale de l'exécution du contrat par l'opérateur économique. Accompagnant l'ordre de service ordonnant la reprise des travaux, le donneur d'ordre menaçait de résilier le contrat. Même si l'entreprise n'a pas souhaité accéder à la requête et mettre en danger ses équipes, aucune résiliation-sanction n'a toutefois abouti selon les interviewés.

A. Causes du faible nombre de résiliations

22. Alternatives à la résiliation. La quasi-totalité des interviewés s'accorde pour dire que les parties au contrat ont cherché à éviter la résiliation au maximum. Pour ce faire, lorsque le contrat le permettait, les parties se sont accordées sur les délais. Plutôt que de résilier, l'alternative de suspendre ou allonger le délai semblait plus idoine. Cherchant à dépasser le formalisme très policé du droit des contrats publics, les cocontractants ont souhaité revenir aux fondamentaux de la notion de contrat : un accord de volontés travaillant de concert. Donneurs d'ordres publics comme opérateurs privés se sont véritablement envisagés réciproquement comme des partenaires. Les acteurs intervenant sur des secteurs à fort impact économique ont souhaité endosser pleinement leur rôle d'acteur et de moteur de l'activité économique en cherchant des alternatives à la résiliation.

23. Conditions de la clause de résiliation au cocontractant. Il a pu arriver dans des contrats publics portant sur des secteurs très fortement impactés par la crise sanitaire que la suspension temporaire puisse devenir définitive, et donc que les acteurs envisagent une résiliation. Or, dans l'un des contrats étudiés en entretien, le délégataire devait obtenir l'autorisation du délégant afin de résilier, le contrat portant sur l'exécution d'une mission de service public. La résiliation a donc été écartée, l'accord avec l'autorité délégante n'étant pas possible.

B. Formalisation de la résiliation

24. Résiliation de contrats de sous-traitants. Les résiliations en matière de marchés de travaux ont plus concerné les sous-traitants. Lors de la phase de redémarrage des travaux, c'est-à-dire lorsque le guide de l'OPPBTP a été publié, certains sous-traitants n'avaient pas le matériel

ou les procédures sanitaires nécessaires. Les acteurs travaillant en même temps n'ont pas tous été prêts au même moment. Ces décalages ont conduit à des résiliations qui semblent avoir été réalisées à l'amiable.

25. Résiliation de contrats publics. Quelques contrats publics ont été résiliés du fait de la crise sanitaire, bien que des difficultés d'exécution aient été déjà à déplorer antérieurement au mois de mars 2020. Durant les entretiens, deux résiliations de contrat public ont été faites sur la base de clauses générales propres au cocontractant. L'une de ces clauses prévoit la résiliation pour cause de force majeure si celle-ci ou ses conséquences durent plus que le délai prévu par le contrat. Dans les deux hypothèses des contrats étudiés, c'est bien le donneur d'ordre qui est à l'origine de la résiliation, fondée sur la clause contractuelle relative à la force majeure. Dans l'un des deux contrats, la question se pose, pour l'avocat, de la nature juridique de la convention – contrat administratif ou de droit privé – et des pouvoirs qui en résultent. Si la résiliation a dans un premier temps été appréhendée comme une résiliation sanction, c'est finalement sur le fondement d'une résiliation amiable que se règle ce litige. Le fondement de cette résiliation n'est pas encore établi.

Une autre hypothèse de résiliation a été rencontrée. L'autorité contractante a motivé la résiliation unilatérale par la disparition de la nécessité du besoin à court et moyen terme compte tenu de la baisse importante de fréquentation. La crise sanitaire a engendré un bouleversement des prévisions très conséquent et des difficultés d'investissement de telle sorte que le projet n'a plus lieu d'être et qu'il est reporté. Le pouvoir adjudicateur est resté vague sur les fondements de la résiliation. Il n'a pas invoqué la force majeure, ni l'intérêt général, et même si le contrat prévoyait une possibilité de résiliation unilatérale. Au demeurant, le titulaire lui-même trouve cette clause « ambiguë ». Le pouvoir adjudicateur reproche au titulaire d'avoir commencé à exécuter le contrat en raison de l'incertitude du secteur et de la structure.

Un maître d'ouvrage a dû résilier des contrats sur la base de l'article 6.3 de l'ordonnance 2020-319 en raison de l'impossibilité de reprogrammation des chantiers avant plusieurs années. Le manque à gagner n'a pas été indemnisé, seuls l'ayant été les frais engagés sous réserve de preuve adéquate de la part des entreprises.

De manière générale, tant pour les fondements de la résiliation que pour les fondements de la suspension ou des réclamations indemnitaires, les acteurs restent parfois frileux sur la qualification, craignant d'être enfermés dans un carcan juridique et de ne plus pouvoir justifier un point qui serait plus intéressant.

26. La question des bons de commande. Parallèlement à quelques contrats publics résiliés, des bons de commande ont subi des modifications et des ajustements. Des bons de commande relatifs à la fourniture des écoles ont par exemple été annulés. Des hypothèses de minima de bon de commande non atteints ont dû être traitées. Des bons de commande modificatifs ont été préconisés pour éviter de payer des prestations non réalisées.

La crise sanitaire bouleversant le besoin des donneurs d'ordre public, les marchés à bon de commande pâtissent de ces adaptations. Le rapport au temps est complètement changé : un marché à bons de commande devant se dérouler sur des sites géographiques distincts ne suppose pas la même mise en place de moyens si les bons de commande sont émis successivement. Toutefois, l'absence de minimum et de maximum dans un marché à bons de commande a l'avantage de conférer davantage de flexibilité qu'un marché public nécessitant un rallongement de délais.

27. Abandon de projets de contrat. Au-delà de contrats résiliés, ce sont aussi des projets qui ont été résiliés. Des procédures de mise en concurrence ont été interrompues. Les acteurs se sont concentrés sur les difficultés d'exécution actuelles.

C. Indemnisation de la résiliation

28. La question de l'indemnisation des résiliations est épineuse et semble parfois conduire le maître d'ouvrage public à préférer une autre solution que la résiliation. Le manque de clarté des fondements de la résiliation conduit inmanquablement à un manque de clarté à propos de l'indemnisation de la résiliation. Lorsque la force majeure est écartée, les discussions se reportent sur l'indemnisation du manque à gagner ; il semblerait que le raisonnement aille même s'appuyer sur la théorie des dépenses utiles. Dans un contrat relatif au transport de personnes, la baisse drastique de fréquentation a conduit à sa résiliation. La clause étant ambiguë, l'entreprise s'interroge sur le fondement de la résiliation qui n'est ni la force majeure en raison de l'absence d'irrésistibilité, ni l'intérêt général.

Le pouvoir adjudicateur disposant de ses propres clauses générales écarte quant à lui toute indemnisation du cocontractant si la résiliation intervient sur le fondement de la force majeure, ce qui a été appliqué en pratique.

Concernant l'annulation ou la modification des émissions des bons de commande, l'indemnisation sera réglée en fin de contrat.

IV. L'exécution dégradée des contrats publics

Résumé d'étape n°3

La reprise des relations contractuelles dans un contexte dégradé engendre des surcoûts dont le calcul et la répartition ne sont pas réglés uniformément. Autorités contractantes comme entreprises choisissent souvent de ne pas fonder juridiquement leurs demandes indemnitaires. La théorie de l'imprévision ne fait pas l'unanimité : adaptée à la situation pour certains, elle ne l'est pas pour d'autres. Enfin, l'indemnisation des surcoûts conduit à une réflexion croisée avec les aides d'État et les libéralités.

L'adaptation des contrats passe par des mécanismes contractuels variés lorsque le contrat est dépourvu de clause de réexamen – clause dont la généralisation est très largement demandée. Les avenants restent la solution la plus prisee pour l'adaptation des contrats.

Le régime juridique des avances est incertain pour certains acteurs. Des entreprises ont choisi de formuler systématiquement des avances quand d'autres y ont renoncé.

A. Les surcoûts liés à l'exécution dégradée

29. D'avis général, les principales difficultés dans l'exécution dégradée⁴ sont les délais et la productivité. Les fondements des surcoûts sont très rarement qualifiés, du côté des autorités contractantes comme du côté des entreprises.

1. Calcul des surcoûts

30. En pratique, les demandes de surcoûts ne différencient pas systématiquement les coûts liés à la suspension des contrats publics et les surcoûts liés à leur exécution dans des conditions dégradées. Les demandes d'indemnisation, pour certaines entreprises, concernent indifféremment les deux périodes contractuelles.

31. **Postes de surcoûts.** La mise en application des mesures sanitaires engendre des surcoûts directs. Le guide de l'OPPBTP prévoit notamment de faire des marquages, des prestations de nettoyage plus régulières, l'organisation des bases vie (location de plusieurs baraquements supplémentaires par exemple), des équipements de protection individuelle (EPI : masques, gel hydro-alcoolique).

Dans le cadre de l'indemnisation de l'exécution dégradée, sont intégrés les surcoûts et le manque à gagner ; pour les concessions, sont également intégrées la perte de chiffre d'affaires et l'indemnisation des effets de la crise sanitaire sur les futurs événements. Selon un avocat, l'indemnisation est chiffrée à hauteur de la différence entre le chiffre d'affaires de la première année et de l'année 2020, avec une marge pour le délégataire comprise entre 5 et 10 %.

⁴ L'exécution dégradée est entendue comme « l'exécution d'un contrat qui est rendue plus difficile ou plus onéreuse du fait de la survenance d'un événement imprévisible ». F. LICHERE, « L'exécution dégradée : quelles indemnités ? Quelles modalités de prise en charge ? », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

32. Difficultés de chiffrage de certains postes. L'un des points les plus épineux est la question de l'allongement des délais et des surcoûts que cela engendre. Les deux autres points particulièrement délicats sont la perte de rendement et la productivité, très difficiles à chiffrer.

Une entreprise travaillant avec une fédération d'entreprises avait souhaité soit imaginer un nouvel indice de prix pendant l'état d'urgence sanitaire – ce qui n'a pas été retenu – soit créer un coefficient majorateur. Or, pour cela, il faut avoir une idée des surcoûts, qui sont pour le moment encore difficiles à circonscrire.

De manière générale, les surcoûts restent délicats à chiffrer car ils s'inscrivent dans le temps. Ils peuvent donc encore évoluer. D'après une entreprise, l'élément clef est le planning qui va faire que le préjudice actuel est aggravé ou pas.

2. Répartition des surcoûts

33. L'un des postes les plus facilement indemnisés est les équipements de protection individuelle. Ce poste est de manière équivalente supportée soit totalement par l'autorité contractante, soit à égalité entre l'autorité contractante et son cocontractant. Sur ce poste, les surcoûts ne sont pas si conséquents.

34. Un maître d'ouvrage a considéré qu'étant à l'origine des modifications des règles d'hygiène et de sécurité, il devait prendre en compte la totalité des coûts directs sur le fondement de l'article 6.2 du CCAG Travaux (évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre), ce qui est juridiquement loin d'être confirmé (cf. interventions de MM. Lichère et Delaloy au colloque de Marseille). Toutefois, ce même maître d'ouvrage prend en charge partiellement les surcoûts d'exécution dégradée, dont le plus significatif est celui lié aux délais.

35. Un avocat souhaitait élaborer un système de mécanisme incitatif d'indemnisation des surcoûts avec un intéressement pour les réduire – mais il n'a pas été suivi, les uns ayant peur de payer, les autres ayant des craintes vis-à-vis de la transparence des procédures. Ce mécanisme préconisait un partage du risque à 50/50. S'il y avait une amélioration, une réduction des surcoûts constatés, le partage devenait au profit du titulaire dans un objectif d'incitation aux économies.

36. Dans le domaine des concessions, des avocats constatent que la tendance est de convertir l'indemnisation en une augmentation de durée du contrat. L'idée est de reporter le temps de l'indemnisation du préjudice sans hausse de tarifs.

37. Le point clef dans la répartition des surcoûts pour une autorité contractante est la justification de ces surcoûts. Cette autorité contractante se montre ouverte à l'indemnisation des surcoûts uniquement si l'entreprise apporte une preuve d'objectivation du coût et la justification de mise en pratique différente.

38. Une entreprise a fait le choix de ne pas demander l'indemnisation des surcoûts lorsque ceux-ci sont marginaux car il en va de sa crédibilité.

3. Fondements juridiques des demandes relatives aux surcoûts

39. La stratégie de non-qualification des surcoûts. Plusieurs entreprises ont préféré ne pas qualifier juridiquement les demandes de surcoûts. Cela permet en effet de pouvoir requalifier ultérieurement en fonction de la jurisprudence, et de se sécuriser face aux incertitudes de l'époque.

Pour certains, le fondement de la demande importe peu tant que le maître d'ouvrage est disposé à discuter.

40. Qualification des surcoûts. Les demandes relatives aux surcoûts ont été essentiellement réalisées sur des fondements contractuels ou jurisprudentiels. Au niveau contractuel, ce sont principalement les articles 10 (prix nouveaux), 14 (prestations supplémentaires ou modificatives) et 19 (délais) du CCAG Travaux, sans que cette dernière source n'apparaisse vraiment pertinente. Un maître d'ouvrage disposant de ses propres cahiers des charges a fondé l'indemnisation des surcoûts sur les prix nouveaux sous la forme d'« OS prix nouveaux ». Les prix ont été négociés avec les syndicats de la profession.

Le recours à l'article 6.2 du CCAG Travaux soulève, selon une entreprise, la délicate question de la qualification normative du guide de l'OPPBTP. Des maîtres d'ouvrage considèrent qu'il s'agit de *soft law* (même si ce texte est très contraignant et peut conduire à des sanctions), et qu'en cela cet article ne peut être appliqué.

Le fait du prince est parfois envisagé, car les entreprises considèrent que le maître d'ouvrage a demandé de nouvelles mesures qui doivent être répercutées par l'entreprise⁵. La perte de rendement a pu être qualifiée sur le fondement des sujétions imprévues. Les réclamations ne se font pas forcément sur le fondement de l'article 50 du CCAG Travaux, car les parties au contrat suivent les préconisations ministérielles de discussion (v. §80 sur contentieux).

Pour qualifier les surcoûts grâce aux cahiers des charges, une entreprise a privilégié le fait qu'ils sont en dehors de l'établissement des prix initiaux (art. 10.1.1 CCAG Travaux), qu'ils ont droit à plus de délais (art. 19.2.1 CCAG Travaux) ou bien que certaines prescriptions sont des prix nouveaux car il y a une revalorisation et une plus-value des prix de marché (art. 14 CCAG Travaux). L'imprévision a été mobilisée une fois par un avocat. Une entreprise a expliqué qu'elle n'était pas à l'aise avec la notion de « temporaire » pour appliquer cette théorie.

41. Retours sur l'ordonnance 2020-319. L'ordonnance 2020-319 a, pour beaucoup de contrats publics, servi de base de discussion entre les cocontractants⁶ à propos des surcoûts même si certains d'entre eux ne les ont finalement pas qualifiés.

L'article 6, 6° de l'ordonnance, permettant une indemnisation en cas de modification du contrat en concession par l'autorité concédante, n'a pas été appliqué par les interviewés. L'article prévoit d'une part la mise en place de davantage de moyens pour réaliser le contrat ; or, dans les contrats de transports de personne, l'exécution dégradée s'est traduite par des moyens en moins.

⁵ Pour François LICHERE, cette théorie ne convient que pour les contrats de l'État. F. LICHERE, « L'exécution dégradée : quelles indemnités ? Quelles modalités de prise en charge ? », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

⁶ Cela rejoint les dires de Guillaume DELALOY pour qui les ordonnances, ainsi que les fiches techniques et la FAQ, ont permis d'apaiser les relations contractuelles en fournissant un mode d'emploi. G. DELALOY, « L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 : bilan et perspectives d'un texte d'exception », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

D'autre part et pour d'autres interviewés, il y a eu une difficulté de preuve que la modification était liée à une action du concédant.

4. Analyse de la théorie de l'imprévision

42. Une théorie perçue comme inadaptée. La notion plaît à la plupart des juristes, de formation en droit public comme en droit privé. Si son intérêt intellectuel ne fait aucun doute, sa difficulté de mise en œuvre fait qu'elle est boudée en pratique et qualifiée d'*instrumentum* obsolète. Elle n'a été mobilisée qu'une seule fois par un avocat. Dans le contexte de la crise sanitaire, la théorie de l'imprévision et *a fortiori* la théorie de la force majeure ne semblent quasi unanimement pas adaptées⁷, surtout pour les procédures lancées après mars 2020. Beaucoup d'avis convergent sur la suffisance des outils juridiques à disposition (ordonnances et contrats) et sur le pouvoir de la négociation pour ne pas avoir à se tourner vers la théorie de l'imprévision. Il a même été avancé que cette théorie n'est pas saine car elle n'anticipe pas le problème.

Une remarque a été formulée à propos du champ d'application de cette théorie. Au début des années 2000, l'opérateur économique avait fait jouer cette théorie à propos de l'augmentation soudaine du prix d'une matière première. Cet opérateur est convaincu que cette théorie est adéquate pour les problématiques économiques, où l'entreprise doit effectivement assumer un coût, mais inadaptée pour les questions sanitaires actuelles. Un autre avis va à l'encontre de celui-ci. Selon lui, il n'y a pas de différence conceptuelle entre les prix « première guerre mondiale » et les prix « crise sanitaire ». Les deux sont imprévisibles, irrésistibles et bouleversent les conditions d'exécution du contrat.

Une crainte a été partagée par un avocat durant les entretiens, celle d'une exclusion de cette théorie par la jurisprudence administrative. La police administrative a été remodelée à l'aune des impératifs de la crise sanitaire, et la théorie de l'imprévision pourrait subir le même sort selon lui. Le Conseil d'État pourrait estimer qu'en période de crise sanitaire, le risque étant partagé, la théorie de l'imprévision ne trouve pas à s'appliquer. Les notions du droit administratif pourraient être « tordues » à cette occasion.

43. La problématique du seuil. Définir l'application de la théorie à partir d'un seuil est néfaste pour la bonne exécution du contrat car l'une des parties fera tout pour être en deçà tandis que l'autre fera son possible pour le dépasser. Cela va à l'encontre du bon sens et de la négociation.

La difficulté avec la notion de seuil dans la théorie de l'imprévision est que plus le montant du contrat est important, plus le seuil sera difficile à atteindre. Afin d'éviter d'avoir un seuil inatteignable dans les plus gros contrats, certaines parties prenantes souhaitent définir contractuellement le seuil de bouleversement. Pour des contrats d'un montant très élevé, même en appliquant un seuil de bouleversement à 10% du montant, cela laisse une franchise assez conséquente. Selon un avocat, cela conduit à un effet de seuil qui peut conduire les concurrents à majorer leurs prix afin d'intégrer le risque. Contractualiser le seuil de bouleversement peut tendre à renchérir le prix. Un avocat conseille de ne pas le contractualiser. Une entité adjudicatrice a

⁷ Les épidémies peuvent être appréhendées sous l'angle de la force majeure par le juge administratif. Pour un aperçu historique du traitement par le juge administratif des épidémies, v. B. DACOSTA, « Introduction générale », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

considéré que le bouleversement était caractérisé à partir de 5% du montant initial du contrat et a fixé à 80% sa prise en charge des surcoûts.

Les contrats de longue durée – concessions notamment - rencontrent les mêmes difficultés d'application que les contrats impliquant des sommes importantes. Le bouleversement de la crise sanitaire, aussi fort et soudain soit-il, apparaîtra d'un point de vue temporel comme très réduit sur la durée d'exécution du contrat. La condition du bouleversement risque de ne pas être remplie, d'autant que la notion de déficit d'exploitation n'est pas précise quant à la durée de déficit à prendre en compte.

44. Le souhait d'une meilleure définition de l'application. Un seuil plus bas serait le bienvenu, ou à tout le moins il faudrait rendre d'ordre public les dispositions relatives à l'équilibre du contrat. A noter toutefois qu'un avocat a mis en garde contre une définition légale de la théorie de l'imprévision et surtout sur le seuil d'application. Cela pourrait conduire à une course au standard – le bouleversement étant défini par un standard, lui-même appelant certainement un autre standard... Aussi est-il d'avis de continuer à se référer à la jurisprudence centenaire.

La référence à un bouleversement « temporaire » de l'équilibre du contrat à l'article L6 du code de la commande publique nourrit les questionnements. Le seuil de bouleversement peut être fixé par la jurisprudence ou des circulaires (et notamment la circulaire du 20 novembre 1974), mais cette notion de temporalité laisse perplexe. Un éclairage serait le bienvenu.

5. Surcoûts, aides d'État et interdiction des libéralités

45. La problématique des aides d'État est relativement peu présente dans les discussions relatives aux surcoûts de l'exécution dégradée. La thématique des libéralités est davantage abordée. Le risque de libéralité est toujours présent, même implicitement, dans les discussions relatives aux indemnisations, même hors contexte de crise sanitaire. Cela explique une certaine rigidité observée de la part des parties publiques du contrat de commande publique.

46. L'impact de la crise sanitaire est tel que des voix s'élèvent afin de promouvoir la commande publique comme instrument de relance économique. A ce propos, des acheteurs et autorités concédantes souhaitent participer à leur niveau en ne laissant pas sombrer leur cocontractant lorsque celui-ci rencontre des difficultés. Dans un esprit d'aide et de relance, des autorités politiques – locales notamment – ont souhaité augmenter les aides. Cela leur a été déconseillé toutefois en raison du risque de requalification en libéralité.

Le risque de requalification en aide d'État ou en libéralité peut être gommé grâce à la justification des sommes engagées. Les autorités contractantes se montrent rigoureuses sur le lien de causalité entre les sommes engagées devant être indemnisées et la crise sanitaire. Un surcoût avéré et justifié peut être, du point de vue du droit des aides d'État et de l'interdiction des libéralités, facilement indemnisé.

Selon un avocat, afin d'éviter toute qualification de libéralité ou d'aide d'État, les conséquences relatives à d'hypothétiques surcoûts peuvent être également traitées en amont dans des clauses de type *early warning* et de responsabilité. Les parties se font savoir mutuellement leurs difficultés réciproques et s'obligent à y répondre.

47. En parallèle du sujet des aides d'État, les aides de l'État conférées aux entreprises ont parfois été difficilement perçues par les titulaires de marchés publics ou les délégataires. Afin d'en bénéficier, il fallait impérativement fonder et notifier l'arrêt d'activité. Or, compte tenu des obligations de service public, sa continuité devait être assurée dans des circonstances non prévues initialement. Aucune disposition légale ou réglementaire ne permettait au délégataire de service public d'articuler la capacité de recourir à des aides de l'État et de fermer corrélativement. Cela augmente le risque pour tout un pan d'activité car il n'est pas possible de bénéficier d'aides de l'État car les infrastructures sont ouvertes même s'il est impossible d'y exercer une quelconque activité pour raison sanitaire.

B. Avances

48. **La formulation de la demande des avances.** D'après plusieurs sources concordantes, le seul secteur qui n'a pas formulé de demandes d'avance semble être celui des contrats de mobilier urbain. Des demandes de prolongation de contrat ont été faites à la place du bénéfice d'avance. Des maîtres d'œuvre, soumis à caractère forfaitaire de leur prix, regrettent l'impossibilité de l'extension du prix.

49. **Formulation systématique des avances.** Des entreprises ont pris le parti de formuler systématiquement des demandes d'avance, même si l'impulsion n'a pas forcément été suivie par tous les opérationnels. Ces demandes ont été formulées sur la base de l'article 5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020.

Certaines entreprises n'ont, à l'inverse, pas osé formuler de demandes d'avance. La réputation de l'entreprise, connue pour être en bonne santé financière, les a dissuadées de toute action en ce sens.

50. **Les réponses aux demandes.** Tandis que certains maîtres d'ouvrages ont répondu positivement aux demandes d'avance, parfois même sans difficultés, d'autres n'ont pas répondu du tout. Cela a pu être problématique car l'entreprise titulaire d'un marché public doit rétrocéder l'avance au sous-traitant, mettant ce dernier dans une situation financière inconfortable. Désormais, la modification du code de la commande publique avec le décret du 15 octobre 2020⁸ permet aux PME de formuler ces demandes. Une entité adjudicatrice a formulé une doctrine favorable aux PME. Pour les secteurs dont les recettes dépendent beaucoup de la fréquentation du public, ces avances ont permis de maintenir à flot le délégataire malgré la perte de ses recettes.

51. **Le régime des avances discuté.** Malgré la possibilité de consentir des avances, les parties prenantes restent réservées quant au régime.

52. **Du point de vue de la comptabilité publique.** Une entreprise s'est retrouvée confrontée à un comptable public qui a refusé les demandes d'avance. Une fois que les ordonnances de mars 2020 ont été publiées, la situation s'est débloquée et la demande a été accueillie favorablement. Toutefois, les agents comptables restent assez frileux vis-à-vis des avances en raison de l'interdiction de consentir des avances par avenant inscrite dans certains CCAP.

⁸ Décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics.

53. L'incertitude du régime. Malgré l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020, plusieurs questions se sont posées, notamment sur le régime de ces avances et sur les critères de distinctions d'avances de trésorerie. Ces avances doivent-elles être considérées comme relevant d'un régime spécifique, ou comme des avances de trésorerie ou de démarrage de travaux ? Les contrats sont à des stades d'avancement différents et les titulaires peuvent être en difficulté financière malgré un contrat avancé. Dans l'incertitude, les agents comptables préfèrent se protéger et appliquer le régime classique de remboursement des avances. Le manque de flexibilité de l'ordonnance et de la modification du code de la commande publique a pu être regretté, car ce régime juridique ne correspond pas aux besoins de trésorerie.

Les incertitudes n'ont pas été toutes partagées. Des retours positifs ont été formulés sur la rédaction de l'ordonnance et ses dispositions relatives au paiement.

C. L'adaptation des contrats publics

54. Les clauses de réexamen ne sont pas très courantes dans les contrats de marchés publics. Les acteurs se tournent vers d'autres mécanismes contractuels afin d'envisager le risque. La crise sanitaire semble changer le rapport au risque dans les contrats publics. La nécessité de se doter de mécanismes contractuels pour traiter le risque apparaît. Les développements qui suivent concernent donc tant l'adaptation des contrats en cours que celle des contrats conclus depuis la crise sanitaire ou des contrats à conclure.

1. Les mécanismes contractuels d'appréhension du risque

55. Les approches différentes du risque. Les entreprises habituées à traiter avec de nombreuses autorités contractantes constatent que les maîtres d'ouvrage publics de taille importante contractualisent plus facilement le risque. Les maîtres d'ouvrage public de taille modeste auraient peut-être besoin d'aide de la part de la DAJ afin d'introduire dans les clauses générales (type CCAG Travaux) une disposition particulière permettant d'identifier le risque.

La durée du contrat influe également sur l'appréhension du risque par le contrat. Un contrat de longue durée pourra plus facilement absorber les événements qui se déroulent en cours d'exécution. Les titulaires de contrats de longue durée s'accordent à dire que ponctuellement ils peuvent renforcer momentanément leurs capacités d'exécution et que cela sera lissé dans le temps.

56. L'appréhension du risque en amont du contrat. Le risque n'est pas défini de la même façon dans tous les contrats. Le partage du risque entre autorité contractante et opérateur économique doit, pour certains, être repensé – de même que l'administration doit s'acculturer au risque.

57. La définition du risque. Le risque doit être déterminé. Confinement n'est pas synonyme de suspension mais les opérateurs économiques doivent intégrer de nouvelles problématiques, comme les clusters. La définition du risque dans les contrats conclus depuis mars 2020 évolue. Depuis la fin du premier confinement, des maîtres d'ouvrage publics souhaitent que le futur titulaire intègre le risque pandémie dans le contrat. Pour ce faire, le management des risques

évolue. Le guide de l'OPPBTB est intégré dans les offres. Le plan de management des risques est revu, il intègre des tableaux des différents coûts envisageables. L'idée est de contractualiser les réponses au risque avant son apparition, afin de ne pas être surpris et bloqué si le risque se réalise. L'attitude sclérosée des autorités contractantes engendre des difficultés sur toute la chaîne économique du contrat, notamment vis-à-vis des partenaires plus modestes.

Certaines autorités contractantes se dotent de matrices des risques prévisibles sur le modèle des contrats FIDIC. Une entreprise regrette que ces nomenclatures ne prennent pas en compte la pandémie. Ne sont pris en compte que les difficultés d'ordre économique, mais pas d'ordre sanitaire.

58. Le partage du risque. La question est de savoir quel est le risque accepté et acceptable par le cocontractant. Les retours convergent vers le constat d'un transfert quasi systématique du risque auprès du cocontractant. Selon une entreprise, un risque extrême peut décourager les entreprises à candidater. Il faut donc le circonscrire en définissant en amont le partage de ce risque, grâce à des mécanismes de régulation. Instaurer un système de plancher et de plafond qui cantonnerait les risques acceptables. Si cela n'est pas mis en œuvre, afin de transférer le risque au cocontractant, il faut compenser par des primes de risques élevées ou consentir des taux de rentabilité plus élevés. La prise de risque nécessite l'acceptabilité des rentabilités long terme des concessionnaires. Ce risque doit être transféré auprès de la personne la plus à même de le gérer.

59. L'appréhension du risque en cours d'exécution du contrat. La loyauté des relations contractuelles et la négociation⁹ font presque l'unanimité : elles sont d'excellents moyens de répondre au risque contractuel. Toutefois, à trop vouloir gommer ce risque, la requalification du contrat n'est pas à exclure. Selon un exemple donné par un avocat, une augmentation de la participation financière de l'autorité contractante dans un contrat de concession peut entraîner une requalification en marché public.

60. Le principe de bonne foi, de loyauté des relations contractuelles. Un cadre général renvoyant à des discussions de bonne foi a été proposé. La loyauté contractuelle, indépendamment de la crise sanitaire, instaure une relation de confiance qui permet une meilleure exécution du contrat – ce constat est largement partagé par les parties prenantes au contrat.

61. La négociation, la flexibilité. Dans les contrats de concessions et plus généralement dans les contrats relatifs au service public, la flexibilité et la négociation permettent une meilleure exécution du fait d'un meilleur dialogue quant au partage des risques. La pratique européenne du droit des contrats publics empêche une assimilation de la grande flexibilité des *new engineering contracts* en France. Ces contrats sont basés sur une définition des objectifs de performance et non une définition du besoin comme cela se fait dans le cadre européen classique, en dépit de la possibilité de définir ses besoins par référence à des objectifs de performance.

⁹ Selon François LICHERE, une obligation de négociation pourrait être l'une des pistes d'adaptation législative. F. LICHERE, « L'exécution dégradée : quelles indemnités ? Quelles modalités de prise en charge ? », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

62. Le risque de requalification de contrat. La contractualisation du risque prend tout son sens dans les contrats de concession. Des réflexions sont en cours afin de canaliser le risque d'exploitation. Or, à trop le limiter, il peut devenir inexistant et le contrat se voir requalifier en marché public.

2. Les clauses de réexamen

63. L'un des moyens les plus plébiscités afin de circonscrire le risque dans les contrats publics est la clause contractuelle. Les clauses de rendez-vous et de règlement des litiges peuvent devenir des instruments d'adaptation du contrat et, de fait, d'appréhension du risque.

64. Constat : des clauses de réexamen peu répandues. Communes en dans les concessions, encouragées dans les marchés de partenariat, les clauses de réexamen sont beaucoup plus rares dans les marchés publics. Les contrats publics étant des contrats d'adhésion, il est difficile pour les opérateurs économiques d'introduire des clauses de réexamen. Les maîtres d'ouvrage publics sont frileux et ne sont pas ouverts à ces clauses. L'une des explications à cette frilosité d'insertion de clauses de réexamen est le manque de cette culture chez certaines autorités contractantes – elles-mêmes reconnaissant toutefois cette nécessité de généralisation. Si une entreprise la demande l'autorité contractante pourrait considérer qu'il s'agit d'une réserve qui serait alors écartée. Il a été expliqué également que ces clauses sont inutiles car la théorie de la forme majeure, les clauses des CCAG et l'exigence d'équilibre contractuel suffisent à pallier toute difficulté d'exécution.

Les contrats qui font peser un risque d'exploitation sur le délégataire sont plus propices aux clauses de réexamen. Pour les contrats de transports de personnes, des clauses de « tunnels » sont intégrées afin d'essayer d'appréhender l'incidence de la fréquentation et ses recettes. Les coûts sont quant à eux facilement appréhendables. Ces clauses de tunnels permettent l'ajustement des objectifs de recette ou de la participation financière si besoin.

L'introduction d'une clause de réexamen n'est pas forcément la solution la plus sécurisante pour l'entreprise. La crainte de se voir opposer le caractère prévisible des conséquences conduit à vouloir contractualiser un droit de prolongation de délai et d'indemnisation pour les conséquences de la crise sanitaire, ou à tout le moins de sécuriser le délai car il y a des risques de ne pas pouvoir mobiliser les moyens à date de démarrage. Celui-ci devra être formalisé, pour les marchés publics, par un ordre de service concerté. Si l'autorité contractante refuse, ce n'est qu'à ce moment-là que la clause de rendez-vous est introduite.

65. Intégration d'une clause de réexamen en cours d'exécution du contrat. La clause de réexamen est dans la majorité des hypothèses introduite au départ ou lors de la négociation. La question de l'intégration d'une clause de réexamen en cours d'exécution du contrat ne fait pas l'unanimité.

Des acteurs ne voient pas d'inconvénient à ce que la clause soit introduite en cours d'exécution du contrat, si elle est claire et précise, car il est impossible de rester dans une telle situation juridique et comptable. Cela peut être délicat à dimensionner en pleine exécution, il faut définir ce qui doit être revu : les conditions financières, de délai etc.

Pour d'autres, ces clauses, du point de vue de la sécurité juridique, devraient être prévues dès le départ afin de ne pas avoir de souci d'interprétation par la suite ou de risque de considérer qu'il y a modification des conditions initiales de mise en concurrence. Le cas échéant, des avenants pourront être rédigés. Une clause de rendez-vous qui rassurerait les cocontractants est envisageable car elle ne remet pas en cause le contrat. Si les clauses ne sont pas introduites dès le contrat initial, des questions surgiraient sur le fait de savoir si elles sont substantielles et soumises au droit commun. Le spectre du favoritisme plane également. Une revoyure peut potentiellement modifier les conditions de l'appel à concurrence initial. L'insertion d'une clause de réexamen en cours d'exécution du contrat risque d'outrepasser le droit car cela pourrait être perçu comme rompant l'égalité de traitement entre les candidats, du moins tant que cela n'est pas formellement autorisé par un texte.

Il a été avancé également qu'à partir du moment où l'autorité contractante est ouverte à la discussion pour un avenant de modification du contrat, il n'y a pas de nécessité d'introduire une clause de réexamen en cours d'exécution. Mais il est vrai qu'une telle clause a précisément pour intérêt de ne pas dépendre du bon vouloir de l'autorité contractante.

Il est également possible d'aménager les clauses de résolution des litiges, comme cela se fait dans les contrats FIDIC. Dans l'édition de 2017 a été inséré le *Dispute Avoidance and Adjudication Board*, qui sont des dispositions destinées à prévenir l'émergence du conflit.

66. Souhait commun de généraliser les clauses de réexamen dans les contrats publics. Les retours sont presque tous unanimes sur le souhait d'intégrer davantage et de systématiser les clauses de réexamen dans les contrats publics¹⁰. Il est même ajouté que ces clauses doivent dépasser le cadre de la crise sanitaire pour embrasser plus largement les événements qui pourraient surgir en cours d'exécution du contrat¹¹, comme le terrorisme ou les mouvements populaires. Ces clauses obligerait davantage les cocontractants à se rencontrer et à mettre en œuvre des mesures d'accompagnement et tirer les conséquences sur le montant, les prix, les reports de délais... Chaque contrat devrait contenir au moins une disposition liée à l'évolution de la relation partenariale. Une entreprise a expliqué que cette introduction permettrait, en cas de contentieux devant le juge, de prouver leur bonne foi. Une entité adjudicatrice a intégré dans ses modèles de cahiers des charges deux clauses. Une première relative à la crise sanitaire actuelle qui permet de moduler les prix liés à la pandémie. La seconde clause concerne toute autre pandémie et prévoit un système de procédure d'alerte de type *early warning*.

Des entreprises et certains acheteurs sont dotés de *contract managers* qui permettent un suivi régulier des contrats au moyen de rendez-vous entre les parties.

67. Contenu des clauses de réexamen. Les clauses de réexamen peuvent être des clauses de modification de contrats, des clauses de rendez-vous ou de revoyure. Elles peuvent avoir une portée transactionnelle en ce qu'elles règlent le passé et envisagent l'avenir. Leur contenu n'est pas uniforme :

¹⁰ Ce souhait est également partagé par la DAJ, par la voix de Guillaume DELALOY. G. DELALOY, « L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 : bilan et perspectives d'un texte d'exception », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

¹¹ Jean-Claude RICCI met en garde à propos d'une trop grande précision dans la rédaction des clauses contractuelles, qui fait courir le risque que ces mesures ne soient pas applicables. J.-C. RICCI, « Synthèse », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

- La clause de réexamen peut prévoir la méthodologie de la réclamation. Elle prévoit le délai et le processus d'instruction.
- La clause de réexamen peut être une clause de rendez-vous au sens propre : les parties conviennent qu'elles vont discuter.
- Clause de changement de loi ou de réglementation qui existe dans les partenariats publics-privés qui pourrait être généralisée à tous les contrats.
- Clause de prolongation de délai en cas de circonstances exceptionnelles, qui donne droit à indemnisation des surcoûts liés à des circonstances exceptionnelles – clause qui devrait être automatique pour les marchés publics, car une simple possibilité de discussion n'est pas forcément suivie d'effets.

Ces clauses doivent être adaptées aux contrats, qui ne recouvrent pas les mêmes problématiques selon leur montant et leur objet.

L'avantage de la clause de réexamen vis-à-vis des théories jurisprudentielles est qu'elle permet de faire l'économie de discussions relatives aux conditions d'application. La clause de réexamen permet également de se raccrocher au principe de *early warning* qui permet d'engager la responsabilité du cocontractant qui n'aurait pas signalé suffisamment tôt ses difficultés d'exécution ou qui n'aurait pas répondu aux difficultés de son cocontractant. La clause de réexamen est alors envisagée comme une obligation de prévenance et d'y répondre. Elle permet d'anticiper le conflit, au contraire de ce que prévoit l'article 50 du CCAG Travaux qui a été qualifié d'« archaïque » et de « l'un des plus mauvais articles du CCAG » par un avocat.

68. Interrogations relatives aux clauses de réexamen. L'intégration systématique de clauses de réexamen est accompagnée d'interrogations, notamment ce que les entreprises devraient assumer. Quelle provision est assurée par l'entreprise ? Les réponses divergent en fonction de la taille des groupes. Les grandes entreprises ne souhaitent pas d'assurance obligatoire et veulent des mécanismes de provisionnement défiscalisés tandis que les entreprises de taille plus modeste souhaitent généralement une assurance obligatoire avec une mutualisation des risques.

3. Véhicule contractuel pour adapter les contrats en cours

69. Prix nouveaux. Une autorité contractante a fait le choix de fonder les réclamations indemnitaires sur les prix nouveaux en se réservant la possibilité ultérieurement de régulariser. Une autre a également, pour certains de ses contrats, modifié unilatéralement par ordre de service en se basant sur les prix nouveaux.

70. Art. 50 CCAG Travaux. Certaines entreprises ne se placent pas sur l'article 50 du CCAG Travaux afin de faire leurs réclamations. Une autorité contractante a eu des courriers qui ne sont pas présentés comme des réclamations, et même une demande de règlement complémentaire qui avait toute la forme d'une réclamation qui mais qui précisait qu'elle n'en était pas une.

Une entreprise explique qu'il est dangereux de s'éloigner de l'art. 50 CCAG Travaux, sauf en cas de prestations nouvelles et imprévues. En cas de désaccord avec le donneur d'ordres, cela relève de la réclamation. Une autre entreprise évite d'utiliser cet article en cours de chantier en

raison de l'obligation d'aller devant le juge administratif ensuite. Elle préfère présenter des demandes financières lors de discussions amiables.

71. Avenant. Pour plusieurs entreprises, certains avenants sont déjà signés et d'autres sont en cours de discussion. Une entreprise souhaite passer par avenant afin de formaliser les modifications du contrat, mais pour cela ils doivent prouver des prestations supplémentaires.

Un titulaire de marchés publics explique que certaines entreprises sont entrées dans une démarche de tentatives de négociation d'un avenant, certains CCAP étant encore teintés de la version du CCAG de 1976. En général, ce sont des devis covid qui sont envoyés. L'inconvénient de l'avenant est qu'il contient une clause de renonciation à toute autre demande et que cela peut être angoissant pour l'entreprise.

Une autorité contractante a espoir que les considérations relatives aux délais et aux prestations supplémentaires seront réglées par avenant. L'objectif est de faire des avenants globaux qui auraient une valeur transactionnelle, le cocontractant s'engageant à ne pas faire de recours.

V. La mise en concurrence en temps de crise sanitaire

Résumé d'étape n°4

La principale adaptation des passations lancées avant mars 2020 concerne la dématérialisation des procédures ainsi que l'allongement des délais. Pour les procédures lancées après, la définition du prix s'avère délicate et emporte des conséquences pour la concurrence elle-même. Les mises en concurrence devraient être davantage assouplies en période de crise sanitaire.

A. Procédures lancées avant le premier confinement

72. Les procédures se sont principalement adaptées sur le point de la temporalité et de la dématérialisation des échanges. Les cahiers des charges n'ont pas été modifiés pour la plupart. Les délais de remise des offres ont été allongés ou reportés ; certains projets ont été suspendus, d'autres abandonnés – du fait de la crise sanitaire directement ou du fait du report des élections municipales.

Des acheteurs et autorités concédantes ont choisi de ne pas adapter la passation. Les difficultés les plus importantes sont apparues lors des mises en concurrence lancées après le premier confinement.

B. Procédures lancées après le premier confinement

73. Adaptation des délais. Certaines entreprises n'ont pas osé demander des reports de délais du fait de la rareté des appels d'offres à la suite du premier confinement. Mais il est à noter que spontanément, de nombreux donneurs d'ordre publics ont allongé les délais de remise des offres. L'ordonnance 2020-319 ainsi que les ordonnances qui sont venues la compléter, parfois anticipées, ont servi d'appui pour ces adaptations.

74. Problématiques relatives au prix. La mise en concurrence ne soulève pas de difficulté majeure. Les acteurs semblent s'être tous relativement rapidement adaptés aux problématiques de gestion du temps de la passation ainsi que de sa dématérialisation. Le prix du contrat toutefois soulève de nombreuses interrogations et difficultés¹². Il est par exemple délicat pour les entreprises d'intégrer des coûts qui ne sont pas tous connus.

75. Occupation du domaine public. Pour les opérateurs économiques qui ont des contrats de commande publique emportant occupation du domaine public, la question du paiement des redevances est centrale. La baisse du chiffre d'affaires de ces entreprises est conséquente (pouvant aller jusqu'à plusieurs dizaines de pourcent) mais la baisse des redevances d'occupation domaniale n'est pas corrélative – d'autant que des obligations continuent à peser sur le cocontractant. Contrats de mobilier urbain, événementiel, affichage publicitaire dans les transports, c'est la fréquentation des lieux qui est source de recettes pour ces contrats. La baisse de la

¹² S. IBANES, C. CROS, « Innovation contractuelle : comment tenir compte de la crise sanitaire dans les nouveaux contrats », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

fréquentation n'a toutefois aucune incidence sur les investissements qui doivent être réalisés. Il y a donc une adaptation du prix dans ces contrats : pour une entreprise, la redevance doit être revue à la baisse¹³.

76. Intégration du risque sanitaire dans le prix. Le point le plus épineux est la question de l'intégration du risque sanitaire dans le prix. Le donneur d'ordre public peut recevoir des questions en ce sens – politique menée par certaines entreprises – et se prononcer. Mais en l'absence de réponses, les approches diffèrent. Des opérateurs choisissent de prendre en compte dans leur prix les surcoûts liés à la crise sanitaire : ils expliquent que l'offre intègre les mesures sanitaires telles que découlant d'un protocole sanitaire déterminé (à l'instar du guide de l'OPPBT), au regard de la durée de l'état d'urgence sanitaire. Certains donneurs d'ordre publics décident d'eux-mêmes cette intégration en précisant que « le titulaire reconnaît avoir pris compte le risque d'occurrence d'épidémie ». Ce genre de mention pose de grandes difficultés en pratique car chiffrer les contraintes sanitaires n'est pas chose aisée. Pour certains secteurs, des coefficients majorateurs sont appliqués. Mais comment faire pour les secteurs qui en sont dépourvus ? De la même façon, intégrer le risque sanitaire dans le prix revient à intégrer la perte de rendement. Or, cela est très difficile à chiffrer. En matière de concession, l'intégration du risque est très délicate. Tous les candidats ne sont pas prêts à accepter un tel risque.

Une entité adjudicatrice demande désormais une note technique sur la gestion de la crise sanitaire et de remplir le bordereau de prix. Les entreprises chiffrant les dépenses à part afin de retrancher les prix du marché à la fin de la crise sanitaire. Une clause d'analyse des coûts de revient a été également intégrée dans les nouvelles passations afin de se réserver la possibilité d'auditer les prix et les baisser le cas échéant.

D'autres opérateurs économiques présentent un prix hors crise sanitaire mais en se prémunissant dans les documents contractuels en prévenant que le prix fixé ne tient pas compte des contraintes sanitaires. Le problème de cette approche est le risque de réclamations formulées en cours d'exécution du contrat. Suite au premier déconfinement, des entreprises regrettent d'avoir dû contractualiser sans être prémunies d'un risque d'une autre vague, d'autant que l'intégration de clauses de réexamen n'a pas été systématique. Elle est souhaitée, bien que les pouvoirs adjudicateurs de taille plus modeste, selon une entreprise, pourraient avoir besoin de l'aide de la DAJ pour ce faire.

Enfin, des opérateurs économiques présentent deux prix : un prix « hors covid » et un prix « avec covid ». Se présente alors une autre interrogation : comment traiter les offres contenant deux prix ? Si les deux prix sont contractualisés, comment déterminer les périodes d'application respectives des deux prix ?

La différence dans l'approche du prix n'est pas anodine vis-à-vis de la concurrence.

77. L'accroissement de la concurrence et ses effets. Le nombre de passations de contrat baisse – le secteur des travaux publics met en garde sur les conséquences futures. L'appel à concurrence devenant une denrée rare, la concurrence est d'autant plus rude. Certains opérateurs économiques choisissent de ne pas intégrer les contraintes sanitaires dans leur prix. Cela est risqué

¹³ Les conséquences financières sont également importantes pour les autorités contractantes. Ainsi la première délibération de la ville de Marseille a constitué un manque à gagner de 1,5 million d'euros. C. BAILLON-PASSE, « Les occupations temporaires du domaine public », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

mais les entreprises sont prêtes à courir ce risque. La conséquence de cette course à l'obtention du contrat est l'accroissement de la concurrence, le risque d'exécuter un marché mal chiffré et l'impossibilité de comparer des offres qui ne peuvent être comparées du fait de la différence de traitement des contraintes sanitaires par les concurrents. Les prix sont à la baisse dans une période où ils mériteraient d'être revus à la hausse. Cela revient à une neutralisation des surcoûts de la crise sanitaire dans les prix actuels. La crainte d'une future tension sur les prix - voire d'un « dumping sanitaire » - est partagée par les opérateurs économiques¹⁴.

78. La dématérialisation de la passation. Les mises en concurrence ont dû s'adapter à la dématérialisation. Pour une autorité contractante, cela a accéléré le processus de modernisation du processus achat et de la transformation des pratiques. Pour les réunions les plus sensibles, la dématérialisation des réunions a supposé un niveau de sécurité informatique très important. A ce titre, ont ainsi pu être exigées la mise en place d'attestations sur l'honneur qu'il n'y a pas d'enregistrement, une connexion au serveur sécurisée et une garantie que toutes les autres mesures soient toutes garanties à distance.

Certains donneurs d'ordre publics n'ont toutefois pas souhaité une dématérialisation totale pendant le second confinement et ont maintenu des réunions de négociation en présentiel.

79. Le souhait d'allègement des procédures. La rigidité des modes de passation des contrats est critiquée, certains, y compris parmi les acheteurs publics, allant jusqu'à dire qu'elles ne sont plus adaptées à leur environnement. Le temps est le principal levier d'action en ce qui concerne l'adaptation des procédures de mise en concurrence. Pour plus d'efficacité, les acteurs interviewés penchent majoritairement pour un allègement des procédures. Cela rejoint le souhait commun d'avoir davantage de souplesse dans le droit de la commande publique¹⁵.

Certains considèrent toutefois que le code de la commande publique dispose de tous les outils nécessaires, y compris la négociation – qui est de droit pour les entités adjudicatrices. Ce serait plutôt la nécessité de mise en concurrence même qu'il faudrait interroger. Pour certains marchés, la concurrence européenne est loin de la réalité.

¹⁴ La crainte d'un « dumping sanitaire » est dénoncée : S. IBANES, C. CROS, « Innovation contractuelle : comment tenir compte de la crise sanitaire dans les nouveaux contrats », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

¹⁵ L'assouplissement des procédures prévu par la loi ASAP fait craindre des risques pénaux. J. GRATALOUP, O. ROCCHIA, « Faut-il adapter les modes de passation ? », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

VI. Précontentieux et contentieux

Résumé d'étape n°5

À la fin de l'année 2020, il n'y a que très peu de contentieux liés à la crise sanitaire parmi les interviewés. Cela s'explique de deux manières : les parties au contrat recourent quasi systématiquement au dialogue, et beaucoup d'entreprises et d'autorités contractantes attendent la fin du contrat pour les réclamations ou les pénalités. Ce dernier élément, couplé au risque en matière de responsabilité de contamination sur le lieu de travail, font craindre une vague de contentieux d'ici quelques mois ou quelques années.

80. L'évitement du contentieux par le dialogue. Des autorités contractantes ont fait part de leur absence de contentieux pour le moment. Selon elles, le dialogue entre les cocontractants permet d'éviter d'avoir des réclamations (notamment au sens de l'article 50 CCAG Travaux). Selon l'une d'elle, c'est d'ailleurs le sens de la circulaire du 9 juin 2020 qui préconise des processus de concertation et qui inviterait ainsi à sortir de l'article 50 du CCAG Travaux. Elle pense également que même pour les aspects indemnitaires, l'article 49 du CCAG Travaux n'oblige pas à passer par l'article 50 car il s'agit de la poursuite de l'exécution du contrat. Les échanges passent par des demandes de révision des modalités financières, avec une prise en compte des surcoûts covid.

Une entreprise explique qu'elle n'a pas de contentieux sur les pénalités de retard et sur la prise en charge des surcoûts. Les réclamations ont été réglées amiablement et lorsqu'elles ont été refusées, ils en ont fait leur affaire. A l'inverse, une entreprise prédit que si le maître d'ouvrage ne lâche pas du lest indemnitaires, il risque d'avoir des réclamations contentieuses.

Un avocat fait part de la gestion très pragmatique mais très peu formalisée de la crise, celle-ci passant par des échanges d'emails entre autorités délégantes et délégataires. Il n'a été saisi de missions d'assistance qu'en fin d'année 2020. Pour les marchés publics, l'impact de la crise n'a selon lui pas été réglé par les parties.

Un autre avocat fait part d'une médiation en cours. Si elle aboutit, il y aura une transaction puis une homologation par le juge.

81. L'attente de la fin du contrat. Plusieurs entreprises attendent la fin du contrat pour connaître l'ampleur du préjudice¹⁶. Si le contrat est long, les pertes pourraient être absorbées. Selon un avocat, tout sera traité en réclamation et selon la durée du contrat, le contentieux se fera connaître tardivement. Selon lui, les contraintes sont en train d'être identifiées et les demandes financières vont arriver. Un autre avocat renchérit en indiquant que ce n'est qu'au terme du contrat que l'on saura les surcoûts.

82. DGD. Il restera, selon une autorité contractante, des demandes liées à des retards éventuels du fait des désordres d'organisation au sein des entreprises au moment du DGD¹⁷. Cette

¹⁶ Ghislaine MARKARIAN reconnaît que les contentieux sont attendus par les juridictions administratives car inéluctables. Table Ronde, « La gestion de la crise », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

¹⁷ Xavier DEBOSQUE confirme que la quasi-totalité des clients d'Eiffage Génie civil renvoie l'instruction des coûts induits au moment du DGD. X. DEBOSQUE, « Suspension et exécution dégradée : retour d'expérience », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

crainte est confirmée par des entreprises qui précisent qu'elles attendent le DGD pour faire des réclamations. Pour une entreprise, il est possible de présenter l'article 50 CCAG Travaux en cours d'exécution mais c'est rare, la quasi-totalité de ces réclamations se faisant au moment du décompte final. Une autre explique qu'elle évite d'utiliser cet article en cours de chantier en raison de l'obligation d'aller devant le juge administratif ensuite. Or, elle estime être dans une situation qui la conduira nécessairement à saisir le juge. Elle est en effet contractante d'un concessionnaire qui est en discussion avec le concédant et ils font face à un « plafond de verre » en matière indemnitaire. Le principe de « back to back » ou clause de transparence, ne fonctionne pas car la concession et leur propre contrat n'avaient pas prévu la crise sanitaire.

83. Délai. En matière de délai, une entreprise explique que le mois perdu au moment du confinement va se retrouver à la fin. Si la mise en service doit se faire comme prévu, il faudra soit une accélération, soit il y aura un report suivi de réclamations. En effet, le droit à report est assez restrictif (art. 6.1 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020) : il faut une demande, faite avant la fin du contrat, justifiée par une charge manifestement excessive – ce dernier point pouvant s'avérer délicat à prouver. La question des justificatifs liés aux retards est épineuse pour les entreprises.

Une entreprise n'exclut pas la possibilité d'aller au contentieux pour les réclamations liées à l'exécution dégradée. Mais se pose la question du fondement de ces réclamations, car il n'y en a aucune avec lequel l'entreprise se sent à l'aise.

84. Le risque de contentieux lié aux contaminations. Le second confinement fait naître la problématique des clusters. Or, il est très délicat d'établir des responsabilités dans une contamination. La responsabilité de l'employeur pourrait être engagée. Le maître d'ouvrage pourrait engager la responsabilité du Coordonnateur Sécurité et Protection de la Santé ; les entreprises pourront montrer qu'elles ont un Plan Particulier de Sécurité et de Protection de la Santé clair et que la co-activité, qui pèse sur le maître d'ouvrage, a été mal gérée. Dans cette confusion, se poseront certainement les questions de savoir si le maître d'ouvrage a réagi à temps, ou si l'entreprise a bien respecté les consignes sanitaires.

VII. Bilan et évolution du droit

Résumé d'étape n°6

De nombreuses propositions concernent le droit des contrats publics lui-même, tant pour les dispositions législatives, réglementaires ou les clauses générales que pour la jurisprudence. Si pour certains le droit positif n'est pas adapté à la situation, pour d'autres le code de la commande publique dispose de tous les leviers nécessaires. Les retours ont été également assez nombreux concernant les acteurs du droit des contrats publics eux-mêmes¹⁸ : en particulier plusieurs juristes d'entreprises regrettent une insuffisante connaissance du fonctionnement des entreprises de la part des autorités contractantes et du juge administratif.

85. Dispositions législatives et réglementaires. D'avis presque unanime, les règles de la commande publique sont très, voire trop rigoureuses. Les entreprises souhaitent que les règles de passation et de révision contractuelle soient assouplies. Selon un avocat, l'égalité concurrence est érigée en dogme qui écrase tout. Il regrette la rigueur jurisprudentielle qui ne laisse pas assez de place à la discussion et souhaite davantage de liberté contractuelle. Une entreprise dénonce l'excès de juridisme et le manque de dialogue vis-à-vis de l'étude d'impact sur les textes.

86. Souplesse et flexibilité. Autorités contractantes comme entreprises font vœu commun de se doter d'outils pour avoir davantage de flexibilité dans leurs relations contractuelles. Pour un avocat, les contrats qui s'exécutent bien sont équilibrés avec la régulation du principe de bonne foi.

La souplesse et la flexibilité ne peuvent être les mêmes pour tous les contrats en fonction des montants. Une entreprise explique qu'un contrat à quelques centaines de milliers d'euros ne peut pas être géré comme un contrat à plusieurs millions d'euros. Dans le même sens, une autorité contractante explique que les plus petits acheteurs disposent déjà d'une certaine souplesse lorsqu'ils sont en dessous des seuils. Une autre entreprise explique qu'en parallèle de la simplification des marchés modestes, les plus techniques devraient être dotés de management de projet davantage organisé. Un avocat reconnaît que la flexibilité peut heurter le carcan de la commande publique.

Si le dialogue se rompt, une autorité contractante préconise d'aller plus loin dans l'explication normative du cadre contractuel.

87. Code de la commande publique. L'idée de définir dans le code de la commande publique une série d'hypothèses qui justifieraient le recours à des règles exceptionnelles ou à la théorie de l'imprévision a été écartée ; tout comme la définition en amont de tous les risques auxquels peuvent être confrontées les parties prenantes. Une autorité contractante explique qu'elle est réfractaire aux listes – de risques par exemple – car elles sont rarement exhaustives. Dans le même sens, un avocat ne souhaite pas réglementer toutes les hypothèses qui peuvent changer d'un cadre à l'autre, mais préféreraient voir élargies les possibilités d'avenant.

L'idée d'un régime d'indemnisation particulier a été citée plusieurs fois tant par des autorités contractantes que des entreprises. Une entreprise a émis l'idée d'un fonds d'indemnisation financé

¹⁸ V. également S. IBANES, C. CROS, « Innovation contractuelle : comment tenir compte de la crise sanitaire dans les nouveaux contrats », *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 18^e rencontres de droit et de procédure administrative, 27 novembre 2020.

par différentes personnes publiques, l'État, et les entreprises. Lorsqu'il est prouvé que la crise sanitaire est à l'origine des surcoûts, un minimum est assumé par l'entreprise, puis le maître d'ouvrage prend en charge une partie et enfin ce fonds d'indemnisation. Cela permettrait un meilleur partage des surcoûts. Surtout, les seuils ne seraient pas les mêmes d'une entreprise à l'autre. Une limite peut être acceptable pour l'une mais pas pour l'autre. Elle propose également que l'article relatif à la modification des contrats fasse référence à des seuils ou des natures de coûts plutôt qu'à la notion de bouleversement.

Il a été mentionné par une entreprise qu'il vaudrait mieux simplifier le droit plutôt que le faire évoluer. Dans le même sens, un avocat dénonce l'effet papillon des modifications du droit.

88. Clauses générales. Plusieurs entreprises souhaitent généraliser des moments d'échanges entre les contractants. Cela peut passer par la clause de réexamen.

Une autorité contractante reconnaît que la crise sanitaire peut conduire à revoir et adapter leurs clauses générales. Selon elle, ces clauses permettent d'agir avec souplesse mais il faudrait réduire les risques d'incertitude.

Plusieurs entreprises souhaitent voir inscrite l'interdiction de l'ordre de service à prix 0 dans le futur CCAG pour qu'elles aient le droit de ne pas intervenir tant qu'elles n'ont pas un ordre de service qui rémunère de façon correcte les futures prestations.

89. Jurisprudence. Une entreprise souhaite que le juge ait plus de latitude au regard de l'équité. Elle propose également qu'au lieu d'une réforme des textes positifs, il puisse y avoir une jurisprudence qui guiderait dans la pandémie selon la technique du précédent. Un avocat met toutefois en garde sur l'évolution de la jurisprudence : selon lui, « *le juge forge une boîte à outils qui évolue tout le temps* », nuisant à la prévisibilité du droit.

Du côté des entreprises, deux types de jurisprudences seraient à revoir :

- **L'effet de la réception** : Des maîtres d'ouvrages ne notifient pas le décompte général, empêchant ainsi le paiement des sommes à l'entreprise.
- **L'effet du prix global et forfaitaire** : Le maître de l'ouvrage n'est pas le seul intermédiaire. Sur la jurisprudence *Haute-Normandie*¹⁹ (dont le résultat est calamiteux pour un avocat), les entreprises pâtissent de la jurisprudence du Conseil d'État qui n'expose pas les faits, empêchant ainsi les entreprises de comprendre pourquoi les réclamations ont été rejetées. Un avocat renchérit sur la pyramidalisation du droit : il regrette que les juridictions administratives du fond ne fassent pas davantage preuve de la puissance créatrice que peuvent avoir les juridictions civiles.

Les maîtres d'œuvre pâtissent de la différence de traitement par le droit vis-à-vis des entreprises de travaux. Ils dénoncent la jurisprudence *Babel*²⁰ sur la prolongation des délais. Ils ont les mêmes problématiques que les entreprises de travaux mais ne disposent pas des mêmes outils.

¹⁹ CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917.

²⁰ CE, 29 septembre 2010, *Babel*, n° 319481. Cette jurisprudence encadre la rémunération des missions supplémentaires du maître d'œuvre. Sa rémunération est forfaitaire et « seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération ».

90. Théorie de l'imprévision. Pour des entreprises et un avocat, c'est un référentiel d'appréciation dans l'espace et le temps qui est souhaité. Cette même base d'appréciation espace-temps serait, selon un avocat, la bienvenue pour apprécier le bouleversement du contrat.

Une entreprise souhaite voir une validation jurisprudentielle de la notion d'imprévision sanitaire.

91. Remarques générales sur les acteurs du droit des contrats publics.

Autorités contractantes. Une entreprise note qu'ailleurs en Europe il est possible de raisonner sur la règle de droit la plus profitable et non la plus applicable. Elle regrette les préjugés de l'administration sur les entreprises. Malgré les souhaits de flexibilité développés en amont, une autorité contractante considère qu'il est trop tôt pour assouplir davantage. Il faut que les organisations publiques gagnent en maturité. Pour cela, le métier d'acheteur doit évoluer sur ses capacités de compréhension du modèle économique et du coût global.

Juge administratif. Le rôle du juge administratif dans la sortie de la crise peut être salutaire pour certains comme cela a été vu. Des entreprises et des avocats constatent que le juge administratif ne semble pas avoir conscience des enjeux propres aux entreprises. Une entreprise pense même qu'il ne faudrait avoir plus qu'un seul tribunal, avec des chambres différentes. Plusieurs interviewés constatent le déséquilibre d'une affaire traitée devant le juge administratif et une affaire traitée devant le juge judiciaire. Beaucoup d'entreprises pensent que le juge administratif, parfois même l'administration plus généralement, n'a pas conscience de la réalité d'une entreprise. Pour un avocat, le juge administratif n'est pas à l'écoute des opérateurs économiques.

Universitaires. Selon les dires de l'autorité contractante citée en amont, le métier d'acheteur public doit évoluer. Le métier de l'achat n'est pas suffisamment développé. Il est porté par l'équipe technique ou le juriste, mais pas il manque des acheteurs qui eux ont une formation du management du risque et de compréhension de la relation économique. Il faudrait faire évoluer les formations. Il manque une facette aux étudiants qui font un Master Commande publique, celle de l'analyse de l'achat. Il faut savoir comment analyser un coût, connaître sa structure, les risques économiques.

PARTIE II

Droit public – Résultats du questionnaire en ligne – Enquête quantitative

92. Sommaire de la partie.

I – Généralités

II – La suspension du contrat

- A – Formalisation de la suspension
- B – Indemnisation de la suspension
- C – Pénalités liées à la suspension

III – La résiliation du contrat

- A – Constat du faible nombre de résiliations
- B – Formalisation de la résiliation
- C – Indemnisation de la résiliation

IV – Exécution dégradée

- A – Les surcoûts liés à l'exécution dégradée
- B – L'adaptation des contrats publics
 - 1. *Les délais d'exécution*
 - 2. *La modification du contrat*
- C – Avances

V – Mise en concurrence

- A – Procédures lancées avant le premier confinement
- B – Procédures lancées après le premier confinement

VI – Contentieux et précontentieux

VII – Bilan demandé aux participants

93. Méthodologie. L'enquête quantitative a été réalisée à partir d'un questionnaire en ligne comportant 101 questions. Ce questionnaire, réalisé grâce au logiciel LimeSurvey, a été diffusé à compter du mardi 17 novembre via différents canaux. La Chaire a ainsi constitué un *listing* des personnes potentiellement intéressées pour répondre à ses questionnaires via LinkedIn (Chaire de droit des contrats publics) et Twitter (@chairedcp). Par ailleurs, plusieurs organismes (Fédération Nationale des Travaux publics, de la Fédération des Entreprises Publiques Locales, de l'Association Nationale des Juristes Territoriaux et de France Urbaine) ont diffusé le questionnaire parmi les juristes membres de ces organismes, comprenant tout à la fois des autorités contractantes, des entreprises intéressées par la commande publique et des structures de conseil juridique.

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. Il est prévu de développer encore davantage le

réseau à l'avenir, notamment via le nouveau site internet de la Chaire (<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>)

Le questionnaire – annexé à la fin de ce rapport avec les propositions de réponses – a été clôturé le 6 décembre. Il a donc été ouvert durant une période de vingt jours.

Les participants à l'enquête étaient informés que les réponses aux questions étaient anonymes – ils n'avaient d'ailleurs pas à indiquer leur identité ni leur affiliation – un simple numéro leur était attribué par le logiciel. Un glossaire succinct était à leur disposition en début de questionnaire 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 SEM et des SPL par exemple).

Il faut ici préciser que certaines questions appelaient à une réponse selon des propositions préexistantes, le participant devant cocher celle lui convenant, alors que d'autres permettaient une réponse écrite. On peut regretter que pour ces dernières, le numéro du participant apparaisse alors qu'il était impossible de retracer ce numéro pour les réponses aux questions à réponse « à cocher ». Le fait de savoir, par numéro de participant, l'ensemble de ses réponses pourrait, à l'avenir, être un outil précieux, ne serait-ce que pour connaître, *a minima*, la nature organique du participant qui se cache derrière chaque numéro. Il ne semble pas que cela puisse faire peser un quelconque risque sur le principe de l'anonymat.

94. Présentation du questionnaire. Sur le questionnaire en lui-même, celui-ci était subdivisé en plusieurs parties :

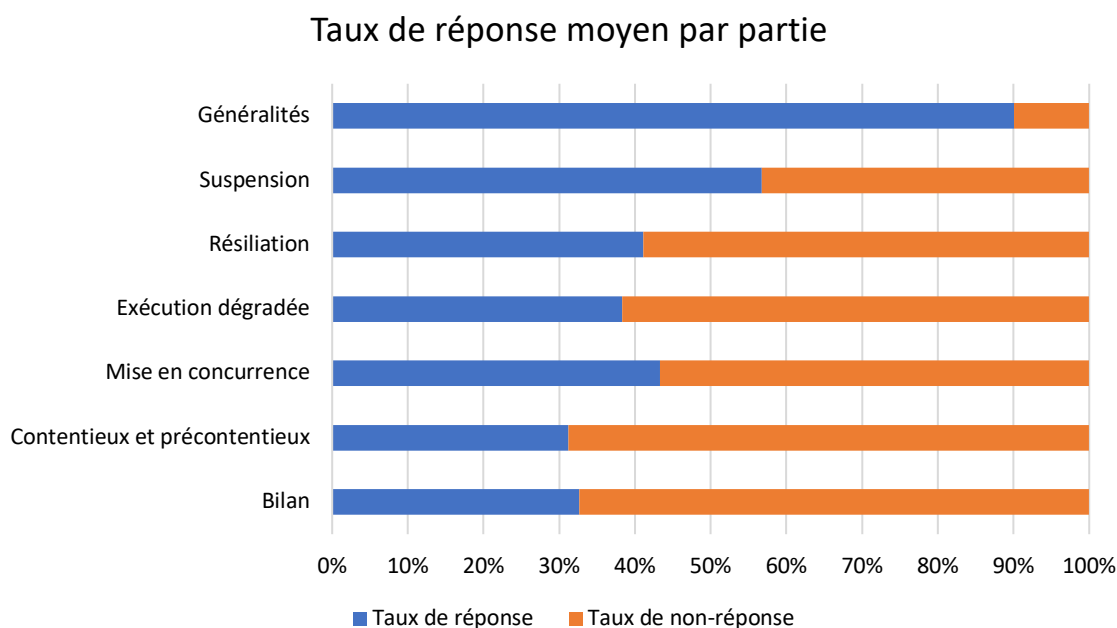
- 1/ Généralités ;
- 2/ Suspension ;
- 3/ Résiliation ;
- 4/ Exécution dégradée ;
- 5/ Mise en concurrence ;
- 6/ Contentieux et précontentieux ;
- 7/ Bilan et évolution du droit.

Il a été conçu en la forme d'une arborescence. Dès lors, certaines questions n'étaient accessibles qu'à la condition d'avoir fourni une certaine réponse à la question précédente, ce qui explique que les participants n'aient pas nécessairement été invités à répondre à toutes les questions. Cependant, ils ne pouvaient en principe passer à la question suivante sans avoir répondu à la question précédente – la plupart des questions ayant été rendues obligatoires –, ce qui peut expliquer une différence significative entre le nombre de réponses à la première question – 141 – et le nombre de réponses à la dernière question – 59. Il conviendra de réévaluer cette exigence à l'avenir à la lumière de cette donnée, comme envisager éventuellement la réduction du nombre de questions posées.

95. Statistiques générales. L'analyse des réponses apportées par les participants témoigne d'un taux de réponse satisfaisant et de nature à tirer des conclusions bien étayées. La grande diversité des questions explique, par ailleurs, une grande variabilité dans le taux de réponse. Dès lors, un taux de réponse faible à certaines questions doit souvent s'analyser comme un biais statistique lié à des questions qui n'ont pas connu une vaste application pratique. Une autre explication se trouve sans doute dans la diversité des profils des participants.

Le graphique ci-après synthétise le nombre moyen de réponses par parties du questionnaire (obtenu par la somme du nombre de réponses par question nécessairement affichée [donc sans tenir compte des sous-questions seulement accessibles en fonction d'une réponse donnée] divisé par le nombre de questions et arrondi à l'unité).

Taux de réponse moyen par partie du questionnaire au regard du nombre de participants ayant répondu à au moins une question :



I. Généralités

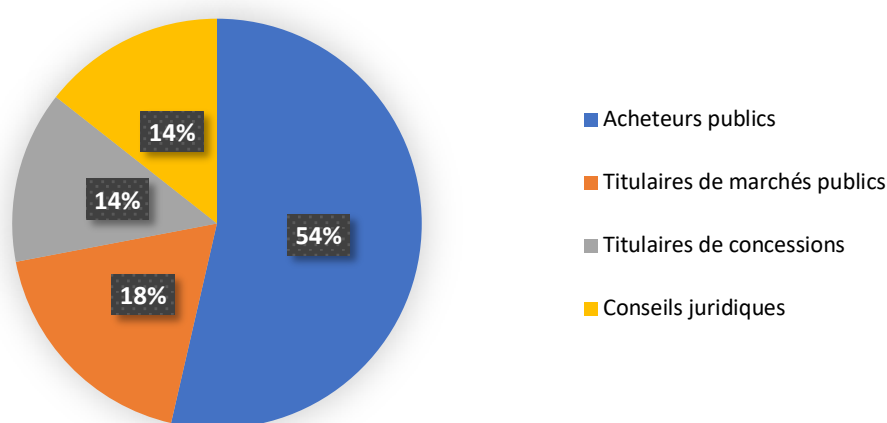
Résumé d'étape n°1

Le panel de l'enquête est varié. Si 188 personnes ont ouvert le questionnaire, seuls 141 ont répondu à au moins une question et cette première partie est celle qui obtient le meilleur taux de réponses. Plus particulièrement, le panel offre une réelle diversité dans les profils des participants et les contrats concernés. Sur les participants, une majorité (54 %) sont des autorités contractantes, 32 % sont des titulaires de marchés publics ou de concessions et enfin, 14 % sont des conseils juridiques. Sur les contrats, la tendance est plus nette encore en faveur des marchés publics puisque 84 % des participants étaient partie à au moins un marché public. Du reste, 15 % des participants étaient partie à une concession et 1 % à un marché de partenariat.

96. Au regard des questions générales, auxquelles une moyenne de 127 participants ont répondu, il est possible d'affirmer que l'enquête repose sur un échantillon diversifié et donc révélateur des différents types d'acteurs de la commande publique. De la même manière, le panel de contrats concernés par l'enquête est suffisamment étendu pour qu'une vision d'ensemble puisse être proposée.

97. **Par profils.** Sur les 141 participants ayant répondu à au moins une question de la partie « Généralités », seuls 125 ont précisé leur profil. La répartition générale fait apparaître un équilibre général entre les différents acteurs. Ainsi, sur 125, 67 sont des acheteurs publics (à noter qu'aucune autorité contractante n'a répondu sous l'étiquette « autorité concédante »), dont 65 pouvoirs adjudicateurs et 2 entités adjudicatrices, 40 sont titulaires de contrats publics, dont 23 de marchés publics et 17 de concessions et 18 sont conseils juridiques (avocats ou sociétés de conseils).

Répartition des profils des participants



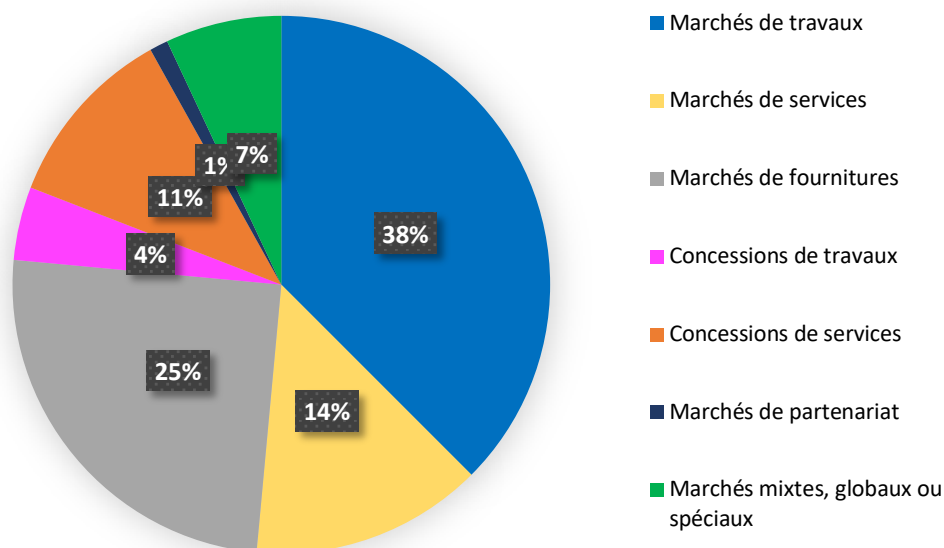
Cette diversité générale se décline au particulier. Ainsi, concernant les autorités contractantes, ont répondu au questionnaire les juristes de 9 communes, 2 départements, 1 région, 12 établissements publics de coopération intercommunale, 1 groupement d'intérêt public, 12 établissements publics hors EPCI, 2 services de l'État rattachés à deux ministères différents, 41

sociétés à capitaux publics (SEM, SPL, SA HLM, ESH...) dont certaines alternativement en position d'autorité contractante et de titulaire et des organismes privés en charge de missions de service public ou d'intérêt général (sans précisions supplémentaires apportées par les participants). On peut regretter qu'aucun hôpital n'ait répondu au questionnaire tant la connaissance de leurs pratiques eut probablement été riche en enseignements face à une crise sanitaire, mais peut-être la crise sanitaire explique-t-elle précisément cette absence de réponse, tous les services des hôpitaux y compris les services juridiques étant mobilisés à temps plein. Par ailleurs, au rang des titulaires de marchés publics ou de concessions, la même hétérogénéité peut être observée, avec des entreprises de tailles diverses et, pour les marchés soumis à la distinction des fonctions de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre, des entrepreneurs de travaux et des maîtres d'œuvre.

Pour terminer, il faut souligner que la diversité se retrouve également dans la taille des organismes concernés et dans l'expérience des personnes ayant répondu au questionnaire. Sur la taille, 45,6 % des participants représentent des organismes de plus de 500 personnes, 23,2 % des structures de moins de 500 personnes et 31,2 % de moins de 50 personnes. Si l'existence d'une majorité relative de grandes structures s'explique par la présence d'une majorité d'acheteurs publics parmi les participants, le fait que l'on constate un équilibre entre les deux autres catégories de structure assure à son tour une certaine hétérogénéité de l'échantillon. Enfin, sur l'expérience des participants, un constat analogue peut être dressé : 59,68 % d'entre eux présentent une expérience supérieure à 10 ans dans la commande publique, 24,19 % entre 5 et 10 ans et 16,13 % inférieure à 5 ans.

98. Par formes contractuelles. L'étude a, ici encore, permis de toucher un large panel de contrats de la commande publique. Étant entendu que les participants pouvaient donner plusieurs réponses à la question de savoir quel était l'objet des contrats touchés par des difficultés d'exécution liées à la pandémie, on retrouve naturellement une grande diversité de contrats. Plus précisément, les marchés publics sont majoritaires puisqu'ils représentent 84 % du panel (38 % de marchés de travaux, 25 % de marchés de fournitures, 14 % de marchés de services et 7 % de marchés mixtes, globaux ou spéciaux). Les concessions forment le second contingent, représentant 15 % des réponses, avec 11 % pour les concessions de services et 4 % pour les concessions de travaux. Enfin, 3 des participants ont mentionné qu'un marché de partenariat avait été touché, soit 1 % de l'ensemble.

Répartition des formes contractuelles



Du reste, l'échantillon comporte tout à la fois des contrats administratifs et des contrats privés de la commande publique. Sur l'ensemble des participants, 66,4 % sont exclusivement parties à des contrats administratifs, 11,2 % exclusivement à des contrats de droit privé et 22,4 % sont alternativement parties à des contrats administratifs et à des contrats privés.

Enfin, il convient de préciser que par rapport à un sondage classique dans lequel l'institut de sondage détermine un échantillon représentatif, nous avons procédé de manière spontanée par appel au volontariat. Il s'avère néanmoins que le panel qui en a résulté semble assez représentatif de la réalité des juristes qui appliquent les règles de droit des contrats publics : il ne fait guère de doute que la plupart des juristes sont davantage concernés par les règles relatives aux marchés publics que par celles relatives aux concessions compte tenu du nombre de marchés publics. Quant à la répartition entre juristes des autorités contractantes et juristes des entreprises titulaires d'un contrat de la commande publique, il est également probable qu'il y a plus de juristes spécialisés au sein des services de la commande publique puisqu'on en trouve dans à peu près toutes les autorités contractantes alors qu'on n'en trouve certainement pas dans les petites entreprises répondant aux contrats de la commande publique.

II. La suspension du contrat

Résumé d'étape n°2

La crise sanitaire a mis en lumière une lacune du droit et de la pratique des contrats publics en ce que la question de la suspension des contrats publics n'était tout simplement pas saisie par le droit textuel et jurisprudentiel et peu envisagée par la pratique contractuelle (CCAG notamment). La raison de cette absence tient, probablement, au caractère profondément antinomique de l'idée de suspension avec l'identité inhérente aux contrats publics, ces derniers étant nourris du principe de continuité du service public.

Pourtant, les suspensions contractuelles ont bien eu lieu. Les proportions sont notables puisqu'au moins deux tiers des participants ont indiqué qu'au moins l'un de leurs contrats avait été suspendu. Cependant, pour les cas où une suspension a eu lieu, trois enseignements majeurs ressortent. D'abord, les acteurs de la commande publique semblent s'être trouvés généralement dépourvus de fondement juridique adapté justifiant une suspension de l'exécution du contrat. Il n'est donc pas étonnant de constater une grande diversité dans les fondements allégués, tantôt contractuels (notamment l'article 49.1 du CCAG), tantôt extracontractuels (mais avec une incertitude des participants quant à la certitude de ces derniers fondements).

Ensuite, la question des conséquences économiques d'une suspension témoigne encore de profondes lacunes du droit des contrats publics en la matière. Si dans la majeure partie des cas, aucune pénalité n'a été retenue à l'encontre des titulaires, la question de l'indemnisation des frais liés à la suspension (gardiennage de chantiers, entretiens divers, maintenance...) a fait l'objet de traitements pratiques particulièrement disparates. Là encore, l'absence de fondement juridique clair d'une éventuelle indemnisation est symptomatique des lacunes du droit des contrats publics. Parfois, les contractants ont tenté de déployer toutes les potentialités des clauses contractuelles, en particulier du CCAG travaux, en proposant des interprétations très extensives de ses clauses. D'autres fois, ce sont les mécanismes objectifs tirés de la théorie générale des contrats administratifs qui ont été mobilisés : théorie de l'imprévision, sujétions imprévues, fait du prince, force majeure. Or, cela a été dit, ces théories ont précisément été construites autour de l'idée de continuité et sont, chacune pour différentes raisons, toutes inadaptées.

Enfin, le constat de l'insuffisance de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 peut être dressé. La question des suspensions y est traitée à la marge et certaines difficultés d'interprétation naissent de ses dispositions afférentes à la suspension, ce qui tend à expliquer son utilisation mesurée par les acteurs de la commande publique.

Dès lors, l'expérience de la crise sanitaire consécutive à la pandémie de Covid-19 montre qu'il est nécessaire de penser un corpus de règles juridiques visant à prévoir les éventuelles suspensions de contrats, ce que n'a pas édicté la loi ASAP.

99. Données. La variabilité du taux de réponse aux questions de cette partie s'explique principalement par la spécificité de certaines questions qui ne concernaient pas nécessairement tous les participants. On constate néanmoins une baisse structurelle du taux de réponse à compter des questions relatives à l'application de l'ordonnance du 25 mars 2020 ce qui, cela sera précisé, s'explique par un recours très mesuré aux dispositions de l'ordonnance sur la suspension.

Légende :

- En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.
- En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.

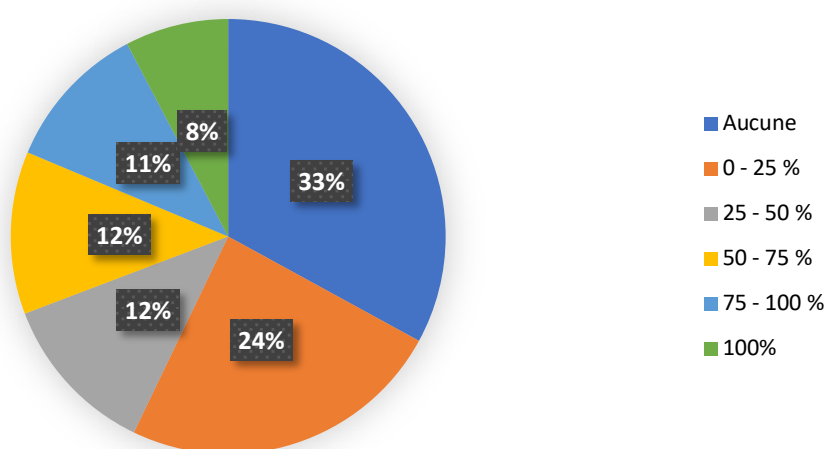
QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Les suspensions de droit ont pris quelle forme juridique ?	94	47	66, 7 %
Vos contrats publics ont-ils fait l'objet d'une suspension de fait ?	91	50	64, 5 %
Quelle proportion approximative de vos marchés / concessions a fait l'objet de suspension de droit ?	91	50	64, 5 %
Combien de temps a duré la suspension de vos contrats ?	94	47	66, 7 %
En combien de temps la suspension formelle a-t-elle été généralement adoptée ?	85	56	60, 3 %
A-t-il été fait des constats de prestations déjà réalisées en cas de suspension de contrat ?	87	54	61, 7 %
<i>Dans la positive, avez-vous rencontré des difficultés dans la mise en œuvre de ces constats ?</i>	<i>28</i>	<i>113</i>	<i>19, 9 %</i>
Avez-vous du apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement ?	25	116	17, 7 %
<i>Si oui, avez-vous eu des difficultés à prouver l'impossibilité d'exécuter temporairement ?</i>	<i>8</i>	<i>133</i>	<i>5, 7 %</i>
Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de la suspension ?	94	47	66, 7 %
Des pénalités de retard ont-elles été prononcées ou sont-elles envisagées au titre de la suspension ?	90	51	63, 8 %
Quels sont les fondements juridiques à l'indemnisation des surcoûts liés à la suspension ?	94	47	66, 7 %
Avez-vous eu recours à l'article 6 4° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?	81	60	57, 4 %
<i>Si oui, pour quels marchés ?</i>	<i>21</i>	<i>20</i>	<i>14, 9 %</i>
<i>Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontrées pour cet article 6 4° ?</i>	<i>21</i>	<i>20</i>	<i>14, 9 %</i>
Avez-vous eu recours à l'article 6 5° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?	25	116	17, 7 %
<i>Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontrées pour cet article 6 5° ?</i>	<i>8</i>	<i>133</i>	<i>5, 7 %</i>
<i>L'expression de la « hauteur des besoins » (6 5°) est-elle effectuée au regard du seul contrat ou de la situation générale de trésorerie du titulaire ?</i>	<i>8</i>	<i>133</i>	<i>5, 7 %</i>

A. Formalisation de la suspension

100. Taux de contrats suspendus. Afin de se rendre compte non seulement de l'intensité du phénomène des suspensions contractuelles, mais encore de sa teneur, deux questions quantitatives étaient posées aux participants. Une première relative aux suspensions de droit, intervenues après un acte formel de suspension, une seconde relative aux suspensions de fait, intervenues, dans un premier temps, sans qu'aucun acte formel ne vienne les acter. Pour les deux questions, 91 participants ont répondu et l'on constate des réponses globalement similaires.

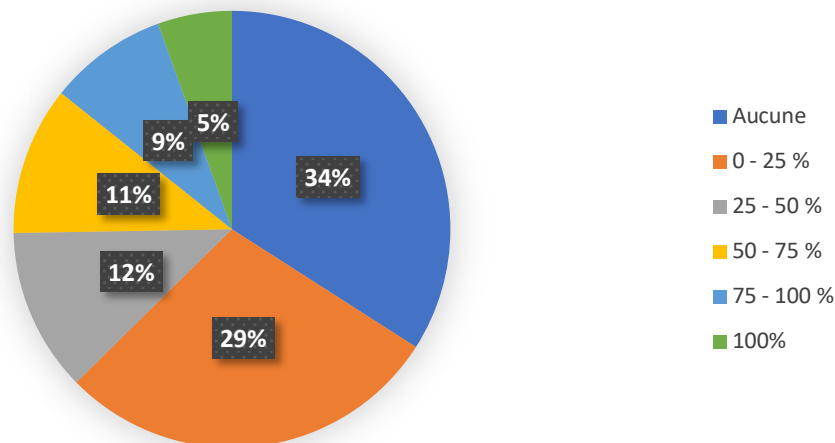
- **Suspensions de droit** : sur les 91 participants ayant répondu à la question, on note que 30, soit un tiers, affirment qu'aucune suspension de droit n'est intervenue (donc qui n'ont connu que des suspensions de fait ou aucune suspension). Par ailleurs, 22 des répondants estiment la part de leurs contrats concernés par une suspension de droit entre 0 et 25 %, 11 entre 25 et 50 %, 11 entre 50 et 75 %, 10 entre 75 et 100 % et 7 affirment que la totalité de leurs contrats ont été suspendus de droit. Ce dernier chiffre est, naturellement à relativiser, certains participants ayant parfaitement pu n'être titulaires que d'un seul contrat. Si celui-ci a effectivement été suspendu, cela explique ce type de réponse. Les proportions peuvent se représenter selon le graphique suivant.

Suspensions de droit



- **Suspensions de fait** : les chiffres sur les suspensions de fait sont globalement similaires à ceux relatifs aux suspensions de droit. Ainsi, sur 91 réponses, 31 participants n'ont pas connu de suspension de fait. Sur les 60 participants ayant connu au moins une suspension de fait, 26 estiment la proportion des contrats touchés entre 0 et 25 %, 11 entre 25 et 50 %, 10 entre 50 et 75 %, 8 entre 75 et 100 % et 5 à 100 %. L'intensité de ces suspensions de fait, qui sont des anomalies dans un rapport contractuel, s'explique sans doute par un effet de sidération face à la nature tout à fait inédite de la crise sanitaire et à ses conséquences pratiques absolument imprévisibles, en particulier le confinement, mais aussi, dans une certaine mesure, par l'inertie de certaines autorités contractantes. Ces proportions sont résumées dans le graphique suivant.

Suspensions de fait



101. Bilan des suspensions de droit et de fait. Les chiffres ainsi récoltés démontrent que les suspensions contractuelles ont concerné une majorité des participants mais une minorité des contrats publics concernés. En effet, 75 % des participants mentionnent des suspensions de fait pour 0 à 50 % de leurs contrats et 69 % mentionnent des suspensions de droit pour 0 à 50 % de leurs contrats. Ceci n'est pas surprenant : quand bien même la suspension est par nature provisoire, elle constitue tout de même une cessation de l'exécution du contrat public ce qui peut entraîner des conséquences dommageables certaines en particulier sur la continuité du service public. Cette considération se retrouve dans certaines réponses fournies par les participants. Ainsi, il est parfois précisé, s'agissant des concessions de services publics ou des marchés publics de services essentiels qu'aucune suspension n'a été envisagée. En revanche, on constate que les suspensions ont été plus fréquentes concernant les marchés de fournitures ou les marchés de travaux. Ici encore, cela ne surprend pas : les contrats concernés sont ceux dont l'exécution a été temporairement impossible, y compris dans des conditions dégradées, soit que les circuits d'approvisionnement aient été coupés, soit que les contraintes sanitaires n'aient pas permis, dans un premier temps, la poursuite des chantiers. Enfin, certaines réponses font état d'une différence entre le premier et le deuxième confinement, ce dernier ayant manifestement été le siège d'un nombre très inférieur de suspensions ce qui peut s'expliquer par le caractère moins strict de ce confinement et l'expérience du premier confinement d'une exécution avec adaptations.

102. Fondements de la suspension. La première question posée aux participants était de savoir selon quelle forme juridique avait été actée la suspension. Trois réponses leur étaient proposées mais ils avaient également la possibilité d'en proposer une autre en la précisant. Cette option, utilisée par 23 participants sur 94, a souvent été l'occasion pour eux de préciser les motifs de fait de la suspension et non pas la forme juridique qu'elle a prise, voire d'affirmer que les suspensions avaient été soit minoritaires soit simplement inexistantes. Il faut par ailleurs préciser que les participants avaient ici la possibilité de répondre par plusieurs propositions. Globalement, les trois propositions ont représenté la grande majorité des réponses apportées :

- ***Décision de l'autorité contractante de suspendre spontanément :*** cette proposition a recueilli 39 réponses sur 94, ce qui témoigne que la pratique s'est, dans une mesure non

négligeable, orientée dans ce sens. Les précisions apportées par certains participants montrent que cette suspension par un acte de l'autorité contractante a le plus souvent concerné les marchés publics de travaux. Sans doute la stipulation de l'article 49.1 du CCAG travaux permettant à l'acheteur d'ajourner les travaux a-t-elle facilité les choses en offrant un cadre contractuel à la suspension. Cette décision a pris la forme d'un ordre de service dont les modalités de notification ont pu varier : de la lettre recommandée avec accusé de réception au « simple mail ». Il faut aussi noter que dans un certain nombre de cas, un tel ordre de service a été sollicité par l'entreprise puis accordé par l'acheteur, ce qui montre bien que cette suspension n'a pas toujours été réellement spontanée. Néanmoins, il ressort des réponses apportées que les acheteurs n'ont pas toujours accepté de suspendre l'exécution en en assumant les conséquences financières. L'un d'entre eux précise d'ailleurs : « *presque toutes nos entreprises de travaux nous ont signalé être en incapacité de poursuivre l'exécution du fait du confinement et des mesures sanitaires. Elles nous ont demandé un arrêt de chantier, ce que nous n'avons pas accepté, nous (maître d'ouvrage) n'ayant pas été à l'origine de l'arrêt d'activité* ». Cette réponse est symptomatique d'une inadaptation de l'article 49.1 du CCAG travaux à la situation et d'une certaine crainte des acheteurs de devoir tout indemniser sur ce fondement conformément à l'article 49.1.1 du CCAG.

- ***Suspension par le titulaire pour impossibilité d'exécuter*** : cette solution fait l'objet du plus grand nombre de réponses, à savoir 52 sur 94. Ici aussi, il est à noter que l'initiative a été d'origines diverses. Tantôt, vraisemblablement dans la grande majorité des cas, ce sont les entreprises elles-mêmes qui ont notifié les autorités contractantes de l'impossibilité d'exécuter, tantôt les autorités contractantes ont demandé à leurs cocontractants de leur notifier de pareille impossibilité afin d'éviter la qualification d'ajournement au sens de l'article 49.1 du CCAG.
- ***Suspension par l'autorité contractante après constat de l'inexécution*** : 7 participants sur 94 affirment enfin que la suspension a eu lieu à la suite du constat de l'inexécution par l'autorité contractante sans que celle-ci en ait été informée par le cocontractant.

103. Moment de la suspension formelle. À la question de savoir après combien de temps la suspension formelle avait été adoptée consécutivement à l'apparition de l'impossibilité d'exécuter, il ressort une diversité particulièrement importante. 85 participants ont répondu à cette question et il est difficile de proposer une véritable synthèse tant les réponses sont parfois approximatives. L'écart constaté est très important, allant de l'immédiateté de l'acte de suspension à 180 jours (cette réponse apparaît excessive). Face à cela, il est apparu opportun de classer les réponses en fonction de périodes de temps permettant de donner un ordre d'idée :

- ***Suspension actée sous 48 heures*** : 21 réponses.
- ***Suspension actée sous une semaine*** : 19 réponses.
- ***Suspension actée sous quinzaine*** : 15 réponses.
- ***Suspension actée plus de quinze jours après apparition de l'impossibilité d'exécuter*** : 9 réponses

104. De la diversité des situations ainsi rencontrées, tant en ce qui concerne la forme de la suspension, son initiative ou le délai d'édition d'un acte formel de suspension, un enseignement majeur peut être tiré : les contrats n'étaient pas adaptés pour faire face à une telle situation.

Si la contractualisation de l'imprévu tend à se déployer dans les contrats publics, la situation selon laquelle un contrat pourrait être amené à voir son exécution momentanément interrompue n'est tout simplement pas envisagée dans les contrats, à l'exception notable de l'ajournement de l'article 49.1. du CCAG travaux et de l'interruption de l'article 49.2 du même CCAG. Toutefois, si le premier a pu être mobilisé dans le cadre de la pandémie, il est clair qu'il n'était pas véritablement adapté à une situation telle que la pandémie et ses conséquences en ce qu'il n'a été utilisé, vraisemblablement, que par certaines autorités contractantes mais non celles qui estimaient ne pas devoir assumer les conséquences financières de la situation. Quant au second, il n'était pas applicable puisque ne concernant que le cas du non-paiement de deux acomptes successifs.

105. La preuve de la nécessité de la suspension. Sur les 25 entreprises ayant répondu à la question de savoir si elles avaient dû apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter, 17 ont répondu non, soit environ les deux tiers. L'échantillon est ici trop faible pour en tirer des conclusions certaines, mais cette proportion laisse à penser qu'une part non négligeable d'acheteurs publics ou d'autorités concédantes ont fait preuve d'une certaine mansuétude vis-à-vis des entreprises leur ayant notifié l'impossibilité d'exécuter. Le questionnaire ne permettait pas de connaître la nature de ces autorités contractantes, mais l'étude qualitative mentionnait davantage les grands acheteurs publics de l'État ou ses opérateurs publics comme étant ceux ayant fait preuve de la plus grande mansuétude.

À l'inverse, sur les 8 participants ayant indiqué qu'ils ont dû apporter une telle preuve, tous précisent qu'ils ont éprouvé des difficultés à l'apporter. Deux interprétations sont possibles. D'une part, on peut penser que les autorités contractantes ont véritablement fait montre d'une certaine réticence à la suspension et ont cherché à faire peser sur leur cocontractant la charge de la suspension, ce qui s'est en pratique passé, l'enquête qualitative l'ayant révélé. D'autre part, il est aussi envisageable que certains opérateurs économiques se soient trouvés en difficulté d'apporter une telle preuve dans un pareil contexte, estimant qu'il n'y avait pas lieu de le démontrer ou qu'ils étaient dans leur bon droit de demander une telle suspension. Là encore, la situation s'est également rencontrée en pratique ainsi qu'il résulte de l'étude qualitative où certaines collectivités se révèlent tatillonnes.

106. La cristallisation des prestations réalisées avant suspension. L'enquête a par ailleurs fait apparaître qu'une minorité de suspensions avaient conduit à des constats de prestations déjà réalisées. En effet, sur les 87 participants ayant répondu à la question de savoir si de pareils constats avaient été réalisés en cas de suspension, seuls 28 ont répondu par l'affirmative, 59 ayant répondu par la négative. Sur ces 28 participants ayant procédé à pareils constats, 11 déclarent avoir connu des difficultés de toutes natures dans leur établissement.

107. Durée de la suspension. La durée de la suspension a été variable et témoigne à nouveau d'une déconnexion entre suspension et confinement. En effet, sur les 94 personnes ayant répondu, 47, soit la moitié, affirment que la suspension a duré moins longtemps que le premier confinement qui, pour rappel, s'est étendu du 16 mars au 11 mai 2020, ce qui s'explique par l'assouplissement progressif des mesures gouvernementales autant que par la prise en main du problème par les différents secteurs d'activités – l'on pense notamment à la parution le 10 avril 2020 du guide pratique de l'OPPBT.

Pour le reste, 27 participants affirment que la suspension a duré le temps du confinement à une semaine près et 19 plus de temps que le premier confinement.

B. Indemnisation de la suspension

108. Indemnisation non automatique de la suspension. L'indemnisation du cocontractant pour les surcoûts occasionnés par la suspension du contrat n'a pas été un réflexe des autorités contractantes, loin s'en faut. À la question de savoir quels préjudices avaient été indemnisés, sur 94, 45 ont répondu qu'aucune indemnisation n'était envisagée, soit près de la moitié. D'emblée, il convient de relativiser ce chiffre. Si des comportements particulièrement réticents de la part des autorités contractantes ont effectivement été rapportés dans le questionnaire, d'autres réponses précisent bien que des négociations sont toujours en cours ou que la nature des obligations contractuelles de l'entreprise ne suppose pas d'indemnisation pour suspension, ces prestations pouvant être déplacées, programmées ultérieurement. Ces deux éléments sont à prendre en considération dans l'interprétation des chiffres.

109. Indemnisations diverses. Naturellement, la grande majorité des indemnisations a porté sur des frais liés à l'immobilisation de l'exécution du contrat. La question, à laquelle les participants avaient la possibilité de répondre librement, a donné lieu à de nombreuses réponses qu'il faut vraisemblablement écarter car ne portant pas sur l'indemnisation de la suspension elle-même, mais davantage sur des préjudices liés à l'exécution dégradée qui seront étudiés plus loin. Ainsi, par exemple, nombreux participants mentionnent une indemnisation des frais liés à la mise en place des protocoles sanitaires sur les lieux d'exécution du contrat ou à l'achat d'équipements de protection individuels, tout autant de poste de préjudices qui n'ont pas de lien de causalité avec la suspension. Il y a en pratique, semble-t-il, une confusion fréquente entre suspension et exécution dégradée sur la question des indemnisations. En réalité, le questionnaire a fait apparaître des postes d'indemnisation variés concernant ces immobilisations, tels que :

- **Frais de garde ou de surveillance** : ceux-là ont été abondamment cités, par 31 participants sur 94. Dans la plupart des cas, il s'est agi de frais liés au gardiennage ou de mise en sécurité des chantiers en cours qui ont été laissés en l'état. À noter que ces frais ont pu concerner non seulement les chantiers eux-mêmes, les bases de vie et autres constructions modulaires mais encore les engins et matériels, immobilisés sur chantier dans certains cas.
- **Frais d'entretien ou de maintenance** : 18 participants sur 94 ont répondu que de tels frais avaient été indemnisés.
- **Frais fixes** : 1 participant a répondu que les frais fixes avaient été indemnisés, sans précision.
- **Frais de démobilisation et de remobilisation du matériel** : là encore, 2 réponses font état d'indemnisation des frais liés à la démobilisation du matériel d'un chantier et à leur remobilisation lors de la reprise. Ces frais sont directement imputables à la suspension. On note que la plupart du temps, les contractants ont préféré immobiliser les ressources affectées à l'exécution plutôt que les démobiliser et remobiliser à l'issue de la crise.
- **Autres** : d'autres participants mentionnent d'autres frais indemnisés. 3 participants mentionnent des frais de transport indemnisés, 1 autre du non-remboursement de l'avance

à titre d'indemnisation pour des manifestations annulées. Enfin, 7 participants ne précisent pas, mentionnant « *variable selon les clients* », « *au cas par cas* » ou généralement « *frais divers* ».

110. Diversité des fondements juridiques de l'indemnisation. L'une des questions portait sur les fondements juridiques de l'indemnisation de la suspension. Sans doute fait-elle partie de celles qui auront été les plus instructives. Deux réponses étaient proposées aux participants en sachant qu'il leur était loisible de répondre aux deux si d'aventure ils avaient rencontré plusieurs situations pour lesquelles le fondement juridique de l'indemnisation avait été différent. Les deux réponses étaient « *Clauses contractuelles* » et « *Autres* », la première ayant recueilli 39 voix, la seconde 62. Il est à noter que les réponses concernent à la fois les fondements retenus par les parties et les fondements invoqués par une partie. Il est possible de regrouper les réponses selon deux ensembles. Tantôt le fondement de l'indemnisation a été contractuel, tantôt il a été extracontractuel :

- **Fondement contractuel :** 39 participants sur 94 ont affirmé que le fondement de l'indemnisation avait été trouvé dans les clauses contractuelles. Il est alors possible de dresser un constat primaire qui sera ensuite affiné : dans la majeure partie des situations, le jeu des clauses contractuelles était insuffisant pour faire face à la nécessaire suspension de l'exécution commandée par les circonstances sanitaires. Certes, le contrat est un acte de prévision et il est vrai que les techniques contractuelles de droit public se sont véritablement déployées pour davantage prendre en compte les aléas d'exécution afin de sécuriser la relation contractuelle. Mais la crise sanitaire a encore témoigné de l'insuffisance de cette prise en compte et du caractère illusoire d'une prise en compte totale de l'ensemble des aléas. Plus particulièrement, ce constat se déploie par la diversité des mécanismes contractuels mis en œuvre qui témoigne d'une certaine inadaptation par rapport à la situation :
 - **Clauses spécifiques :** seules quatre réponses font état de la présence dans leurs contrats de clauses spécifiques couvrant l'éventualité de la survenance d'une suspension pour faire face à une crise telle que celle du Covid-19, contenues par exemple dans des CCAP.
 - **Clauses de réexamen :** un seul participant a précisé que l'indemnisation suite à la suspension du contrat avait été faite sur le fondement d'une clause de réexamen.
 - **CCAG travaux :** un nombre significatif de participants a fait état d'une mobilisation d'une ou de plusieurs clauses du CCAG travaux. À dire vrai, l'impression qui domine est que les acteurs ont essayé de déployer toutes les virtualités du CCAG afin d'en exploiter les différentes potentialités d'indemnisation. Dans les réponses fournies, l'article 49.1.1 relatif à l'ajournement est naturellement celui qui est le plus fréquemment cité. Pour rappel, son alinéa 2 stipule qu'en cas d'ajournement, « *le titulaire, qui conserve la garde du chantier, a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement* ». Cette solution, très avantageuse pour l'entreprise, n'a, cela a déjà été dit, pas toujours été retenue par les autorités contractantes pour une raison simple : elles n'étaient pas à l'origine de la cause de la suspension, cette cause ne pouvant s'analyser comme un véritable acte de volonté des autorités contractantes. D'autres stipulations ont parfois été mobilisées, mais on constatera aisément qu'elles n'étaient pas véritablement

appropriées. Il a pu s'agir de l'article 10.1.1 du cahier relatif aux prix et selon lequel les prix « *sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux* ». L'article 6.2 a également été invoqué, selon lequel : « *en cas d'évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail en cours d'exécution du marché, les modifications éventuelles demandées par le représentant du pouvoir adjudicateur, afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent lieu à la signature, par les parties au marché, d'un avenant* », mais on notera le double conditionnement de son application à l'évolution d'une législation relative aux seules *protection de la main d'œuvre et des conditions de travail*. De même, l'article 18.3 sur l'indemnisation des pertes vise nécessairement un « *phénomène naturel* » et il est fort douteux que des mesures de police liées à une pandémie mondiale soient entrées dans l'intention et les prévisions des auteurs du CCAG concernant cette clause, sans compter que ne sont concernés que les « *pertes, dommages ou avaries provoqués sur ses chantiers* ». Par ailleurs et en tout état de cause, ces stipulations ne sauraient justifier une indemnisation pour suspension du contrat. En somme, aucune stipulation du CCAG n'était véritablement adaptée à l'indemnisation d'une suspension des travaux pour cause de confinement sanitaire.

- Avenant : certains participants ont enfin affirmé qu'un avenant avait été conclu pour procéder à l'indemnisation des surcoûts occasionnés, pour le titulaire, par la suspension du contrat. Sans doute était-ce là la solution la plus appropriée. Encore fallait-il que les volontés coïncident.
- **Fondements extracontractuels** : les réponses font état de cinq fondements juridiques mis en avant pour l'indemnisation de la suspension du contrat en dehors des clauses. Les quatre premiers sont bien connus, ils relèvent de la théorie générale des contrats administratifs, mais se trouvent particulièrement inadaptés. Et pour cause, les contrats administratifs, pensés avant tout comme des instruments de satisfaction de l'intérêt général, ont vu leur régime juridique construit autour de l'idée de continuité face à l'aléa d'exécution avec, en creux, l'idée de sauvegarder à tout prix la continuité du service public pour écarter tout risque d'un « État à éclipses » pour reprendre la formule du commissaire du gouvernement Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt *Debaene*. D'où l'absence de régime juridique de la suspension des contrats administratifs dans leurs règles générales. Le dernier fondement invoqué est, logiquement, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020.
 - La théorie de l'imprévision : celle-ci est expressément mentionnée par 12 participants. Pour autant, elle ne semble pas pleinement adaptée comme fondement à l'indemnisation d'un tel poste de préjudice puisque précisément, il ressort de la jurisprudence (*CE, Sect., 5 nov. 1982, Sté Propétrol*) et de la rédaction de l'article L.6 3° du Code de la commande publique que l'indemnité d'imprévision n'est ouverte qu'au contractant ayant poursuivi l'exécution du contrat. Or, par définition, la suspension, quand bien même elle serait causée par un événement qui répond aux critères de l'imprévision, s'analyse comme une interruption, certes provisoire, de l'exécution ce qui devrait, en théorie, exclure l'application de la théorie de l'imprévision.
 - La théorie du fait du Prince : un participant la mentionne au rang des fondements d'une indemnisation. Celle-ci pourrait à première vue apparaître adaptée, mais deux

nuances doivent être apportées. Une première est quantitative, à savoir qu'elle n'est mobilisable que pour les contrats auquel l'État est partie étant entendu qu'elle ne peut s'appliquer que face à des mesures imprévisibles au moment de la signature et édictées par l'autorité contractante à l'exclusion des mesures d'autres personnes morales de droit public (*CE, 20 oct. 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*). Les contrats conclus par toute autre personne que l'État ne sauraient donc être concernés. Une seconde apparaîtrait comme davantage restrictive voire insurmontable puisqu'une partie de la doctrine estime que l'indemnisation sur ce fondement se fait dans les conditions de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, ce qui signifie que le cocontractant devrait démontrer que son préjudice revêt les caractères d'anormalité et de spécialité (*CE, 23 janv. 1952, Cie des tramways électriques de Limoges*). Si tel était bien le cas, eu égard à l'ampleur du phénomène, la condition de spécialité serait difficilement remplie.

- La théorie des sujétions imprévues : quelques participants ont invoqué la théorie des sujétions imprévues comme fondement de l'indemnisation pour suspension. Là encore, cela peut sembler étonnant tant cette théorie apparaît inadaptée. Pour rappel, les sujétions imprévues se définissent comme des « difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » (*CE, 30 juill. 2003, Cne de Lens*). Ce n'est encore qu'au prix d'une interprétation particulièrement extensible des difficultés matérielles – que la jurisprudence assimile d'ordinaire à des difficultés d'ordre technique – que les sujétions techniques sont mobilisables. Par ailleurs, les sujétions techniques n'entraînent normalement pas la suspension de l'exécution des obligations contractuelles, même si l'argument semble ici moins insurmontable que concernant la théorie de l'imprévision. Enfin, les sujétions imprévues ne concernent que les contrats dont l'objet sont des travaux, elles ne peuvent être avancées dans tout contrat public.
- La force majeure : la force majeure revient à de nombreuses reprises dans les réponses. 7 participants l'évoquent expressément. Là encore, elle ne saurait, pourtant constituer un fondement pertinent à une indemnisation pour suspension. En effet, la force majeure n'est qu'une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle et ne saurait ouvrir droit à indemnité en l'absence de clause contractuelle en ce sens.
- L'ordonnance Covid : peu de participants, cela sera développé au point suivant, évoquent l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 comme fondement juridique à l'indemnisation pour suspension. Cela n'étonne pas, les 4° et 5° de l'article 6 relatifs à la suspension ne consacrent pas de droit à indemnisation. En revanche, il est à noter que deux participants précisent que certaines autorités concédantes ont utilisé le levier des redevances d'occupation du domaine public, en mobilisant le 7° de l'article 6 de l'ordonnance, pour accompagner leurs concessionnaires pendant la durée de la suspension.

111. Recours mitigé aux articles 6, 4° et 6, 5° de l'ordonnance du 25 mars 2020. Deux dispositions de l'ordonnance 2020-319 mentionnaient expressément la suspension du contrat, les 4° et 5° de l'article 6. Pour rappel, ils sont rédigés ainsi :

4° Lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. A l'issue de la suspension, un avenant détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ;

5° Lorsque l'exécution d'une concession est suspendue par décision du concédant ou lorsque cette suspension résulte d'une mesure de police administrative, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée. A l'issue de cette suspension, un avenant détermine, le cas échéant, les modifications du contrat apparues nécessaires.

- **Sur l'article 6, 4° :** l'utilisation de l'article 6, 4° a, au sein du panel, été minoritaire car seuls 21 participants affirment avoir recouru à ses dispositions, 60 ne pas y avoir recouru. Par ailleurs, au niveau des marchés publics concernés, on constate que ce sont essentiellement des marchés de travaux ou de services, peu de marchés de fournitures ce qui s'explique sans doute par le fait que ces derniers sont plus fréquemment conclus selon des prix unitaires. À la question de savoir s'ils avaient éprouvé des difficultés d'interprétation de l'article 6 4°, les réponses se tournent globalement vers l'affirmative avec plusieurs griefs à l'encontre de la disposition qu'il convient de mettre en lumière :

- Le champ d'application : 1 participant s'est interrogé sur le fait de savoir si cela était applicable aux marchés privés de travaux. Cette difficulté est extrinsèque à la disposition, elle n'est que l'écho de la question du champ d'application du Code de la commande publique, l'article 1^{er} de l'ordonnance précisant que lui sont notamment soumis tous les contrats soumis au code.
- La notion de marché à prix forfaitaire : 1 participant précise que sa mention dans la disposition est source de difficulté d'interprétation. En soi, la notion est bien connue et il semble que le problème concerne davantage la question de savoir si les marchés à prix mixtes pouvaient bénéficier, pour la partie rémunérée selon un prix forfaitaire, de ce mécanisme.
- La notion de règlement sans délai : 1 participant attire l'attention sur le flou de la notion de règlement « sans délai ». Ce questionnement est minoritaire, l'expression sans délai ne souffrant pas de difficultés notables d'interprétation.
- Le partage des coûts : plusieurs participants notent que l'ordonnance ne précise nullement les modalités de partage des coûts liés à la suspension, les parties étant renvoyées à leurs bonnes volontés dans le cadre d'un avenant. De la même manière, la question de la preuve des surcoûts n'est pas abordée ce qui a provoqué des difficultés de mise en œuvre.
- L'avenant : plusieurs interrogations demeurent à la lecture de la disposition sur l'avenant qui est mentionné. Ces interrogations se retrouvent dans les réponses apportées. En particulier, le moment de la conclusion de l'avenant n'est pas précisé : doit-il être conclu à la reprise ou ultérieurement ? Également, la question de savoir si la conclusion de l'avenant est une condition à la reprise est posée, tout comme

celle des moyens dont dispose le titulaire pour contraindre ou non l'autorité contractante à conclure un tel avenant.

- **Sur l'article 6, 5°** : seuls 8 participants sur 17 ont précisé avoir eu recours à cette disposition. Ceci s'explique par au moins trois éléments. D'abord, le panel était moins fourni en partie à des concessions qu'en partie à des marchés. Ensuite, comme cela ressort des réponses aux questions, il est bien plus rare et délicat de suspendre l'exécution d'une concession que d'un marché public. Enfin, comme cela a été souligné, l'article est peu applicable aux concessions qui ne font l'objet d'aucun versement au concessionnaire de la part de l'autorité concédante. Au-delà de cette faible mobilisation de l'article 6 5°, il est tout de même possible de tirer des enseignements sur les difficultés d'interprétation qu'il a suscitées et qui ajoutent à l'explication d'une faible utilisation. Trois difficultés d'interprétation peuvent être mentionnées :

- Continuité des versements par l'autorité concédante : si l'article précise que tout versement à l'autorité concédante est suspendu pendant la durée de la suspension, il n'est pas fait état du sort des versements dus contractuellement par l'autorité concédante à son concessionnaire telles que les compensations forfaitaires d'exploitation. En principe, la suspension du contrat impliquerait que les autorités concédantes suspendent elles-aussi l'exécution de leurs obligations contractuelles, mais l'esprit du texte est de soutenir les entreprises pendant la suspension. Apparaît ici un décalage entre cet esprit et l'incomplétude du texte.
- Suspension partielle : une situation que manifestement l'ordonnance n'a pas anticipé alors que, pourtant, elle est en pratique fort logique, c'est celle de la suspension partielle de l'exécution de la concession dont l'enquête qualitative a bien révélé la mise en œuvre. La question du versement des avances sur les sommes dues par le concédant étant conditionnée à la suspension du contrat, qu'en est-il des concessions dont seules certaines missions ont été suspendues ? Les avances peuvent-elles être consenties sur ces seules missions ? Le texte est, ici encore, imprécis.
- Appréciation de la « hauteur des besoins » : enfin, le versement des avances était également conditionné par le texte à sa justification par l'opérateur économique, au regard de sa situation et à hauteur de ses besoins. L'appréciation de ces besoins n'étant pas précisée par l'ordonnance, en pratique, elle s'est tantôt faite au regard de l'équilibre de la seule concession, tantôt à l'aune de la situation économique et financière globale de l'entreprise.

C. Pénalités liées à la suspension

112. Application marginale. Une seule question avait trait aux pénalités et il ressort que leur application a été très largement marginale. Sur l'ensemble des participants, seuls 3 sur 90 affirment que des pénalités ont déjà été prononcées à l'encontre du titulaire du fait de la suspension et 4 que de telles pénalités sont envisagées mais n'ont pas encore été prononcées.

Ces chiffres n'étonnent pas. L'application des pénalités en cas de suspension, dans le contexte de la crise sanitaire, apparaît naturellement marginale et cantonnée à des situations

conflictuelles ou à des cas dans lesquels les titulaires ont fait montre de mauvaise volonté. Les données obtenues montrent que ces situations n'ont, fort heureusement, pas constitué la majorité du genre. Toutefois, cela ne présume en rien de la mise en œuvre de pénalités futures.

III. La résiliation du contrat

Résumé d'étape n°3

Le recours à la résiliation a été assez largement marginal au cours de la crise sanitaire au regard de notre panel. Il semble 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, mis à part l'exemple d'une concession. Au reste, il est possible de constater une notable diversité de situations, en particulier au niveau des motifs de la résiliation et des processus d'indemnisation.

Ceci confirme les conclusions tirées des entretiens, à savoir que les acteurs de la commande publique ont été quelque peu pris au dépourvu par le phénomène et qu'ils ont dû faire face à un certain manque de clarté sur le cadre juridique lié à l'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation et parfois même sur le motif de la résiliation. Et pour cause, en l'absence de clause contractuelle prévoyant les modalités de calcul de l'indemnité ainsi que les postes d'indemnisation, le droit positif n'offre que des dispositifs aux contours incertains. D'une part l'article 6 3° de l'ordonnance 2020-319 précité, d'autre part, si l'on considère les dispositions de droit commun relatives aux résiliations, en particulier les articles L.2195-1 à -6 du Code de la commande publique pour les marchés publics et L.3136-1 à -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 », sans précision supplémentaire. Une clarification paraît s'imposer à cet égard.

113. Données. La partie relative aux résiliations est celle qui a fait l'objet du plus faible nombre de réponses de l'ensemble du questionnaire. Ceci s'explique par le fait que certaines questions n'étaient accessibles qu'aux participants ayant effectivement eu affaire à la résiliation d'un contrat. Le tableau ci-après retrace les volumes de réponses par question :

Légende :

- **En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.**
- *En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.*

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Quelle proportion approximative de marchés / concessions ont fait l'objet de résiliation ?	85	56	60, 3%
<i>Ces résiliations ont-elles été faites par l'autorité contractante ou à la demande du titulaire ?</i>	<i>13</i>	<i>128</i>	<i>9, 2 %</i>
<i>Quel était le motif de ces résiliations ?</i>	<i>13</i>	<i>128</i>	<i>9, 2 %</i>
<i>Avez-vous du apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter définitivement ?</i>	<i>7</i>	<i>134</i>	<i>4, 9 %</i>
<i>Avez-vous eu des difficultés à prouver l'impossibilité d'exécuter définitivement ?</i>	<i>2</i>	<i>139</i>	<i>1, 4 %</i>
<i>S'agissait-il de (quelles difficultés) ?</i>	<i>1</i>	<i>140</i>	<i>0, 7 %</i>
Avez-vous eu recours à l'article 6 3° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?	78	63	55, 3 %
Quels autres préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de la résiliation ?	11	130	7, 8 %

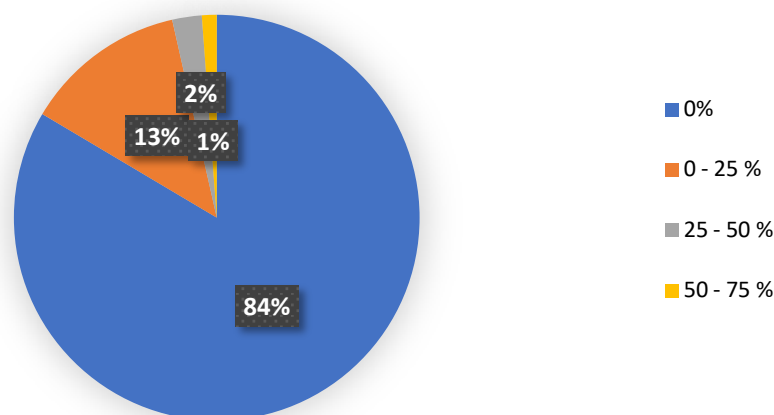
A. Constat du faible nombre de résiliations

114. Minorité de résiliations. L'étude quantitative confirme ici ce qui avait été constaté au cours des entretiens, à savoir que la résiliation du contrat a été évitée au maximum. La première question qui était posée aux participants était de savoir quelle avait été la proportion de contrats auxquels ils étaient partie qui avait subi une résiliation. D'emblée, il faut noter que sur les 141 participants, seuls 85 ont répondu à la question de savoir quelle proportion de leurs contrats avait été résiliée.

Sur ces 85 ayant effectivement apporté une réponse, seuls 14 ont affirmé qu'au moins un des contrats auxquels ils étaient partie avait été résilié ce qui témoigne du caractère marginal du phénomène. Parmi les participants ayant expérimenté des résiliations, 11 précisent que la résiliation a concerné entre 0 et 25 % de leurs contrats et sur les trois restants, seul 1 affirme qu'entre 50 et 75 % de ses contrats ont été résiliés.

Ces données, exprimées en proportion dans le graphique ci-dessous sont à relativiser puisque sur les 56 participants à n'avoir pas répondu, il est très probable que certains ne se soient pas sentis concernés par la question et aient abandonné le questionnaire à ce stade. Dès lors, le taux de 84 % de participants affirmant ne pas avoir eu recours à des résiliations est probablement sous-estimé.

Proportion de contrats résiliés par acteur



B. Formalisation de la résiliation

115. Les données recueillies ici sont à relativiser puisque le nombre de réponses aux questions de la partie résiliation est particulièrement faible, variant d'une seule à quatorze, ce dernier nombre représentant en réalité la totalité des participants ayant été confronté à au moins une réalisation en lien avec la crise sanitaire.

116. Initiative de la résiliation. Sans surprise, l'initiative de la résiliation est exclusivement ou quasi exclusivement du fait de l'autorité contractante. Sur les 13 réponses obtenues à la question de savoir qui était à l'initiative de la résiliation, 7 participants ont répondu « l'autorité contractante » et 0 « à la demande du titulaire ». Les 6 derniers ont opté pour la réponse

« les deux » qui était proposée aux participants dont plusieurs contrats ont été concernés par des résiliations.

Deux raisons, classiques, peuvent être avancées pour expliquer ce déséquilibre. La première est d'ordre juridique : les personnes privées parties à un contrat administratif ne peuvent bénéficier d'une clause de résiliation unilatérale que dans des conditions de fond restrictives (*CE, 8 oct. 2014, Sté Grenke location, n°370644*) En dehors de ces conditions, seul un cas de force majeure peut leur permettre d'être à l'initiative d'une résiliation. La seconde est de nature économique : il n'est guère envisageable que le titulaire d'un contrat de la commande publique en demande la résiliation de son plein gré, surtout dans une période économiquement délicate.

117. Motifs de la résiliation. Les raisons attachées aux quelques résiliations dont l'enquête fait état sont assez disparates mais semblent pouvoir être subdivisées en trois catégories :

- ***Force majeure rendant l'exécution impossible*** : dans 5 cas sur 13, c'est la force majeure qui a été évoquée par les participants pour justifier la résiliation du contrat. Rappelons qu'en droit public, de la même manière qu'en droit privé (*art. 1218 C. civil*), la force majeure est constituée par un événement qui revêt les caractères combinés d'imprévisibilité, d'extériorité et d'irrésistibilité (*CE, 9 janv. 1909, Cie des messageries maritimes*). Par ailleurs, il faut noter que la force majeure constitue avant tout une cause exonératoire d'engagement de la responsabilité contractuelle et qu'en tant que telle, elle n'entraîne pas *ipso facto* la résiliation du contrat. Celle-ci ne saurait avoir lieu que si l'ensemble des obligations contractuelles est concerné par l'évènement, réduisant ainsi à néant toute possibilité de poursuite d'exécution une fois l'évènement terminé. On comprend alors que la force majeure peut, dans le cadre de la pandémie de Covid-19, n'entraîner la résiliation que pour des contrats dont l'exécution est rendue absolument impossible, donc des contrats dont l'exécution est courte dans le temps ou dont le terme était prévu à une date proche des premières mesures gouvernementales de lutte contre l'épidémie.
- ***Annulation d'une prestation par l'autorité contractante par mesure de précaution*** : ici aussi, 5 participants ont indiqué ce motif. Juridiquement, la justification semble être plus délicate. Sauf à ce qu'un accord soit trouvé avec le cocontractant, par exemple dans le cas de l'annulation d'un bon de commande, la justification d'une mesure de résiliation au nom de la précaution est particulièrement délicate tant il n'est pas certain qu'un tel motif puisse être qualifié de motif d'intérêt général.
- ***Comportement fautif*** : les 3 derniers cas concernent des résiliations de nature fautive. Deux portent sur la « *défaillance* » ou « *l'incapacité* » totale du titulaire à poursuivre l'exécution de ses obligations contractuelles. Un tel phénomène apparaît, fort heureusement, marginal, mais il n'est pas étonnant d'en retrouver trace comme fondement d'une résiliation. Enfin, un participant a répondu « *Relation terminée de manière unilatérale car l'autorité concédante n'a pas mis en œuvre les moyens nécessaires à la bonne exécution des prestations* ». Cette réponse n'est pas aisée à interpréter. Il semble qu'il y ait eu, du point de vue du concessionnaire, un comportement fautif de l'autorité concédante qui aurait conduit cette dernière à résilier la concession à la demande du concessionnaire, la question indemnitaire n'étant toujours pas tranchée. Nulle conclusion précise ne peut être ici tirée.

L'analyse de ces motifs fait ressortir un enseignement essentiel, à savoir qu'il semble bien que les contrats concernés par les mesures de résiliation aient été, pour leur grande majorité, des contrats à exécution courte ou successive. Cela laisse à penser que dans la plupart des cas, le maximum a été fait pour maintenir en vie la relation contractuelle, la résiliation apparaissant véritablement comme l'ultime ressort d'une exécution qui ne pourra raisonnablement plus reprendre.

118. Preuve de l'impossibilité définitive d'exécuter. Sur la problématique de la preuve de l'impossibilité définitive d'exécuter, seuls 7 participants ont répondu. À la question de savoir s'ils ont dû apporter une telle preuve auprès de leur cocontractant, ils ont majoritairement (5) répondu non, ce qui laisse à penser que la plupart de ces résiliations se sont faites en bonne intelligence et que l'impossibilité d'exécuter apparaissait aux parties avec la force de l'évidence.

Les 2 participants à avoir affirmé qu'ils avaient dû apporter une telle preuve ont également précisé qu'ils avaient éprouvé des difficultés à l'apporter. L'un seul d'entre eux a précisé les choses en affirmant qu'il avait eu quelques difficultés à prouver les répercussions que les événements avaient eu sur l'exécution du contrat.

C. Indemnisation de la résiliation

119. Application de l'article 6, 3° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020. L'indemnisation des titulaires d'un marché résilié ou d'un bon de commande annulé a fait l'objet d'un dispositif spécifique mis en place par l'ordonnance du 25 mars 2020 dont l'article 6 3° dispose, pour rappel :

Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié.

Ce dispositif est mobilisable nonobstant toute clause contractuelle. Néanmoins, il n'induit un droit à indemnisation du titulaire que sur les dépenses utiles et ne fait pas mention d'un poste d'indemnisation relatif aux manques à gagner. Sur l'ensemble de notre panel, seuls 6 participants ont dit avoir mis en œuvre cette disposition ce qui, rapporté au faible nombre de résiliations constatées, témoigne d'un certain succès du mécanisme.

120. Autres préjudices indemnisés. Le questionnaire proposait aux participants une question plus large relative à l'indemnisation, portant sur les préjudices indemnisés et ceux envisagés pour une future indemnisation. 11 personnes ont répondu et il est possible de conclure à une véritable diversité des situations :

- Aucune indemnisation : sur les 11 réponses, 4 font expressément état d'une absence d'indemnisation suite à une résiliation. Dans trois cas, cela semble lié au fait que la résiliation ait eu lieu avant tout commencement d'exécution. Dans le quatrième, un concessionnaire fait état d'une résiliation avec refus de l'autorité concédante d'indemniser toutes prestations réalisées antérieurement à la résiliation. Il s'agit du même concessionnaire dont la réponse a déjà été évoquée et qui reprochait à l'autorité concédante une résiliation à ses torts.

- ***Indemnisation des dépenses utiles*** : 2 réponses font état du poste d'indemnisation le plus intuitif puisqu'expressément mentionné par l'ordonnance n°2020-319, à savoir les dépenses engagées dans le cadre de l'exécution (services faits ou tout investissement lié à l'exécution des obligations contractuelles).
- ***Manque à gagner*** : seul 1 participant a expressément précisé que le manque à gagner avait été indemnisé. Ce poste, non prévu par l'ordonnance 2020-319 peut néanmoins recevoir une indemnisation par accord entre les parties ou en cas de résiliation pour motif d'intérêt général en application du principe de l'équation financière. Enfin, 1 participant fait état de difficultés à venir quant à l'indemnisation d'un concessionnaire pour lequel l'équilibre économique du contrat a été bouleversé, sans préciser plus avant.

IV. Exécution dégradée

Résumé d'étape n°4

La pandémie de Covid-19 a permis de remettre en pleine lumière certaines règles générales applicables aux contrats administratifs dont l'utilisation est habituellement, pour certaines d'entre elles, marginale. Ont ainsi pu être évoqués le pouvoir de modification unilatérale, la théorie de l'imprévision, la théorie des sujétions imprévues ou encore la théorie du fait du Prince. Par ailleurs, la crise sanitaire a été l'occasion d'éprouver les mécanismes contractuels de réponse à l'aléa d'exécution. 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. Là où, notamment, la théorie de l'imprévision avait précisément été élaborée dans un contexte autrement plus grave et incertain que la crise actuelle, puisqu'il s'agissait de la Grande Guerre, le fait qu'elle se révèle aujourd'hui inadaptée aux yeux des praticiens permet de dresser le constat de l'accroissement tendanciel du besoin de sécurité contractuelle et de flexibilité (ce qui n'est pas nécessairement contradictoire). L'ordonnance n°2020-319 a apporté une ébauche de réponse et ses instruments ont en règle générale été utilisés par les acteurs de la commande publique. Néanmoins, l'enquête a montré qu'elle souffrait tout à la fois d'imprécisions rédactionnelles et d'insuffisances sur certains points. En particulier, si les questions des délais et des avances ont été convenablement réglées par le texte et plutôt bien appréhendées par les praticiens participants, il n'en va pas de même, outre la question de la suspension (c.f. résumé d'étape n°2), pour la problématique, essentielle aux yeux des entreprises comme des autorités contractantes, du traitement des surcoûts occasionnés. C'est ici que la pratique s'est trouvée la plus disparate, la plus incertaine, tant sur la question du fondement juridique de l'indemnisation des surcoûts pesant sur les titulaires que sur celles de ses modalités de calcul ou encore de ses limites. On peut comprendre que les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas souhaité préciser davantage ces éléments puisqu'au moins deux raisons rendent la tâche délicate. D'une part, les fondements juridiques existent déjà dans les règles générales applicables aux contrats administratifs, en particulier la théorie de l'imprévision, qui, néanmoins, laisse en bord de route les contrats privés de la commande publique et dont les conditions se révèlent incertaines. D'autre part, cela touche à l'équilibre économique du contrat qui, par sa nature contractuelle, est propre à chaque marché, à chaque concession et qu'il serait difficile – impossible même compte tenu du délai dans lequel a été édictée l'ordonnance – de proposer un barème ou une nomenclature de répartition des surcoûts en cas de survenance d'un événement tel que l'épidémie. Cependant, l'expérience de la crise et le caractère palpable du besoin de sécurité contractuelle doit nous inviter à reconsidérer les mécanismes contractuels et extracontractuels de traitement de l'aléa d'exécution.

121. **Données.** Cette sous-partie étant celle ayant donné lieu au nombre le plus important de question, les données seront présentées en fonction des différents thèmes, pour plus de clarté.

Légende :

- En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.
- En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.

- **Généralités :**

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Avez-vous appliqué au moins une disposition de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 aux contrats en cours ?	66	75	46, 8 %
<i>Avez-vous conclu des marchés de substitution ?</i>	<i>38</i>	<i>103</i>	<i>26, 9 %</i>

- **Délais :**

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Quelle proportion de contrats ont fait l'objet de délai prolongé au sens de l'article 6.1 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?	66	75	46, 8 %
<i>Avez-vous mis en place un délai de prolongation inférieur, égal ou supérieur à la durée de l'état d'urgence sanitaire ?</i>	<i>57</i>	<i>84</i>	<i>40, 4 %</i>
<i>La modification unilatérale (exemple : ordre de service) ou l'avenant a-t-il été privilégié pour prolonger le délai d'exécution ?</i>	<i>66</i>	<i>75</i>	<i>46, 8 %</i>
<i>Votre cocontractant (opérateur économique ou administration) a-t-il refusé de prolonger la durée d'exécution ?</i>	<i>66</i>	<i>75</i>	<i>46, 8 %</i>
<i>Y a-t-il des litiges sur les causes d'allongement des délais (crise sanitaire face aux fautes des parties) ?</i>	<i>66</i>	<i>75</i>	<i>46, 8 %</i>

- **Avances :**

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ?	66	75	46, 8 %
<i>Ces avances de trésorerie ont-elles été faites au titre de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?</i>	<i>20</i>	<i>121</i>	<i>14, 2 %</i>
<i>Quel pourcentage du montant initial représentent-elles ?</i>	<i>20</i>	<i>121</i>	<i>14, 2 %</i>
<i>Avez-vous eu des difficultés sur la fourniture des justificatifs pour demander une avance sur les sommes dues ?</i>	<i>6</i>	<i>135</i>	<i>4, 3 %</i>
<i>Avez-vous eu des difficultés d'obtention de l'avance obligatoire ?</i>	<i>6</i>	<i>135</i>	<i>4, 3 %</i>

En cas de recours aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020, avez-vous constitué / dû constituer des garanties en contrepartie des avances versées ?	58	83	41,1 %
Quelle proportion de contrats a fait l'objet d'une modification de l'avance par avenant ?	5	136	3,5 %

- *Modifications du contrat :*

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Les modifications des contrats sont principalement des modifications unilatérales ou des modifications conventionnelles ?	66	75	46,8 %
Quelles ont été les motivations de la modification unilatérale ?	63	78	44,7 %
Quelle proportion de vos contrats publics a fait ou va faire l'objet de modification conventionnelle pour tenir compte d'une exécution dégradée (en dehors de l'indemnisation des surcoûts) ?	66	75	46,8 %
Quelle proportion de vos contrats a fait l'objet ou va faire l'objet d'une modification unilatérale pour tenir compte d'une exécution dégradée (en dehors de l'indemnisation des surcoûts) ?	66	75	46,8 %
Y a-t-il eu ou y a-t-il des limites juridiques à l'avenant ? Par exemple, les règles de modification des contrats prévues dans le Code de la commande publique ont-elles été ou sont-elles actuellement un frein ? Ou les règles relatives aux aides d'État ? Ou les règles relatives à l'interdiction des libéralités ?	66	75	46,8 %
Quel est l'objet de l'avenant : régler des difficultés passées, ou à venir, ou les deux ?	66	75	46,8 %
L'indemnisation des surcoûts a-t-il fait ou fera-t-il l'objet d'un avenant ?	66	75	46,8 %
Quelle proportion de vos contrats ont fait ou vont-ils faire l'objet de transactions par rapport à l'ensemble de vos contrats publics ?	65	76	46,1 %
En marché public de travaux, la demande du titulaire est-elle considérée comme une réclamation au sens de l'article 50 CCAG Travaux ?	49	92	34,8 %
Avez-vous eu recours aux clauses de rencontre, de revoyure ou de rendez-vous dans le contrat ?	64	77	45,4 %
Si cela était juridiquement sûr, ajouteriez-vous par avenant des clauses de rencontre, de revoyure ou de rendez-vous pour ajuster les futurs surcoûts ?	64	77	45,4 %

- *Indemnisation :*

QUESTIONS	REponses	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Y a-t-il eu ou est-il envisagé une indemnisation des surcoûts dans l'hypothèse où le cocontractant a spontanément adopté des mesures d'organisation nouvelles vis-à-vis des règles sanitaires ?	64	77	45, 4 %
Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser dans l'hypothèse où les mesures d'organisation nouvelles ont été imposées par l'autorité contractante ?	64	77	45, 4 %
Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de l'exécution dégradée en dehors de mesures imposées par l'autorité contractante ?	64	77	45, 4 %
Quels sont les fondements de l'indemnisation ?	66	75	46, 8 %
Êtes-vous facilement enclin à indemniser ou abonder la trésorerie des titulaires ? Si oui est-ce par souci de sauvegarde du titulaire ? Ou pour soutenir l'économie locale ou nationale ? Les deux ?	50	91	35, 5 %
Avez-vous eu recours à l'article 6.6 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?	8	133	5, 7 %
Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontré pour cet article 6.6 ?	2	139	1, 4 %
Tenez-vous un décompte régulier des surcoûts induits par la poursuite du contrat afin d'obtenir une indemnisation sur le fondement de l'article 6, 6° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? À un autre titre ?	1	140	0, 7 %
Avez-vous privilégié l'article 6 de l'ordonnance ou des clauses contractuelles plus favorables pour gérer l'exécution de vos contrats ?	16	125	11, 3 %
En cas de refus de négociation (sur l'indemnisation des surcoûts ou pour adapter le contrat) du contrat par l'acheteur/l'autorité concédante, envisagez-vous de saisir le juge administratif afin d'engager sa responsabilité contractuelle et obtenir des dommages et intérêts ?	17	124	12, 1 %
Y a-t-il eu ou y a-t-il encore des désaccords dans le calcul des surcoûts entre le titulaire et l'autorité contractante ?	63	78	44, 7 %
Quel pourcentage de surcoûts a-t-il été laissé ou est-il envisagé de laisser à la charge du titulaire ?	60	81	42, 6 %
Quel est le principal fondement de la demande d'indemnité liée à l'exécution dégradée ?	66	75	46, 8 %
En matière de marchés publics, à partir de quel pourcentage de surcoûts a-t-il été considéré ou est-il envisagé de considérer qu'il y avait un bouleversement du contrat ? Précisez le pourcentage :	52	89	36, 9 %
En matière de concession, sur quelle durée le déficit d'exploitation a-t-il été apprécié ou est-il envisagé d'être apprécié pour apprécier le préjudice ? Précisez :	15	136	10, 6 %
En matière de concession, l'indemnité d'imprévision a-t-elle été calculée ou est-elle envisagée d'être calculée à partir d'un bénéfice raisonnable ?	16	135	11, 3 %

Le comportement du cocontractant (efforts, négligences ou insuffisances, qualité de sa gestion) a-t-il influencé ou est-il susceptible d'influencer le calcul de l'indemnité ?	46	95	32, 6 %
Avez-vous eu des difficultés d'interprétation de la notion de « charge manifestement excessive » contenue dans l'ordonnance ?	62	79	43, 9 %
<i>La « charge manifestement excessive » a représenté quel pourcentage du contrat initial ?</i>	<i>61</i>	<i>80</i>	<i>43, 3 %</i>
<i>Avez-vous des litiges naissant devant le juge à propos de cette notion ? Ex : refus de considérer que l'adaptation est une charge manifestement excessive.</i>	<i>61</i>	<i>80</i>	<i>43, 3 %</i>

122. Généralités. Au rang des considérations générales, deux éléments sont à noter :

- **Application de l'ordonnance du 25 mars 2020** : au regard des réponses, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, prise dans sa généralité, a été largement mobilisée par les acteurs de la commande publique. Sur 66 participants, 54 affirment avoir mis en œuvre au moins l'une de ses dispositions, soit un taux de 81,8 % de l'ensemble des personnes ayant répondu. Ce chiffre montre que, face à une telle situation, les règles de droit commun et les stipulations contractuelles se sont dans une large mesure révélées insuffisantes pour surmonter la pandémie et que l'édition d'un texte spécial était absolument nécessaire. Néanmoins, l'enquête a révélé que l'ordonnance souffrait d'incertitudes rédactionnelles, lesquelles se cristallisent autour de la notion de « charge manifestement excessive ». Sur le fait de savoir si cette notion avait induit des difficultés d'interprétation, 33 participants ont répondu oui et 29 non, sur 62. Les résultats sont donc très partagés avec tout de même une courte majorité pour l'affirmative démontrant que si la notion a l'avantage de la souplesse, elle n'a pas nécessairement été comprise par les acteurs de la commande publique. Le constat se déploie grâce à une deuxième question relative à cette notion, qui portait sur le pourcentage du contrat initial qu'avait représenté, pour les acteurs, la charge manifestement excessive. Ainsi, sur 28 participants, 10 ont répondu moins de 10 %, 14 entre 10 et 50 % et 4 plus de 50 %, témoignant d'une pratique de la notion fortement disparate. Pour autant, la notion n'a, semble-t-il, pas été réellement source de litige puisque 5 participants sur 61 estiment que sa mobilisation et son interprétation ont été source de contentieux naissants devant la jurisprudence administrative.
- **Marchés de substitution** : par ailleurs, sur les 38 autorités contractantes ayant répondu à la question de savoir si elles avaient conclu des marchés de substitution – ce qui était permis par le b) du 2° de l'article 6 de l'ordonnance, seules 3 ont répondu par l'affirmative, preuve que dans la grande majorité des cas, les entreprises ont pu faire face aux désagréments occasionnés par la crise sanitaire.

A. Les surcoûts liés à l'exécution dégradée

123. La question de la charge des surcoûts occasionnés par l'exécution dégradée est sans doute la plus épineuse de toutes. Elle semble d'emblée souffrir de deux maux : d'une part, un traitement contractuel insuffisant, ce qui est corroboré par le fait que sur 16 répondants, 10 affirment avoir préféré les dispositions de l'ordonnance aux clauses contractuelles pour gérer

l'exécution dégradée des contrats ; d'autre part, une saisine partielle par l'ordonnance du 25 mars 2020, celle-ci ne traitant directement et expressément la question de l'indemnisation des surcoûts en cas d'exécution dégradée qu'en ce qui concerne les concessions. Les réponses récoltées au cours du questionnaire témoignent à l'envi des problèmes engendrés par cette question.

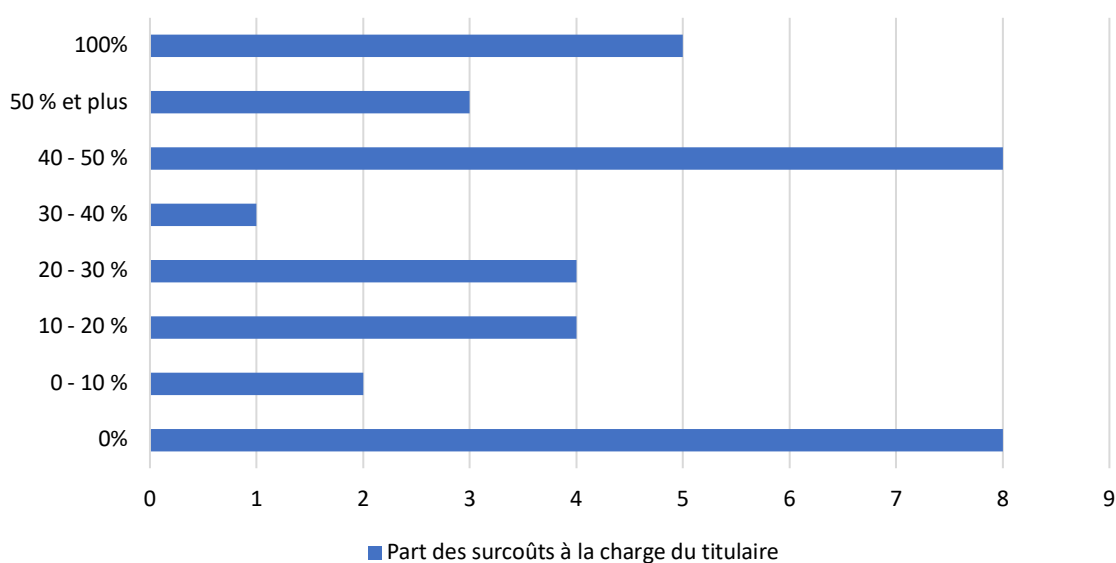
124. Nature des préjudices indemnisés. L'enquête fait état d'une pluralité de préjudices ayant été indemnisés ou qu'il est envisagé d'indemniser. Cette grande diversité est en partie liée au fait que les questions portaient indistinctement sur tous les contrats publics, mais elle témoigne aussi d'une pratique fortement disparate en l'absence de prévision contractuelle ou extracontractuelle généralisée. Deux questions étaient posées à propos de la nature de ces préjudices auxquelles 22 participants ont répondu. Il est possible de distinguer selon que les surcoûts sont directement imputables aux mesures imposées ou en sont les conséquences indirectes. Cette partition démontre clairement que si les premiers ont été largement indemnisés, il n'en va pas de même pour les seconds :

- **Surcoûts directs** : l'imposition de mesures d'organisation nouvelles a engendré des surcoûts direct qui sont manifestement de deux sortes. D'une part, des surcoûts de personnel, liés au recrutement de personnels supplémentaires, y compris un référent Covid ou à la rémunération d'un volume horaire d'heures travaillées plus conséquent, ceci étant la conséquence d'un allongement des délais ou d'adaptation des temps de travail. D'autre part, les surcoûts matériels, liés à l'achat de masques, de gants, de gel hydro-alcoolique ou à l'aménagement des chantiers et des bases de vie afin de respecter les règles de distanciation physique. Les 22 participants les mentionnent, certains précisant que l'indemnisation n'a couvert qu'une partie de ces surcoûts.
- **Surcoûts indirects** : seuls 3 participants sur les 22 précisent clairement que les surcoûts indirects ont été indemnisés en particulier les pertes de rendement ou de recettes. Une réponse fait, par ailleurs, état d'un « rejet quasi systématique de toute indemnisation de la perte de cadence ». Un autre marque plus fermement son mécontentement en affirmant : *« il est déjà difficile de se faire payer les mesures imposées, alors le reste... ».*

Cette première analyse, en fonction de la nature des postes d'indemnisation témoigne déjà d'une certaine réticence de la part des autorités contractantes à indemniser tous les surcoûts liés à la pandémie.

125. Répartition des surcoûts. 60 participants ont répondu à la question de savoir quel avait été, en moyenne, le pourcentage des surcoûts laissé à la charge du titulaire. L'analyse des réponses fait état de taux extrêmement variables, de 0 à 100 % dont les proportions peuvent se figurer selon le graphique suivant (à l'horizontale, le nombre de réponses obtenues pour chaque tranche de pourcentage) :

Part des surcoûts à la charge du titulaire



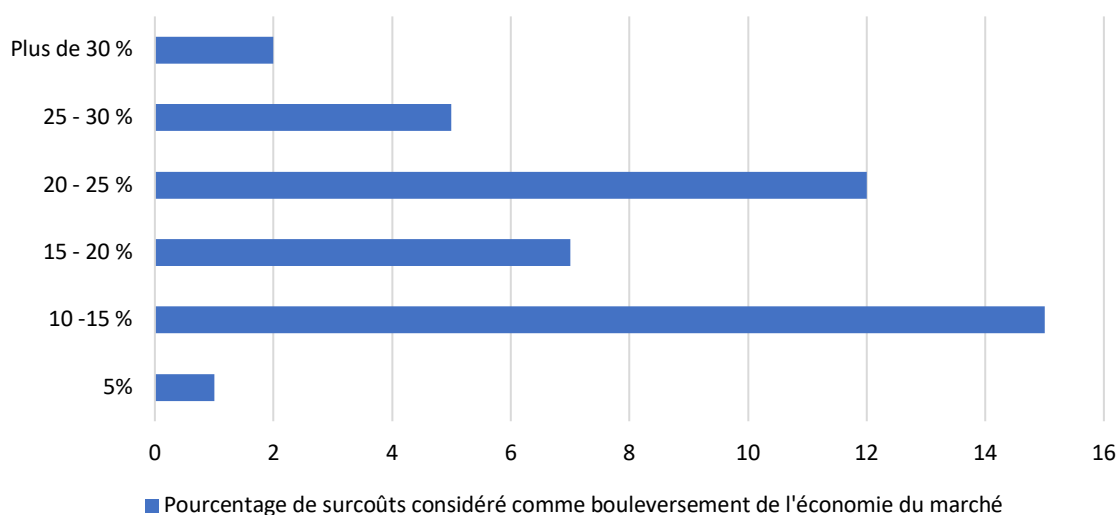
Ces chiffres doivent néanmoins être relativisés pour trois raisons. Premièrement, 6 participants sur les 60 indiquent que des négociations sont précisément en cours pour régler la question. Secondement, 7 autres participants ne souhaitent pas apporter de réponse fixe, étant entendu que cela varie en fonction de chaque contrat, soit à raison de la nature du contrat, soit des causes des surcoûts et des postes d'indemnisation. Troisièmement, il n'est pas certain que la question ait été interprétée dans le bon sens. Il était demandé quel pourcentage des surcoûts était laissé à la charge du *titulaire*. Or, certains participants ayant rédigé leur réponse donnent le pourcentage des surcoûts indemnisé par l'autorité contractante, soit l'inverse. Il est donc possible que dans les réponses constituées par un seul pourcentage se soient glissées des erreurs de cette nature. De la même manière, les réponses « *aucun* » peuvent signifier qu'aucune indemnisation n'a été versée, non qu'aucun surcoût n'a été laissé à la charge du titulaire.

126. Calcul des surcoûts. Il s'agit là du point le plus délicat révélé par le questionnaire. En effet, à la question portant sur le fait de savoir s'il y avait eu ou si persistaient des désaccords dans le calcul des surcoûts, 36 personnes répondent par l'affirmative, contre 27 par la négative sur un panel de 63. La prudence commande de ne pas surinterpréter ces chiffres, mais ils semblent donner une tendance selon laquelle le calcul des surcoûts est un foyer de litiges. Ceci est confirmé par les réponses à une autre question puisque sur 46 autorités contractantes, 31 ont affirmé que le comportement de leur cocontractant avait influencé le calcul, 15 précisant que cela n'avait pas eu d'incidence. Cela rappelle certes la nature éminemment relationnelle de la matière contractuelle, mais est potentiellement source de contentieux ce qui se traduit par le fait que sur 16 entreprises, 5, soit près du tiers, affirment envisager saisir le juge administratif en cas de refus de négociation de l'autorité contractante. Pour le reste, il y a lieu de distinguer les marchés publics des concessions, seules ces dernières bénéficiant d'une disposition spécifique de l'ordonnance pour l'indemnisation du concessionnaire en cas d'exécution dégradée.

- **Les marchés publics** : en matière de marchés publics, l'indemnisation des surcoûts occasionnés par la pandémie est du ressort du droit commun de la commande publique,

aucune disposition de l'ordonnance ne visant précisément cette situation. L'unique question qui était posée les concernant portait donc sur l'appréciation du bouleversement de l'équilibre économique du contrat, troisième condition de la théorie de l'imprévision. Il était demandé aux participants d'estimer un pourcentage de la valeur initiale du marché. D'emblée, il faut souligner que les résultats sont particulièrement disparates. Cela s'explique notamment, ainsi que certains participants le soulignent, à la variabilité de l'appréciation du bouleversement en fonction du contrat considéré. Mais la grande diversité constatée pourrait aussi trouver une explication dans le caractère incertain de la notion, laissant la pratique quelque peu désarmée. Les chiffres recueillis sont exprimés dans le graphique suivant (en horizontale, à nouveau, la valeur nette du nombre de réponses, étant entendu que 52 participants ont répondu et que certaines réponses ne sont pas exploitables) :

Pourcentage de surcoûts considéré comme bouleversement de l'économie du marché



- **Les concessions** : ici, un élément frappe naturellement. Deux séries de questions étaient posées. Certaines portaient spécifiquement sur le recours à l'article 6, 6° de l'ordonnance du 25 mars 2020, d'autres étaient plus générales. Il ressort des réponses que les acteurs ont davantage mobilisé le droit commun que l'ordonnance pour traiter de l'indemnisation du concessionnaire.
 - Ordonnance : pour rappel, l'article 6, 6° de l'ordonnance était rédigé comme suit :

Lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités l'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte 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 représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire

1 seul participant a affirmé avoir eu recours à cette disposition, ce qui est, naturellement insuffisant pour en éprouver la pertinence effective, mais qui n'est

pas non plus anodin quant à sa portée pratique. Celui-ci estime avoir eu des difficultés d'interprétation de cette disposition, difficultés qui, sans surprise, portent sur le calcul de l'indemnisation des surcoûts, le « quantum de la prise en charge » pour reprendre ses propres termes. Là encore, le besoin de sécurité juridique semble intense pour les acteurs. Enfin, ce participant précise qu'un décompte régulier des surcoûts induits par la pandémie est tenu.

- Imprévision : 16 participants ont répondu aux questions relatives aux modalités de calcul des surcoûts engendrés. Cette donnée montre que les acteurs se sont bien plus facilement tournés vers la théorie de l'imprévision que l'ordonnance du 25 mars en matière de concessions. Ceci peut s'expliquer par le fait que la théorie de l'imprévision ne présentait pas de désavantage majeur par rapport à l'ordonnance, qui souffre d'un degré sensiblement analogue d'imprécision. Là encore, on notera des réponses assez disparates qui montrent que les concessionnaires et autorités concédantes ont été plutôt démunies et ont improvisé. Sur la question relative à la durée d'appréciation du déficit d'exploitation, les réponses varient de 6 mois à la durée totale du contrat sans qu'il soit possible de dégager un trait commun. Pour ceux qui ne l'apprécient pas sur la durée du contrat, certains l'apprécient sur l'année civile 2020, d'autres sur une partie, voire la totalité de l'année 2021. Ceci s'explique aussi, sans doute, par l'incertitude pesant encore sur l'exécution de ces contrats, l'épidémie n'ayant pas encore été jugulée. Enfin, à la question de savoir si le calcul des surcoûts avait été opéré en fonction d'un bénéfice raisonnable, seuls 3 participants sur les 16 répondent par l'affirmative. Les autres ne précisant pas quelle avait été leur base de calcul, il y a tout lieu de penser que cela s'est fait de manière très erratique.

127. Fondements juridiques de l'indemnisation des surcoûts. La problématique du fondement juridique de l'indemnisation des surcoûts révèle sa profonde sensibilité dès la première question de la partie. Sur 64 participants, 30, soit près de la moitié, estiment qu'aucune indemnisation ne sera envisagée dans le cas où le titulaire a, de sa propre initiative et donc sans demande de la part de l'autorité contractante, adopté des mesures d'organisation nouvelles vis-à-vis des règles sanitaires. Ces données témoignent encore de la réticence des autorités contractantes à indemniser leur titulaire pour faire face à une situation dont elles ne sont pas à l'origine. Ce constat se poursuit à travers la question, plus directe, de savoir si les autorités contractantes avaient été enclines à indemniser et, si oui, pour quelle raison. Là, un tiers (21/60) affirme que non, un autre tiers (19/60) par souci pour le titulaire, un dernier tiers par soutien de l'économie, locale (16/60) ou nationale (4/60). En tout état de cause, ces chiffres confirment que la prévision de l'aléa n'est pas assez sécurisée, ce qui se traduit nettement dans les réponses à deux questions, celle de savoir quel avait été le fondement juridique de la demande d'indemnisation et celle portant sur le fondement finalement retenu.

- **Fondement de la demande :** l'une des réponses, apportée par une autorité contractante, résume parfaitement le constat général qu'il est ici possible de dresser : « absence de fondement juridique précis pour les entreprises, d'où la difficulté à traiter la demande ». Plus particulièrement, 12 participants sur 61 ont répondu que l'indemnisation avait été demandée sur le fondement des clauses contractuelles, 37 sur celui de la théorie de

l'imprévision et 22 sur un autre fondement. Parmi ceux-ci, il faut dire que l'on trouve une pluralité de fondements évoqués : « *modification unilatérale* », le fondement étant alors en réalité la théorie de l'équation financière, « *sujétions imprévues* », « *force majeure* » ou encore « *ordonnance* ». Si certains d'entre eux sont pertinents, en particulier la théorie de l'équation financière ou encore les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 en ce qui concerne les concessions, les sujétions imprévues et la force majeure, entendue ici au sens propre, ne sont pas des fondements pertinents pour les raisons évoquées *supra* concernant la suspension. Ce vaste spectre de fondements de demandes d'indemnisation se retrouve dans le fondement finalement retenu.

- **Fondement retenu** : il est ici opportun de reporter les fondements retenus par les participants au questionnaire et d'en analyser la pertinence. La question a obtenu 95 réponses correspondant à 66 participants, puisque les participants pouvaient opter pour plusieurs solutions. Il faut noter que certaines réponses sont inexploitable, celles qui, par exemple mentionnent « *aucun* », « *sans objet* », « *rien* » ou plus généralement « *crise sanitaire* ».
 - **Clauses** : 18 participants sur les 66 ont opté pour la solution contractuelle. Au regard des autres fondements retenus, c'est une minorité qui démontre à nouveau l'insuffisant traitement contractuel de l'aléa en droit public. Parmi eux, seuls deux font état de clauses particulières, tous les autres mentionnant les CCAG. Deux autres ont encore précisé que les articles 6.2 et 10.1.1 du CCAG travaux avaient été activés. Il ne s'agira pas de revenir sur ces stipulations déjà évoquées au stade de la suspension, mais il semble qu'elles ne soient pas suffisantes juridiquement. L'article 6.2 vise expressément les modifications législatives relatives aux conditions de travail, son périmètre est donc restreint à deux égards. D'une part, il ne peut concerner que les surcoûts relatifs aux conditions de travail. D'autre part, cela ne peut concerner que des mesures législatives et non réglementaires. La plupart des mesures pour faire face à l'épidémie ayant été édictées par des ordonnances non encore ratifiées qui ont donc valeur réglementaire, la portée pratique de cette stipulation est limitée. Concernant l'article 10.1.1 il ne porte que, généralement, sur le contenu des prix et en exclut les sujétions qui n'étaient pas normalement prévisibles, mais n'offre aucune ligne de conduite en termes d'indemnisation.
 - **Imprévision** : 27 réponses sur 66 se sont tournées vers la théorie de l'imprévision. Il s'agit effectivement là du fondement extracontractuel *a priori* le plus pertinent. Pour rappel, la théorie de l'imprévision peut être déclenchée si trois conditions sont réunies : la survenance d'un événement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, indépendant de la volonté des cocontractants et qui bouleverse réellement l'équilibre économique du contrat (CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*). Par ailleurs, d'ordre public, elle peut être mobilisée nonobstant les clauses contractuelles (CE, Sect., 5 nov. 1937, *Dép. des Côtes-du-Nord*). L'utilisation importante de la théorie de l'imprévision face à la pandémie n'est donc pas surprenante et l'est d'autant moins que dès le premier confinement, la DAJ du ministère de l'économie et des finances a publié un document intitulé *Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique* dans lequel il est précisé que les entreprises peuvent l'invoquer pour provoquer une renégociation du contrat. Pour autant, la théorie de l'imprévision n'est pas non plus le gage absolu d'une indemnisation du

titulaire. Si les deux premières conditions semblent assez incontestablement réunies, la question du bouleversement économique du contrat dépend de chaque situation contractuelle. Un participant a apporté une appréciation à ce stade, selon laquelle l'imprévision est « *généralement non admise par la collectivité* » puisque « *c'est au titulaire d'apporter la justification détaillée des problématiques financières qui résultent de la circonstance* », une preuve qu'il n'est pas toujours aisé à apporter. On indiquera que l'appréciation des conditions de mise en œuvre relevait d'une partie ultérieure du questionnaire relative au bilan des règles applicables.

- Force majeure : 2 participants sur 66 mentionnent la force majeure. Cela a déjà été évoqué, celle-ci ne saurait justifier une indemnisation pour exécution dégradée. Elle demeure une cause d'exonération de responsabilité contractuelle pouvant conduire à la résolution du contrat.
- Sujétions imprévues : 2 autres justifient l'indemnisation par les sujétions imprévues. Là encore, elles semblent inadaptées, la pandémie ne représentant pas une sujétion technique à proprement parler.
- Ordonnance : 1 seul participant sur les 66 affirme que les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 ont été mises en application, sans doute dans une concession.
- Avenant : il s'agit du fondement qui obtient une majorité relative puisque 32 participants sur 66 l'évoquent. Il est difficile de savoir dans quelle proportion ces avenants ont été conclus suite à l'application de clauses contractuelles, en particulier l'article 6.2 du CCAG travaux qui le rend nécessaire ou de la théorie de l'imprévision et donc quel est le volume des avenants conclus à la suite d'une simple négociation, par des contractants voulant en tout état de cause surmonter de concert la crise. Néanmoins, l'importance du phénomène convainc à nouveau de l'insuffisance des mécanismes en place avant la crise pour y faire face.

128. Formalisation contractuelle de l'indemnisation des surcoûts. Enfin, à la question de savoir si l'indemnisation des surcoûts a fait l'objet d'un avenant, 38 participants sur 66 ont opté pour le oui et 28 pour le non. Il y a lieu de penser que pour ces derniers, l'indemnisation a soit pris la forme d'une modification unilatérale, soit n'a pas été formalisée.

B. L'adaptation des contrats publics

129. Face à l'exécution dégradée consécutive à la crise sanitaire, les contrats publics ont dû s'adapter. Si, en ce qui concerne plus particulièrement les contrats administratifs, leur mutabilité est, selon une perception classique, davantage possible que concernant les contrats de droit privé pour lesquels le principe d'intangibilité s'applique avec plus de force, cette assertion doit tout de même être nuancée, spécifiquement pour les contrats de la commande publique dont les conditions de modification intègrent aussi l'exigence de respect du droit de la mise en concurrence. Ceci semble confirmé par l'enquête qui dévoile une minorité de modifications de contrats sur l'ensemble de notre panel, avec une prime aux modifications conventionnelles par rapport aux modifications unilatérales.

La question des délais d'exécution, explicitement prévue par l'ordonnance, justifie un traitement à part entière avant que ne soit abordée, dans un sens plus général, la modification du contrat.

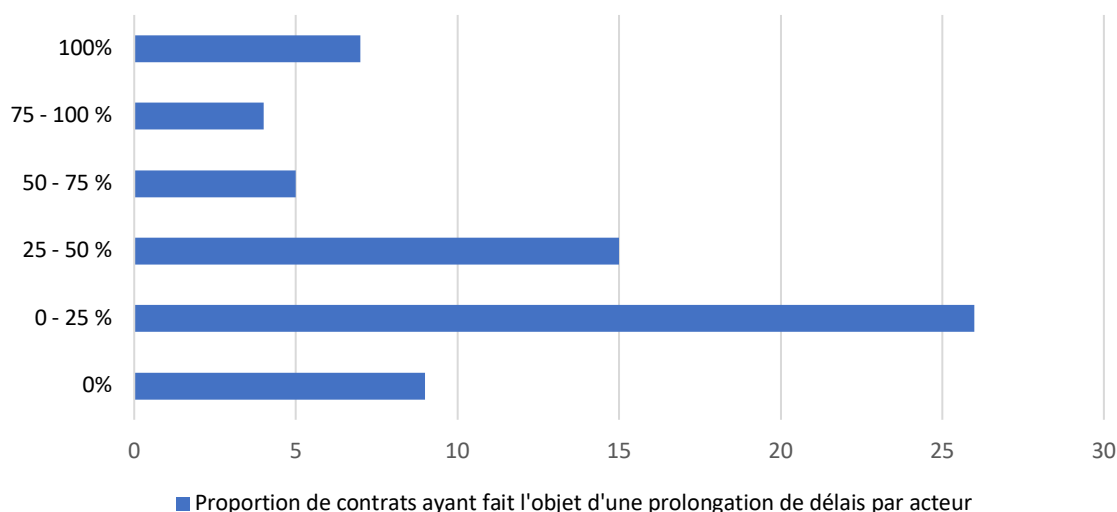
1. Les délais d'exécution

130. Aperçu quantitatif. Afin de disposer de données quantitatives sur l'étendue pratique de la prolongation des délais, il a été demandé aux participants d'estimer la part des contrats publics auxquels ils sont partie qui a été concernée par une telle prolongation permise par l'article 6, 1° de l'ordonnance du 25 mars, dont la teneur était la suivante :

Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1^{er}, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel

Les données recueillies à partir de 66 réponses montrent que le phénomène n'a pas été généralisé. Il semble en effet, à en croire notre panel, que moins de la moitié des contrats publics aient été concernés, comme le montre le graphique récapitulatif ci-après :

Proportion de contrats ayant fait l'objet d'une prolongation de délais par acteur



On constate au regard de ces chiffres que la grande majorité des réponses se concentrent entre 0 et 50 %. Là encore, le pic observé à 100 % s'explique probablement par les réponses de participants n'étant partie qu'à un faible nombre de contrats qui ont tous vu leurs délais d'exécution prolongés. Ces chiffres apparaissent assez faibles par rapport à ce qui était attendu. Certes, l'article 6, 1° de l'ordonnance conditionne la prolongation du délai à l'exigence que la poursuite de l'exécution dans des conditions initiales fasse peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, mais l'on aurait pu penser, au regard des contraintes pesant sur les chantiers ou des

difficultés d'approvisionnement, que le phénomène eut été plus vaste. Sans doute faut-il interpréter ces chiffres par la résilience dont ont pu faire preuve les cocontractants en exécutant malgré tout leurs obligations. Une autre interprétation, moins optimiste, consiste à dire que des demandes de prolongation n'ont pas été acceptées par les autorités contractantes. La vérité se situe certainement quelque part entre ces deux pôles.

131. Étendue des prolongations. Alors que l'article 6, 1° de l'ordonnance précise que lorsque le délai d'exécution est prolongé, il l'est pour une durée allant au moins jusqu'au 23 juillet 2020, l'étude laisse entrevoir que la pratique s'est parfois trouvée plus restrictive. En effet, sur les 57 réponses, 14, soit près de 25 % font état d'un délai de prolongation inférieur à la durée de l'état d'urgence sanitaire. Ce chiffre ne laisse pas d'étonner : soit c'est d'un commun accord, alors que les mesures sanitaires s'adoucissaient que les parties ont conjointement opté pour des délais réduits, soit cela s'est fait à la décision de l'autorité contractante et en contrevenant à la lettre de l'ordonnance.

Pour le reste, 21 participants affirment que la prolongation a couvert la totalité de l'état d'urgence sanitaire et 22 qu'elle a été supérieure à celui-ci. Ce dernier chiffre marque, quant à lui, une certaine souplesse de la part des autorités contractantes qui n'étaient pas juridiquement tenues d'étendre les délais au-delà de ce qui était prévu par l'ordonnance.

132. Formalisation de la prolongation. Sur la forme juridique qu'a pu prendre la prolongation des délais, on constate une fois encore une certaine hétérogénéité. Celle-ci s'explique, naturellement, par la nouveauté du procédé et le fait que l'ordonnance ne précise pas selon quelle forme devait être actée la prolongation, mais aussi par la diversité des situations et des contrats. Ainsi, un participant précise bien que cela a été « *très différent selon la nature des obligations concernées* ». Par ailleurs, les chiffres sont ici assez difficiles à systématiser étant entendu que les participants avaient plusieurs possibilités de réponse, à savoir « *modification unilatérale* », « *avenant* » et « *autre, précisez* », mais que tous pouvaient formuler des commentaires. Or, sur 66 réponses, plus de commentaires ont été déposés (24) que de réponses « *autre* » (11), ce qui ne permet pas de savoir ce qu'ont effectivement répondu ces derniers. Par ailleurs, certains commentaires sont inexploitable car ne répondant pas à la question posée.

- **Absence de formalisation** : 1 participant sur 66 précise qu'« *il n'y a pas eu de formalisation de la prolongation des délais* », ce qui est assez étonnant du point de vue de la sécurité contractuelle de l'opération.
- **Modification unilatérale** : 23 participants ont répondu que la prolongation avait été actée par modification unilatérale, laquelle a généralement pris la forme d'un ordre de service ou d'un courrier avec accusé de réception.
- **Avenant** : 32 participants sur les 66 ont vu une prolongation formalisée par un avenant. Ce dernier a donc, dans une mesure toute relative été privilégié par rapport à la modification unilatérale, probablement pour une raison qu'un participant a livrée et selon laquelle : « *nous privilégions l'avenant qui manifeste l'accord des deux parties* ». Il y a lieu de croire que dans bien des cas, les parties s'en sont rendues à la technique inhérente à la logique contractuelle, l'accord de volontés.

133. Litiges. Malgré tout, la question de la prolongation des délais d'exécution ne semble pas avoir été une cause majeure de dissensions ou de litiges naissants. Cela peut

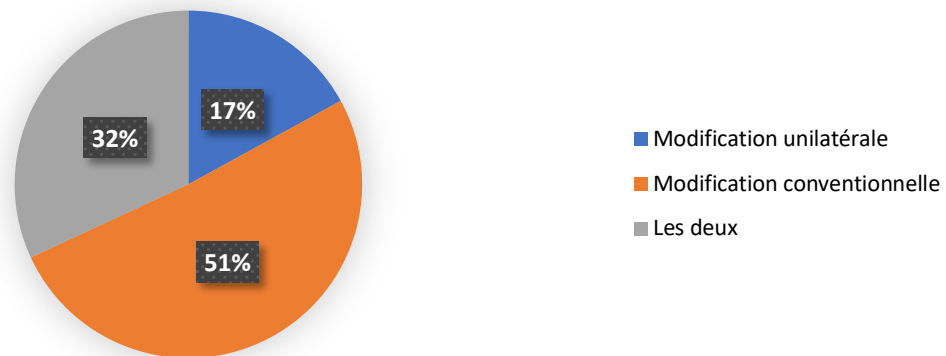
s'expliquer par le fait que dans l'extrême majorité des cas, les prolongations de délais ont été acceptées. Sur 66 participants, seuls 4 mentionnent avoir dû faire face à un refus suite à une demande de prolongation des délais d'exécution. On comprend aisément que la plupart des autorités contractantes a fait preuve d'une mansuétude toute naturelle sur cette question.

De même, peu de litiges sont nés sur les causes de l'allongement des délais, selon que celle-ci soit la conséquence de l'épidémie ou le résultat d'une faute contractuelle, 11 participants sur 66 mentionnant l'apparition d'un tel litige. La part des litiges ainsi nés est probablement le résultat du sentiment qui a pu, parfois légitimement, naître chez certaines autorités contractantes, selon lequel certains cocontractants auraient pu profiter de l'épidémie pour demander des prolongations de délais de façon abusive.

2. La modification du contrat

134. Forme juridique de la modification. La modification du contrat a, semble-t-il, fait part belle à la logique contractuelle, avec une prime à l'avenant, un besoin de clauses de sécurisation de l'aléa par rapport à la modification unilatérale laquelle conserve toutefois certains avantages. Le graphique ci-après montre, par participant, les proportions du recours à la modification unilatérale, conventionnelle, ou les deux, certains participants ayant rencontré alternativement l'une et l'autre des situations. Les taux affichés se fondent sur un panel de 67 acteurs de la commande publique.

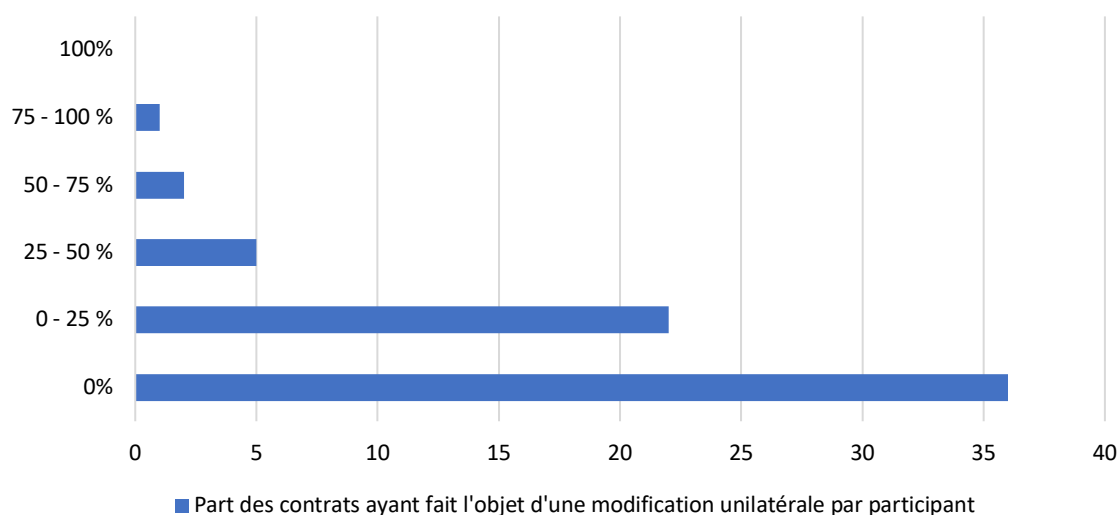
Forme de la modification



- **Modification unilatérale** : si elle fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs (*CE, 2 fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux*) et qu'elle est reprise à l'article L.6, 4° du Code de la commande publique, il reste que la modification unilatérale est un procédé exceptionnel qui tend à se marginaliser en pratique, pris en étau entre l'accroissement des limites objectives qui l'entourent et le développement de mécanismes contractuels de modification. Il n'est donc pas étonnant de voir qu'elle a été moins mobilisée que ces mécanismes contractuels. Pour disposer de donner plus fines, il a été demandé aux participants quelle avait été la part de leurs contrats publics ayant fait l'objet d'une modification unilatérale (hors indemnisation des surcoûts). 66 participants ont répondu à cette question dont les résultats sont présentés dans le graphique suivant. Comparé au graphique immédiatement postérieur relatif à la modification conventionnelle,

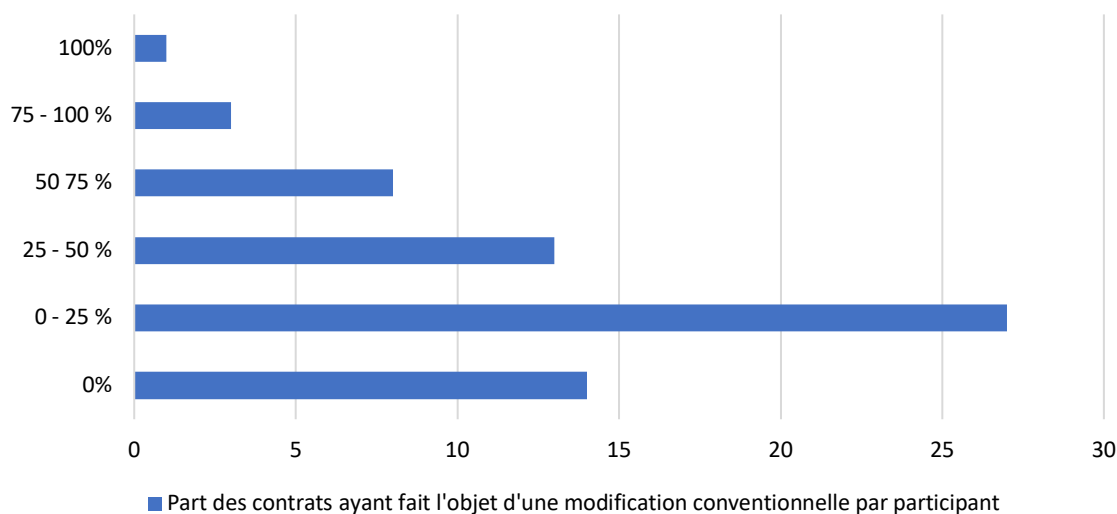
on peut confirmer que la modification unilatérale a été nettement moins utilisée que l'avenant. Il était également demandé aux participants de préciser les raisons du recours à la modification unilatérale. Outre les raisons de fond qui seront étudiées ci-après, l'étude fait apparaître deux catégories de réponses, également réparties. D'une part, le choix du procédé unilatéral a pu être guidé par un désaccord entre l'autorité contractante et le titulaire, lequel désaccord a pu se traduire par le refus du titulaire de poursuivre l'exécution du contrat en l'état. Cette réponse concerne 11 participants sur 63. D'autre part, il a été largement souligné que le recours à la modification unilatérale est plus efficace et plus rapide que l'avenant, ce que précisent 10 répondants sur les mêmes 63. Ceci doit être relativisé. La modification unilatérale, dans le contexte de la crise sanitaire, a pu être plus efficace mais sur certains points seulement, ne soulevant pas de difficultés majeures, comme les délais.

Part des contrats ayant fait l'objet d'une modification unilatérale par participant



- **Modification conventionnelle** : la même question que concernant la modification unilatérale a été posée aux participants. Ceux-ci devaient préciser quelle proportion de leurs contrats avaient fait l'objet, ou allait faire l'objet, d'une modification conventionnelle. Ici aussi, 66 participants ont répondu à la question dont les données sont exposées dans le graphique ci-après. On note bien que les proportions sont plus importantes que concernant la modification unilatérale, témoin de la faveur pour l'instrument contractuel dans une majorité de cas. Afin de préciser ces données, il faut souligner que sur 64 réponses à la question de savoir s'il y avait eu un recours à des clauses de rencontre, 28 optent pour le oui, 36 pour le non. Ce résultat est surprenant tant le reste de l'enquête montre un faible recours à ce type de clauses. Par ailleurs, à la question de savoir s'ils ajouteraient une telle clause dans le contrat, par avenant, à la condition que ce soit juridiquement sans risque, 45 sur les mêmes 64 répondent par l'affirmative et seulement 19 par la négative, ce qui tend à prouver que la pandémie a provoqué une certaine prise de conscience quant à la pertinence de pareilles clauses, ainsi que cela est par ailleurs confirmé par les interviews.

Part des contrats ayant fait l'objet d'une modification conventionnelle par participant



135. Objet de la modification. Sur l'objet de la modification, quatre questions étaient posées aux participants. D'abord, il leur était demandé, généralement, quelles avaient été les motivations d'une modification unilatérale. Ensuite, sur les avenants, la question portait sur le fait de savoir si celui-ci avait concerné les difficultés passées, à venir ou les deux. Enfin, il était ressorti de certains entretiens de l'enquête qualitative que, parfois, une transaction avait été conclue pour tout à la fois convenir de modifications contractuelles et éviter tout contentieux.

- **Motivations des modifications unilatérales** : malheureusement, la question a été l'occasion pour les participants de fournir plusieurs sortes de réponses dont toutes ne sont ici exploitables. Certaines réponses seulement (5/64) ont porté sur l'objet de la modification unilatérale, les autres sur la raison initiale du recours au procédé (elles ont été traitées *supra*) ou sur la forme de la modification unilatérale. En ce qui concerne les 5 réponses ayant précisément porté sur l'objet de la modification, 1 précise que la mutation a concerné la prise en compte des mesures sanitaires, 1 autre l'ajournement et 3 les délais d'exécution. Ces données sont évidemment trop faibles pour fournir une interprétation bien étayée, mais on peut supposer que la modification unilatérale a pu être utilisée dans une pluralité de situations.
- **Motivations des avenants** : à la question de savoir si les avenants avaient eu pour objet de régler des difficultés passées, à venir, ou les deux, 66 réponses ont été enregistrées. 15 d'entre elles précisent que ce sont les difficultés passées seulement qui ont été traitées (assez improprement alors car la transaction devrait être privilégiée en pareil cas), 11 les seules difficultés à venir et 40 l'ensemble des difficultés, passées et à venir. Cette écrasante majorité tend à prouver que les contractants ont dans la plupart des cas eu la volonté d'anticiper les événements à venir en sécurisant leurs relations contractuelles. Par voie de conséquence, on peut aussi interpréter négativement cette donnée en ce qu'elle semble à son tour traduire de l'insuffisance du traitement contractuel de l'aléa avant que ne survienne la crise sanitaire.
- **Transactions** : ouverte en matière contractuelle, elle a pu être utilisée pour régler les conséquences de la crise tout en parant tout risque contentieux. Sur 65 participants ayant

répondu à cette question, 30 reconnaissent ne pas y avoir recouru. Toutefois, 23 estiment qu'entre 0 et 25 % de leurs contrats ont été concernés, 7 que la proportion se situe plutôt entre 25 et 50 %, 1 entre 50 et 75 %, 2 entre 75 et 100 % et 2 autres qu'une transaction a été conclue pour l'ensemble de leurs contrats. Si le phénomène n'a, logiquement, pas concerné la majorité des contrats publics, on note toutefois qu'il a été relativement large. Cela laisse penser que les acteurs de la commande publique ont eu à cœur de traiter les litiges naissants par la voie conventionnelle et d'éviter d'avoir à en référer au juge.

136. Limites à la modification. Une question large a également été posée aux participants sur le fait de savoir s'ils avaient estimé que les règles de droit avaient posé des limites à leur volonté de modifier leurs contrats. Les réponses font généralement état d'un grand nombre de limites juridiques invoquées par les participants et qui semblent avoir provoqué un sentiment de frilosité, seuls 11 participants sur 66 ont tenu à préciser qu'aucun frein n'avait été invoqué :

- ***Limite tenant aux règles de modification des contrats*** : il s'agit de la limite qui a été la plus largement invoquée. 35 participants sur les 66, soit plus de la moitié, la mentionnant expressément. Il faut ici dire que l'ordonnance n°2020-319 n'exonère pas les autorités contractantes du respect de règles du Code de la commande publique relatives aux modifications, en particulier les articles R.2194-1 et suivants concernant les marchés publics et R.3135-1 et suivants pour les concessions. La bonne connaissance de ces règles par les acheteurs publics et la crainte de contentieux a été un frein certain aux modifications. On peut s'étonner toutefois de cette crainte tant la possibilité de modifier les contrats jusqu'à hauteur de 50 % pour les pouvoirs adjudicateurs en cas de circonstances qu'une autorité contractante diligente ne pouvait prévoir ne devrait pas conduire à un tel frein. De manière encore plus surprenante, certaines réponses font état de la nécessité de respecter les seuils de 10 et 15 %.
- ***Limite tenant au droit des aides d'État*** : le risque de requalification de la modification en aide d'État a été relativement peu présent chez les participants au questionnaire puisque seuls 8 estiment que cela a été une limite. Ceci peut notamment s'expliquer par la clémence dont la Commission européenne a affirmé faire preuve concernant les aides temporaires pour faire face à la crise dans sa communication du 19 mars 2020, mais aussi par le fait que le droit des aides d'États ne touche qu'indirectement les contrats de la commande publique, ce qui fait que certains acteurs n'ont certainement tout simplement pas pensé aux limites qu'il pouvait engendrer.
- ***Limite tenant à l'interdiction des libéralités*** : l'interdiction faite aux personnes publiques de disposer à titre gratuit, c'est-à-dire de consentir des libéralités, est naturellement une limite aux compensations financières que peuvent délivrer les personnes publiques à leurs cocontractants, puisqu'il impose que tout transfert financier soit justifié par le maintien de l'équilibre financier du contrat. Pour autant, seuls 9 participants précisent que ce principe d'interdiction a été une limite aux modifications.
- ***Limite tenant à l'incertitude des fondements juridiques*** : 2 réponses font état de limites liées aux fondements juridiques incertains de la modification. Parmi elles, l'ordonnance du 25 mars est invoquée par l'un des répondants, l'autre affirmant que la circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020, concernant les contrats de l'État, était dépourvue de valeur juridique et, partant, ne contraignait pas à indemniser les entreprises, ce qui a constitué une limite. On peut s'étonner là encore d'une telle réponse, puisque le fait qu'il n'y ait pas

d'obligation ne devrait pas se traduire par un sentiment d'impossibilité d'indemnisation. Il est vrai que les textes entretiennent parfois une telle confusion entre ce qu'il est obligatoire d'accorder et ce qu'il est permis de faire (cf. Fiche technique « Traitement des réclamations et demandes de modifications des titulaires de marchés publics liés à l'épidémie de Covid-19 » de la Direction des Achats de l'État de juin 2020 dans sa version du 6 août 2020).

137. Réclamation. Enfin, une question avait pour ambition de vérifier si la modification envisagée avait pu être source d'un différend naissant. En ce qui concerne les marchés publics de travaux, il était demandé si la demande du titulaire avait été considérée par l'autorité contractante comme une réclamation au sens de l'article 50 du CCAG travaux. 49 réponses ont pu être récoltées et 17 ont porté sur l'affirmative. Seul 1 participant a apporté des précisions claires sur la qualification de réclamation en estimant que cela avait été le cas seulement s'il y avait eu un désaccord sur le montant de l'indemnisation. Là encore, on voit bien que la question financière a été la plus épineuse. D'autres participants ayant répondu par la négative ont tout de même souhaité préciser les choses. Ainsi, 1 participant affirme qu'il utilisait la norme NFP 03-001, l'équivalent du CCAG travaux pour les marchés de travaux privés. 2 autres, une autorité concédante et une entreprise ont expressément affirmé qu'au regard du contexte, il ne leur était pas apparu opportun de recourir à l'article 50, compte tenu de son caractère « *pré-contentieux* » peu compatible avec la poursuite de relations contractuelles apaisées, phénomène d'ailleurs confirmé par certaines interviews.

C. Avances

138. Données. Les avances ont fait l'objet de sept questions pour lesquelles le niveau de réponse est varié, allant de 66 pour la première question à 5 pour la dernière. À l'évidence, pour les questions auxquelles un si faible nombre de participants a répondu, il est difficile de tirer des conclusions solides. Certains éléments seront donc, ici, à relativiser.

139. Un phénomène minoritaire. La première question posée consistait à savoir si les participants avaient bénéficié ou avaient fait bénéficier d'avances de trésorerie. La question était volontairement large pour englober tous les acteurs de la commande publique. Sur 66 répondants, seuls 20 ont répondu par l'affirmative, ce qui représente moins d'un tiers des sondés. Plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour expliquer ce faible chiffre. D'abord, certaines entreprises n'ont probablement pas effectué de demande en ce sens. Par ailleurs, il faut noter que l'article 5 de l'ordonnance n°2020-319, reproduit ci-dessous, n'impose aucune obligation vis-à-vis des autorités contractantes de réévaluer les avances :

Les acheteurs peuvent, par avenant, modifier les conditions de versement de l'avance. Son taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Ils ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

Les dispositions du présent article sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, augmentée d'une durée de deux mois.

Ce constat semble se poursuivre à travers la dernière question, qui portait sur le fait de savoir quelle proportion de leurs contrats avait fait l'objet d'un avenant pour modifier les conditions de versement de l'avance. Sur 5 participants, 2 ont répondu qu'aucun des contrats auxquels ils étaient partie avait été concerné, 1 que cela avait touché entre 0 et 25 % de ses contrats, 1 autre entre 25 et 50 % et un dernier entre 50 et 75 %. Bien entendu, les données sont insuffisantes pour l'affirmer, mais il semble qu'une minorité de contrats aient fait l'objet d'une modification contractuelle pour intégrer de nouvelles conditions de versement de l'avance.

140. Pertinence de l'ordonnance n°2020-319. Pour autant, l'article 5 de l'ordonnance a, semble-t-il, eu une portée certaine puisqu'à la question de savoir si ces avances de trésorerie avaient été faites sur son fondement, 18 participants sur 20 ont répondu oui. L'ordonnance a donc conféré un fondement juridique sûr pour accroître le montant des avances. Les deux éléments essentiels du texte méritent attention :

- *Pourcentage du montant du marché* : l'article 5 de l'ordonnance avait notamment dé plafonné le montant des avances en permettant d'en consentir qui soient d'une valeur supérieure à 60 % du montant initial du marché. Or, à la question de savoir quel pourcentage du montant initial représentaient ces avances « Covid », sur 20 participants, 8 ont répondu par « moins de 15 % », 8 par « entre 15 et 50 % » et 4 par « plus de 50 % ». La possibilité de consentir des avances conséquentes n'a donc pas été majoritairement saisie par les acheteurs publics.
- *Constitution d'une garantie* : l'ordonnance a également ouvert la possibilité aux acheteurs, pour les avances supérieures à 30 % du montant initial du marché, de ne pas exiger de garantie à première demande. Il semble que cette possibilité ait été très largement plébiscitée puisque 53 participants sur 58 affirment ne pas avoir dû constituer de garantie en contrepartie d'une avance modifiée sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance.

Ces deux nouveautés ont donc manifestement été positivement éprouvées par la pratique et leur insertion dans le droit commun par le décret du 15 octobre 2020 apparaît salutaire.

141. Difficultés marginales. Les deux questions relatives aux éventuelles difficultés rencontrées par les entreprises n'ont recueilli que 6 réponses. D'une part, il était demandé aux entreprises ayant bénéficié d'une avance de trésorerie si elles avaient éprouvé des difficultés sur la fourniture de justificatifs pour demander une avance sur les sommes dues. D'autre part, la question portait sur le fait de savoir si ces entreprises avaient fait face à des difficultés quant à l'obtention de l'avance obligatoire dans le contexte de la crise sanitaire. Pour ces deux questions, seul 1 participant a répondu positivement, ce qui, bien que là encore les données soient trop peu conséquentes pour être parfaitement exploitables, semble témoigner d'une réactivité certaine des autorités contractantes.

V. Mise en concurrence

Résumé d'étape n°5

La pandémie a également eu une influence notable sur les procédures de passation des contrats de la commande publique. Sur ce point, deux situations peuvent opportunément être distinguées. D'une part le cas des procédures lancées avant le premier confinement et qui ont subi de plein fouet le choc de l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire et son cortège de restrictions. D'autre part celles lancées après le premier confinement et qui ont pu bénéficier de l'expérience acquise par les premières.

Sur les procédures lancées avant le premier confinement, l'enseignement majeur que l'on peut tirer est que dans la majorité des cas, celles des procédures ayant été adaptées ne l'ont été que sur la question des délais, conformément à ce que prévoyait l'article 2 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020. En revanche, 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.

Les procédures lancées après confinement confirment une plus grande prise en compte, par les autorités contractantes, des conséquences de la pandémie en cours sur les procédures de passation. En revanche, une portion négligeable des acheteurs a pris en compte les implications de la crise au niveau des prix ou s'est tournée vers la stipulation de clauses visant à sécuriser les contrats.

142. **Données.** Ici, le choix a été fait de ne poser que deux questions aux participants en leur permettant systématiquement d'apporter eux-mêmes les précisions adéquates. Deux périodes ont été distinguées pour savoir si les procédures de passation avaient été adaptées, à savoir avant et après le premier confinement. Dans les deux cas, un taux identique de réponses a été observé. De la même manière, les commentaires spécifiques apportés par les participants sont en nombre quasiment égal : 38 participants ont commenté la première question, 40 la seconde.

Légende :

- **En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.**
- *En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.*

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Les procédures de mise en concurrence commencées avant le premier confinement ont-elles été adaptées ? Si oui comment ?	61	80	14,9 %
<i>Les procédures de mise en concurrence lancées postérieurement au premier confinement ont-elles été adaptées, et si oui comment ?</i>	61	80	14,9 %

143. **Rappels textuels.** Deux dispositions de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 concernaient directement les procédures de passation. Elles sont susceptibles de concerner les deux questions puisque le champ d'application temporel de l'ordonnance s'est étendu postérieurement au premier confinement jusqu'au 23 juillet 2020.

Article 2 :

Pour les contrats soumis au code de la commande publique, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard, les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

Article 3 :

Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

A. Procédures lancées avant le premier confinement

144. Majorité d'acteurs touchés. Sur les 61 participants ayant répondu à la question, 37 confirment que les procédures de passation dans lesquelles ils étaient impliqués ont été adaptées, soit un taux de près de 61 %. Au regard des réponses fournies, plusieurs enseignements peuvent être tirés.

145. Adaptation de la temporalité des procédures. Sans surprise, la grande majorité des réponses précise que la temporalité des procédures a été, dans une mesure importante, adaptée ainsi que le permettait l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Il faut ici préciser que, selon toute vraisemblance, les autorités contractantes ont dans la mesure du possible fait preuve d'une appréciation casuistique. Ainsi, plusieurs participants précisent que l'allongement des délais a été fonction des procédures ou de l'immédiateté de la satisfaction du besoin. Sur l'adaptation de la temporalité, deux situations peuvent être distinguées :

- **Allongement des délais :** dans la très grande majorité des cas, les autorités contractantes ont allongé les délais de remise des candidatures et des offres. Ainsi, sur les 37 participants affirmant que les procédures avaient été impactées, 29 renseignent qu'ils ont opté pour un tel allongement des délais.
- **Suspension de la procédure :** plus rarement, certaines autorités contractantes ont mentionné avoir totalement suspendu certaines procédures de passation, parfois jusqu'au 11 mai. Naturellement, il ne faut voir dans cette pratique qu'une différence de degré et non de nature avec l'allongement des délais susmentionné. Au reste, il est à noter que cette attitude a été minoritaire notamment à raison du fait qu'elle n'a pu concerner que des contrats dont la satisfaction de l'objet n'était pas essentielle dans la temporalité du premier confinement.

146. Adaptation des modalités des procédures. L'article 3 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 précisait que les modalités de la mise en concurrence pouvaient également être adaptées dans le respect, cela va sans dire, du principe d'égalité de traitement des candidats. Peu d'autorités contractantes se sont résolues à aller dans ce sens à en croire notre panel. Sans doute le risque inhérent à pareille adaptation a joué et a induit une certaine frilosité chez les acheteurs publics ou autorités concédantes. Les seules modifications quant aux modalités qui nous ont été signalées concernent des éléments plutôt anecdotiques. En particulier, des visites *in situ* ont

pu être décalées ou simplement annulées. Par ailleurs, des négociations ont pu se tenir en visioconférence et non en présentiel. Il semblerait donc que les modalités des procédures n'aient pas été chamboulées dans une large mesure.

147. Adaptation des contenus contractuels. Si les objets contractuels n'ont pas fait l'objet de modifications notables, les besoins antérieurs au premier confinement n'ayant pour majeure partie pas disparu avec la crise, au moins deux éléments des contenus contractuels ont pu être impactés :

- **Les prix :** sur ce point, les réponses sont très intéressantes : seul un participant sur les 61 précise que les prix ont été modifiés et plusieurs autres mentionnent expressément qu'ils n'ont pas souhaité les modifier. Un participant s'explique par l'incertitude pesant sur les conséquences en termes de prix de pandémie. Plus généralement, il est possible de formuler l'hypothèse selon laquelle les autorités contractantes ont préféré éviter tout risque quant à la légalité de leurs procédures en ne modifiant pas en cours de procédure un élément aussi sensible.
- **Les clauses :** témoin de la réactivité de certaines autorités contractantes, il a été mentionné que la crise leur avait parfois fait prendre conscience de la nécessité d'intégrer dans leurs contrats en cours de passation des clauses permettant de faire face à la suite de la pandémie ou, plus généralement, à d'autres situations imprévisibles. 4 ont précisé que des « *clauses plus sécurisantes* » pour le contractant avaient été intégrées, l'un d'entre eux précisant que des « *clauses de revoyure* » avaient été stipulées.

148. Annulations de procédures. Enfin, une poignée d'autorités contractantes affirment avoir tout bonnement annulé des procédures sans en préciser les motifs qui, on l'imagine aisément, peuvent être variés, liés notamment à la disparition d'un besoin.

149. Nouvelles procédures. À noter également une réponse assez étrange qu'il faut mentionner pour être exhaustif et qui mérite d'être intégralement retranscrite : « *Marchés attribués et résiliés pour relancer une procédure et avoir des prix plus compétitifs, les entreprises proposant dorénavant des prix cassés* ». Y-a-t-il eu un « effet d'aubaine » dans lequel se seraient engouffrés certains acheteurs ? À l'évidence, cela n'a pas été la norme. Mais cette réponse laisse à penser que cela a pu être le cas. Ici, potentiellement au mépris de la légalité administrative.

B. Procédures lancées après le premier confinement

150. Chiffres analogues. À la question de savoir si les procédures lancées après le premier confinement avaient été adaptées, 39 participants sur les 61 ont répondu oui, 22 non. Ces données sont analogues à celles recueillies pour les procédures lancées avant le confinement, même si on note un frémissement à la hausse. Là encore, les précisions apportées par les participants sont riches en enseignement.

151. Adaptation des délais des procédures. Si aucun participant n'a mentionné de suspension de procédure après le premier confinement, 9 précisent que les délais des procédures ont été prolongés. Il y a lieu de penser que face aux incertitudes liées à la crise sanitaire,

certaines autorités contractantes ont fait preuve de prudence en prévoyant des délais plus étendus qu'à l'accoutumée.

152. Adaptation des modalités des procédures. De façon analogue, 3 autorités contractantes ont affirmé que les modalités des procédures avaient parfois été adaptées afin de prendre en compte les mesures sanitaires. Cela s'est traduit par des adaptations sur les phases procédurales impliquant des contacts humains, comme les visites sur site ou les négociations, pour lesquelles le recours à la visioconférence est, semble-t-il largement partagé.

153. Adaptation des contenus contractuels. C'est davantage ici que l'on peut noter des différences notables vis-à-vis des procédures lancées avant le premier confinement. Rien de plus logique puisqu'ici, nous sommes dans une situation bien différente où la procédure est lancée en connaissance de la situation sanitaire et avec le retour d'expérience des procédures pré-confinement ayant dû être adaptées en cours. Dès lors, les procédures ont pu être adaptées avant d'être lancées et non après l'avoir été, ce qui est de nature à écarter tout risque contentieux. Les enseignements sont ici riches, ils témoignent d'une réelle prise de conscience limitée des autorités contractantes de la nécessité de sécuriser les contrats dans un contexte instable. Les adaptations notables sont rares :

- **Clauses de réexamen** : il ressort des réponses de 5 participants sur les 61 que l'expérience de la crise les a incités à introduire dans leurs contrats des clauses de réexamen. Et encore, celles-ci prennent la forme de « *clauses Covid* » visant, en cas d'imprévu, à partager les surcoûts et non pas de clauses de réexamen plus générales visant toutes circonstances exceptionnelles. Il demeure que ce pourrait être un avantage certain si la pandémie permettait de généraliser ces clauses afin que les imprévisions futures soient contractuellement traitées, ceci permettant par voie de conséquence, de réduire le risque contentieux.
- **Prix** : la question des prix a été impactée par la pandémie dans une proportion limitée mais de deux manières en ce qui concerne les procédures ultérieures au premier confinement :
 - Hausse des prix : 2 autorités contractantes affirment que la pandémie avait induit une hausse des prix, notamment pour les marchés conclus selon un prix global et forfaitaire, afin d'intégrer d'emblée les surcoûts d'exécution liés aux mesures sanitaires, en particulier les nécessités pour les titulaires de se fournir en équipements de protection individuels, comme des masques ou des distributeurs de gel hydro-alcoolique.
 - Prix révisables : 2 participants précisent également que leurs nouveaux marchés ont pu opter pour des prix révisables alors qu'ils étaient classiquement conclus selon des prix fixes, un bordereau des prix « Covid » étant stipulé en cas de maintien de mesures sanitaires contraignantes induisant nécessairement des surcoûts.
- **Nature du marché** : le phénomène est quantitativement restreint puisqu'il ne concerne qu'un participant de notre panel, mais celui-ci a pris le soin de préciser qu'à la suite du premier confinement, il avait opté dans le cadre d'un marché de services de nettoyage pour un « *marché à bons de commande* » en lieu et place du marché à prix global et forfaitaire qu'il concluait habituellement. Il a justifié son choix par la plus grande flexibilité qu'offrait cette forme de marché.

- **Durée** : là encore, cela peut sembler anecdotique, mais il faut mentionner qu'un participant affirme avoir réduit la durée de ses contrats par rapport à ce qu'il faisait habituellement.

VI. Contentieux et précontentieux

Résumé d'étape n°6

Seuls quelques enseignements peuvent, à ce stade, être tirés sur les conséquences contentieuses de la pandémie.

D'abord, il est manifeste que les acteurs de la commande publique ne se sont pas précipités vers les tribunaux pour régler leurs différends. Prime a, semble-t-il, été donnée au règlement amiable des difficultés rencontrées, ce qui peut aussi s'expliquer par la faiblesse des mécanismes contractuels et extracontractuels de traitement de l'aléa qui ont pu dissuader certaines entreprises de porter leurs réclamations au contentieux.

Ensuite, il n'est pas étonnant de constater que sur les projections contentieuses auxquelles se livrent autorités contractantes et titulaires, la question autour de laquelle devraient se tourner majoritairement les requêtes à venir est la question indemnitaire.

Enfin, on peut constater, sans certitude absolue, que les modes alternatifs de règlement des litiges demeurent marginaux dans la résolution des conflits.

154. **Données.** Ici aussi, les données recueillies apparaissent disparates en fonction des questions posées. Le nombre de participants ayant répondu varie de 60 à 2 pour les questions précises. Un élément doit être pris en considération ici, à savoir la temporalité de l'enquête. Celle-ci est réalisée alors que la crise sanitaire n'est pas encore terminée et quelques mois après la fin du premier confinement. Il est donc certain que des négociations soient toujours en cours et que certains contentieux ne soient pas encore noués du fait des conséquences de la pandémie.

L'enquête ne donnera donc ici qu'un aperçu du contentieux « Covid » des contrats publics.

Légende :

- **En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.**
- *En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.*

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Certaines réclamations ont-elles fait l'objet de recours devant les tribunaux ?	38	103	26, 9 %
<i>Pouvez-vous quantifier la proportion de vos contrats publics qui ont fait l'objet d'un recours devant les tribunaux ?</i>	2	139	1, 4 %
Pouvez-vous estimer la proportion de vos contrats qui vont faire l'objet de recours contentieux ?	60	81	42, 6 %
<i>Devant quel ordre juridictionnel principalement ?</i>	2	139	1, 4 %
<i>Quels sont les motifs avancés ?</i>	2	139	1, 4 %
Quels types de recours contentieux ont été déposés ou sont susceptibles de l'être ?	41	100	29, 1 %
<i>Avez-vous saisi le juge d'une demande de résiliation pour force majeure ou imprévision durable (force majeure administrative) ?</i>	22	119	15, 6 %

<i>Avez-vous introduit ou envisagez-vous d'introduire des recours en indemnisation pour exécution dégradée ?</i>	21	120	14, 9 %
<i>Avez-vous introduit ou envisagez-vous d'introduire des recours en indemnisation pour des frais liés à la suspension ?</i>	20	121	14, 2 %
Avez-vous saisi ou envisagez-vous de saisir le médiateur des entreprises et/ou le Comité consultatif de règlement amiable des différends ou un autre organe de conciliation ?	42	99	29, 8 %
Les négociations à l'amiable ont-elles abouti ?	30	158	21, 3 %
Avez-vous recherché à engager la responsabilité d'un titulaire qui n'aura pas apporté de preuve que ses difficultés sont liées à la crise sanitaire ?	24	162	

155. Les contentieux engagés. La première question portait sur le fait de savoir si des recours avaient déjà été déposés. Ici, les données sont suffisantes pour dresser un constat qui n'est guère susceptible d'appel. Sur 38 participants, seuls 2 ont affirmé que des réclamations étaient déjà en cours d'instruction devant les tribunaux. Ces 2 participants estiment, par ailleurs, entre 0 et 25 % la part des contrats auxquels ils sont partie concernés par un contentieux actuel. Il est donc clair qu'à l'heure actuelle, peu de recours sont engagés pour des questions relatives aux conséquences de la pandémie en matière contractuelle. L'une des explications tient sans doute au fait que dans une bonne majorité des cas, les négociations amiables ont abouti à un accord, ce qui est affirmé par 26 participants sur 30.

156. Les contentieux estimés. Aussi instructive est la question des contentieux probablement à venir. Il était demandé aux participants à l'enquête d'estimer la part de leurs contrats qui allait faire l'objet d'un recours. 60 réponses ont été enregistrées. 7 participants n'ont pas souhaité se prononcer sur une telle proportion, sans doute au regard de l'incertitude actuelle de la question. Pour le reste, 36 estiment qu'aucun de leurs contrats ne fera l'objet d'un recours, 16 que cela ne concernera qu'entre 0 et 25 % de ceux-ci et seulement 3 ont répondu entre 25 et 50 %. Il est donc a priori possible de considérer encore qu'une forte majorité de contrats publics du panel n'ira pas devant le juge du fait des conséquences de la pandémie. Mais l'on doit relativiser ce chiffre dans la mesure où il intègre les réponses de nombre d'autorités contractantes (54 % du panel) qui ne seront pas les demandeurs à l'instance et qui peuvent penser que les entreprises n'oseront pas se lancer dans de telles procédures contentieuses.

Sur ces contentieux envisagés, seuls 2 participants ont répondu aux questions sous-jacentes de savoir devant quel ordre de juridiction ces contentieux seront portés et pour quels motifs. À la première question, les 2 ont opté pour la juridiction administrative et pour un motif indemnitaire, l'un ajoutant que le motif sera aussi lié à une absence de suspension ou de résiliation du contrat.

157. Faible recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. Si en droit administratif, la matière contractuelle apparaît comme une terre d'élection pertinente du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, il demeure que le recours à ces techniques reste faible, ce qui est confirmé par le questionnaire. Ainsi, à la question de savoir s'il y avait eu ou s'il était envisagé de faire appel à un organe de conciliation quel qu'il soit, sur 42 réponses, seules 7 se sont tournées vers la positive.

158. La question indemnitaire sur le devant de la scène. Une question générale portait sur le type de recours déposé ou susceptible de l'être. 41 participants y ont répondu, mais seules 30 réponses sont exploitables, 11 précisant simplement que la question est, à ce jour, sans objet ou qu'aucun recours n'est envisagé. Pour le reste, 26 réponses, soit une écrasante majorité, précisent que ce sera un recours indemnitaire. À ce chiffre, il convient d'ajouter un référé provision. Sur les autres recours, le recours *Béziers II* en reprise des relations contractuelles n'a obtenu qu'un seul suffrage et le recours en résiliation seulement 2.

C'est donc, sans surprise, sur des questions indemnitaires que les tribunaux auront majoritairement à se pencher dans les mois à venir en ce qui concerne les contrats publics touchés par la pandémie.

Les questions subséquentes qui étaient posées n'ont pas obtenu de réponses en nombre suffisant pour en tirer des conclusions plus fines. 10 participants ont répondu aux questions de savoir si un recours indemnitaire avait été déposé pour exécution dégradée (4 ont répondu par l'affirmative) et si un tel recours avait été engagé pour des frais liés à la suspension du contrat (2 ont répondu positivement). Cela ne permet que d'entrevoir que c'est davantage face à une exécution dégradée que le contentieux se portera, ce dont on se doutait déjà. Par ailleurs, 24 autorités contractantes ont répondu à la question portant sur l'engagement de la responsabilité d'un titulaire qui n'aurait pas apporté la preuve que ses difficultés étaient bien liées à la crise sanitaire, avec une nette tendance pour le non (20/24). On peut en déduire que ce contentieux sera, là encore, relativement marginal.

VII. Bilan demandé aux participants

Résumé d'étape n°7

Au stade du bilan qui était demandé aux participants, trois éléments peuvent être soulevés.

D'abord, il ressort de l'enquête que les participants considèrent en grande majorité (26/30) le droit des contrats publics comme mieux armé que le droit privé pour faire face à l'imprévu. Ceci est, sans doute, à la fois lié au fait que le panel comprend une majorité d'autorités contractantes et à une part de vérité dans cette affirmation, le droit des contrats administratifs en particulier ayant traité de longue date la problématique des aléas d'exécution.

Ensuite, il est aussi apparu que, pour armé qu'il fût, le droit des contrats publics ne l'était pas suffisamment pour faire face à une crise de cette ampleur. Plus encore, les réponses gouvernementales apportées, en particulier l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 et la circulaire du Premier ministre du 9 juin, ont été utiles, mais insuffisantes pour régler tous les problèmes survenus.

Enfin, en matière de prospections, les participants se sont montrés particulièrement enthousiastes et ont formulé des propositions qui vont bien au-delà des solutions pérennisées par la loi ASAP. Il ressort de l'enquête qu'il serait sans doute très pertinent de réfléchir à une précision de la théorie de l'imprévision (définition de la notion de bouleversement économique et répartition des charges grâce à une matrice souple et fonction du montant et de la forme contractuelle), de généraliser les clauses de rendez-vous, d'intégrer le risque pandémique aux CCAG ou encore de penser un régime juridique de la suspension du contrat en cas de circonstances exceptionnelles.

159. **Données.** Placée en fin de questionnaire, cette partie a donné lieu au plus faible nombre de réponses. Néanmoins, les participants s'étant prêtés au jeu des propositions ont eu à cœur de préciser leurs points de vue et les résultats sont, une fois encore, très intéressants.

QUESTIONS	REPONSES	ABSENCES DE REPONSE	TAUX DE REPONSE
Si vous avez matière à comparer, les règles applicables aux contrats privés vous semblaient-elles plus à même de répondre aux difficultés rencontrées ?	30	111	21, 3 %
<i>Les règles relatives aux contrats privés font davantage preuve de :</i>	4	137	2, 8 %
Quel a été l'impact de la circulaire du 9 juin 2020 sur votre pratique ?	55	86	39 %
L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 vous a-t-elle été :	56	85	39, 7 %
Avez-vous eu des difficultés à combiner l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 avec l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 sur les délais ?	56	85	39, 7 %
Pensez-vous qu'il faudrait préciser les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision (par exemple notion de bouleversement et part laissée à la charge du cocontractant) ?	56	85	39, 7 %
Selon vous quand finit la période d'imprévisibilité liée à la crise sanitaire ?	56	85	39, 7 %
Quelles dispositions (dans les textes législatifs ou réglementaires ou dans les CCAG) serait-il utile d'introduire ou de réintroduire à votre avis ?	53	88	37, 6 %

Quelle autre remarque pensez-vous utile de faire compte tenu de votre expérience de la crise sanitaire ?	52	89	36,9 %
--	----	----	--------

Légende :

- En gras les questions auxquelles tous les participants ont eu accès.
- En italique, les questions subséquentes, accessibles uniquement en fonction de la réponse à une question ouverte à tous.

160. Le droit public des contrats plébiscité. Dans une très large proportion (26/30), les participants estiment que le droit des contrats privés n'aurait pas été plus à même de régler les problèmes rencontrés au cours de la crise sanitaire. Sur les 4 participants ayant estimé le contraire, tous précisent que le droit privé des contrats fait montre de davantage de souplesse, un ajoute, par ailleurs, qu'il offre une plus grande diversité d'outils contractuels disponibles et un autre que les contrats privés sont souvent plus précisément rédigés et que les clauses de rendez-vous y sont plus fréquentes (chaque participant pouvait apporter plusieurs réponses).

Bien qu'il faille nécessairement relativiser ces chiffres eu égard à l'insuffisance du panel, deux éléments peuvent toutefois être avancés. D'abord, il apparaît bien que les clauses contractuelles prenant en compte les risques exceptionnels soient plus développées en droit privé, avec des clauses de traitement de l'aléa d'exécution plus sophistiquées. Néanmoins, le droit public des contrats est mieux armé que le droit privé pour répondre au plan extracontractuel à l'aléa d'exécution. Ceci n'est pas une nouveauté. Conçu aussi pour assurer la continuité du service public, le droit des contrats administratifs en particulier comprend des mécanismes permettant d'atténuer la rigueur du principe d'intangibilité des obligations qui, malgré leur imprécision encore révélée par la pandémie, ont tout de même eu leur utilité pour traiter des conséquences de la crise.

161. Appréciations générales sur les réponses gouvernementales. De manière générale, les participants considèrent que les réponses gouvernementales à la crise sanitaire ont été utiles – quand elles n'étaient pas ambiguës – mais insuffisantes.

- **La circulaire du 9 juin 2020** : rappelons que la circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 avait pour objet « la prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiments et de travaux publics exécutés au titre de marchés publics de l'État ». Une question consistait à savoir si cette circulaire avait eu un impact sur la pratique des participants. Sur 55 personnes ayant répondu, il faut d'emblée préciser que 12 ont affirmé que la question était, les concernant, sans objet et que 24 autres qu'elle n'avait eu aucun impact, soit qu'elle ait été « tardive », « dépourvue de portée juridique » ou uniquement applicable aux marchés passés par l'État. Dès lors, les appréciations de fond concernant l'ordonnance ne portent que sur un panel restreint à 19 participants. Il est possible de décomposer leurs réponses comme suit. D'abord, 3 participants affirment que son impact a été réduit car la circulaire n'a fait que confirmer une pratique. Ensuite, 2 précisent qu'elle les a invités à préciser les clauses de leurs contrats à venir. 11 participants notent tout de même qu'elle a eu un impact favorable dans l'encadrement des modalités d'indemnisation des surcoûts. De ce chiffre, on peut affirmer que globalement, les personnes ayant eu recours à la circulaire lui ont trouvé une utilité certaine. Enfin, seuls 2 participants affirment qu'elle a eu un impact négatif. Le premier, vraisemblablement un titulaire, propose une analyse intéressante. Il dit : « même si elle ne concerne que l'État, les collectivités s'en sont emparées pour limiter leur engagement d'indemnisation en excluant tout d'abord un certain nombre de postes. Ensuite, l'analyse poste par poste a

lieu, amenant à réduire encore l'indemnisation. La philosophie de cette circulaire à propos de la nécessité d'un traitement rapide du sujet COVID s'est perdue en route... ». Le second, une autorité contractante porte l'appréciation suivante : « les entreprises ont considéré qu'il y avait une "obligation du MOA" de négocier et d'apporter un chiffrage de tous leurs surcoûts Covid qui pouvaient de ce fait trouver une issue favorable ; mais comme souvent, les chiffrages ont été très importants et une négociation "longue et difficile" attend le MOA (demandes de justificatifs...) ». La confrontation de ces deux points de vue, qui rappelons-le sont minoritaires, est intéressante. Elle témoigne encore une fois de différences de langage et de perception qui parfois sont mises en lumière entre le monde des entreprises et celui des administrations. Dans une appréciation plus générale, on peut affirmer que la circulaire a été plutôt bien reçue par les praticiens, qui regrettent qu'elle n'ait pas eu une portée plus large.

- **L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020** : de manière générale, sur 56 participants, seuls 5 affirment que l'ordonnance leur a été inutile et donc, 51 l'ont trouvée utile. Sur ces derniers, il faut noter que si 18 l'ont estimée suffisante, 33 l'ont jugée utile, mais insuffisante. Ces données confirment l'appréciation globale que l'on pouvait déjà tirer des réponses à l'enquête. Outre les difficultés d'interprétation déjà mentionnées en cours d'étude, il apparaît que l'ordonnance a pu faire naître des interrogations quant à son articulation avec l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période. En effet, le délai prévu par cette ordonnance diffère de celui mentionné à l'ordonnance n°2020-319 puisqu'il y est prévu, au I de l'article 1^{er} que « les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus » alors que le champ d'application temporel de l'ordonnance 2020-319 s'étend jusqu'au 23 juillet. Par ailleurs, l'ordonnance 2020-306 n'exclut pas expressément les procédures de passation des contrats de la commande publique. Dès lors, il n'est pas surprenant de constater que sur 56 participants, 13 précisent avoir rencontré des difficultés d'articulation. Naturellement, en la matière comme en toute autre, le spécial doit déroger au général.

162. Éléments prospectifs. S'il est un enseignement qu'il faille retenir, c'est que la crise sanitaire est l'archétype d'un évènement imprévisible qui s'inscrit dans le temps et face auquel le droit des contrats publics apparaît insuffisamment armé. Son caractère imprévisible se poursuit, d'ailleurs, dans l'incertitude quant à la fin de l'imprévision. Ainsi, à la question de savoir quand, selon eux, la période d'imprévisibilité prenait fin, les participants ont proposé des réponses extrêmement variées. Ainsi, sur 56 participants, 5 la datent à la déclaration de l'OMS du 30 janvier 2020, 38 à la déclaration du président de la République annonçant le premier confinement et le décret consécutif du Premier ministre du 16 mars 2020 et 13 proposent une autre réponse. Sur ces derniers, un retient l'entrée en vigueur du premier confinement, le 17 mars, 2 l'estiment à l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire avec la loi du 23 mars, un à la date de parution du guide de l'OPPBTP et 6 qu'elle n'est pas terminée tant que dure l'état d'urgence sanitaire et les mesures qui y sont associées. Les autres réponses ne sont pas exploitables. On voit bien que cette question même n'est pas résolue. Il n'est donc pas étonnant de constater que les participants ont largement répondu aux questions prospectives. Sur leur expérience dans la crise sanitaire, les participants avaient la possibilité de répondre à une question d'ordre général et deux portant sur leurs propositions d'évolution du droit des contrats publics.

- **Remarques générales** : à la question portant sur les remarques générales qu'ils voulaient fournir, 52 réponses ont été enregistrées, mais 20 doivent d'emblée être écartées, certains participants n'ayant pas souhaité se prononcer et ayant répondu par un « RAS » ou un « NSPP ». D'autres ont avancé des propositions de réformes, en complément de la question spécifiquement affectée à ces prospections, si bien que seuls 19 participants ont effectivement répondu à la question posée.
 - Une communication publique à parfaire : 9 réponses sur les 19 avancement une critique de la communication publique. Il est affirmé que les services déconcentrés de l'État ont trop peu communiqué, que les autorités contractantes ont parfois fait montre d'un manque de clarté et de réactivité, tout ceci entraînant un flou et des contradictions dans les prises de position.
 - Une organisation publique à adapter : 3 répondants font expressément état de défaillances dans le processus décisionnel public. L'un d'entre eux juge sévèrement que « *le mécanisme de prise de décision reste globalement défaillant dans l'administration* ». Les deux autres précisent que les élections municipales ont bouleversé les choses, en particulier au niveau de la gouvernance des EPCI, pour lesquels tout a été, pendant un temps flou, certains sièges ayant été renouvelés à la suite de la victoire d'une liste au premier tour, d'autres non. À tout le moins, ce flou organisationnel a induit une perte de temps.
 - Une dématérialisation encouragée : 2 participants notent un réel bénéfice de la crise dans le déploiement plus intense de la dématérialisation des procédures et des échanges en cours d'exécution.
 - Deux mondes qui se connaissent mal : les réponses de 6 participants sont symptomatiques des difficultés résultant de deux mondes qui se trouvent confrontés. D'une part, celui de l'entreprise, dont le temps se traduit d'abord en termes économiques et pour lequel la réactivité et la vitesse d'exécution est un principe souverain. D'autre part, celui de l'administration, qui, abstrait de l'impératif de rentabilité, ne parle pas le même langage que le premier. Si certaines autorités contractantes ont pu faire preuve de rapidité et de compréhension vis-à-vis de leurs titulaires, cela n'a pas été le cas de toutes. Un participant traduit son sentiment en des termes assez pessimistes. Il dit : « *que de temps et d'énergie perdus [en négociations] pour éviter un juge à la solde de l'Administration !* ». Un autre précise, dans une formule pleine de bon sens : « *c'est dans la crise qu'on reconnaît les véritables partenaires* ».
 - La dialectique de la souplesse et de la sécurité : enfin, une réponse expose expressément l'insoluble dialectique à l'œuvre, d'autres la sous-entendent : faut-il se tourner vers la rigueur et la rigidité de la règle de droit pour « tout prévoir », ou au contraire, accepter cette part de liberté consubstantielle à toute relation contractuelle, mais qui fait peser le risque de contentieux en cas de mésentente ? La solution se trouve probablement quelque part entre ces deux polarités, à ceci près que cet entre-deux est profondément trouble.
- **Sur l'évolution des contrats publics** : une question portait spécifiquement sur la théorie de l'imprévision, une autre était libre de toute réponse. Sur cette dernière, 53 réponses ont été enregistrées auxquelles il faut soustraire 17 « sans objet ». Néanmoins, il faut joindre à l'analyse ici les 15 réponses à la question sur les remarques générales qui ont porté sur des

propositions d'évolution du droit. De ces questions, les propositions suivantes peuvent être synthétisées :

- Théorie de l'imprévision : sur 56 participants, 43 estiment qu'il faudrait préciser la théorie de l'imprévision, en particulier sur les notions de bouleversement et de part laissée à la charge des contractants. Cet important taux de réponse en ce sens n'est pas étonnant, il avait déjà été entrevu au cours de l'étude. Néanmoins, à l'occasion des questions pour lesquelles les participants pouvaient dire ce qu'ils souhaitent, le débat sur la théorie de l'imprévision a été enrichi de 11 réponses supplémentaires qui font état de vues divergentes. Sur les 11, 2 estiment clairement qu'il faut laisser la primauté à la négociation entre les parties, de manière à garder de la souplesse pour traiter utilement toutes les situations dans leur diversité. Pour les 9 autres, il est nécessaire de préciser la théorie de l'imprévision afin justement d'éviter des négociations trop longues entre les parties et le risque de voir, in fine, la question portée devant le juge du contrat. Toutefois, tous ne s'accordent pas sur l'étendue de la précision, mais plusieurs propositions sont formulées. 2 participants évoquent l'opportunité de consacrer un droit à compensation systématique et intégrale des surcoûts liés à une imprévision au bénéfice du titulaire. Cette idée apparaît juridiquement précaire et financièrement intenable pour les finances publiques. 1 autre propose de définir des seuils de déclenchement de la notion de bouleversement économique du contrat, ajustable en fonction des formes contractuelles et des montants des contrats. 2 autres enfin (tous les autres ayant apporté une réponse trop générale) proposent que les textes prévoient la répartition des charges en fonction de postes d'indemnisation, une matrice ou une grille de répartition des surcoûts en quelque sorte, avec des plafonds. Cette question du partage des surcoûts consécutifs à la survenance d'une imprévision est, à l'évidence, particulièrement sensible et, pour majeure partie d'entre eux, les praticiens réclament de légitimes précisions, y compris en ce qui concerne la sécurisation de la formalisation de la répartition des surcoûts, en précisant les formes de l'avenant les prenant en compte. Pourtant, alors qu'elle a introduit des dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles au Code de la commande publique, la loi ASAP est demeurée muette sur la question.
- Généralisation des clauses de rendez-vous : cela avait aussi déjà été entrevu, mais 7 participants mentionnent l'opportunité de généraliser les clauses de rendez-vous, tout en les rédigeant le mieux possible pour parer à toute éventualité.
- Repenser les CCAG : 11 participants estiment que la crise devrait être l'occasion d'intégrer dans les CCAG non seulement le risque pandémique, mais plus largement encore l'ensemble des modalités de calcul et de négociation en cas de survenance de circonstances exceptionnelles qui rendent plus onéreuse la poursuite de l'exécution du contrat, dans une mesure difficilement supportable pour l'entrepreneur. La réforme à venir des CCAG pourrait être l'occasion idéale pour conduire cette réflexion, les stipulations actuelles n'ayant pas été, cela a été vu, suffisantes pour un traitement apaisé des conséquences de la crise sanitaire.
- Intégrer l'hypothèse de la suspension : 3 participants précisent qu'il serait judicieux d'intégrer dans le droit objectif les cas dans lesquels il est possible de suspendre

l'exécution d'un contrat public et les modalités de traitement des conséquences qui y sont attachées. Là encore, la loi ASAP est silencieuse sur la question alors que, pourtant, l'étude a révélé l'acuité avec laquelle elle se pose.

- Sécuriser les procédures de passation en cas de circonstances exceptionnelles : 1 participant appelle aussi à « stabiliser le Code de la commande publique » en ce qui concerne la passation des contrats en cas de circonstances exceptionnelles. La loi ASAP reprend, sur ce point, les éléments essentiels de l'ordonnance n°2020-319 quant à l'allongement des délais de la procédure et la prolongation des marchés et concessions échus pendant la période couverte par les circonstances exceptionnelles. Par ailleurs, elle a intégré la possibilité de conclure de gré à gré des contrats pour des motifs d'intérêt général qui devront être précisés par décret. Il est possible que de telles circonstances constituent l'un des cas d'ouverture de cette procédure dérogatoire.
- Unifier la prise de position publique : 1 participant, enfin, propose de créer une instance de référence nationale *« pour que les entreprises puissent échanger et poser des questions à des experts en cas de difficultés sur l'interprétation des textes très indigestes et surtout à maîtriser immédiatement »*. Cette réponse est symptomatique d'une connaissance parfois insuffisante des règles de la commande publique et, plus généralement, des particularités inhérentes aux contrats publics de la part des entreprises. Au regard de la complexification constante de ce droit, il pourrait être envisagé de mettre en place certains services de cette nature, rattachés à la DAJ et qui pourraient s'asseoir, pour partie, sur l'expérience de la DGFIP en matière de dialogue entreprises – administration.

PARTIE III

Droit privé – Revue de doctrine et entretiens

163. Sommaire de la partie.

I. Généralités

II. La suspension du contrat privé

- A. La force majeure temporaire au bénéfice du débiteur
- B. L'exception d'inexécution au bénéfice du créancier
- C. La formalisation de la suspension
- D. L'indemnisation de la suspension
- E. Les pénalités liées à la suspension

III. La résiliation du contrat privé

- A. Les différentes formes de résiliation possibles
 - 1. *La résiliation unilatérale sans inexécution du contrat*
 - 2. *La résiliation pour inexécution du contrat*
- B. L'indemnisation de la résiliation
- C. Les pénalités liées à la résiliation du contrat

IV. L'exécution dégradée du contrat privé

- A. La répartition des surcoûts
- B. La théorie de l'imprévision du Code civil en cas de bouleversement économique du contrat
- C. L'adaptation du contrat en cours d'exécution
 - 1. *La contractualisation du risque*
 - 2. *Les clauses permettant la révision du contrat*

I. Généralités

164. L'épidémie de Covid-19, conjuguée aux mesures normatives exceptionnelles prises pour en limiter la propagation, génère une crise économique inédite, dont les conséquences, sur le plan juridique et spécifiquement sur l'application des exemptions du droit commun des contrats, doivent être appréciées de manière singulière, au cas par cas, sans qu'aucun précédent similaire permette d'anticiper assurément les décisions qui seront retenues par les praticiens du droit et les juridictions. Cela d'autant que la déclaration d'état d'urgence sanitaire a vu émerger un droit d'exception avec une avalanche de textes (lois, ordonnances, décrets, arrêtés ou encore circulaires...) permettant d'écarter ou d'adapter les règles de droit positif pour éviter que tout ne s'écroule. Cette « *lex epidemia* »²¹ dérogame et optionnelle repose sur plusieurs ordonnances, qui irriguent de multiples branches du droit dont le droit de la commande publique ainsi que le droit privé des contrats. Par exemple, l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306²² paralyse le jeu des astreintes, des clauses pénales, des clauses résolutoires ainsi que celles prévoyant une déchéance. Ou encore, l'ordonnance n° 2020-316²³ prévoit que certaines entreprises font l'objet de mesures de faveurs pour le paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité. Le droit d'exception atteint ainsi le droit des contrats privés et modifie les règles couramment applicables.

Il est à noter qu'un droit d'exception concernant certains contrats a été adopté par le Gouvernement. Ainsi, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 prévoit des mesures particulières pour les contrats soumis au Code de la commande publique et les contrats publics qui n'en relèvent pas²⁴, comme cela a été vu dans la 1^{ère} partie du rapport. Le gouvernement a également prévu des mesures spéciales pour les contrats de voyages touristiques et de séjours²⁵. Nous ne présenterons pas les règles relevant d'un droit des contrats spéciaux pour nous concentrer sur le droit général des obligations, qui concerne l'ensemble des autres contrats privés. En particulier, nous nous référerons aux règles applicables depuis la réforme du droit des obligations établie par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁶ et qui concerne les contrats privés conclus à partir du 1er octobre 2016. Pour les contrats antérieurs à cette date, l'analyse présentée ci-dessous n'est pas strictement applicable, car des règles légèrement différentes leur restent applicables. Également, les sources de ce rapport sont principalement doctrinales, mais consistent aussi en quelques retours d'expérience révélés lors des interviews menées dans le cadre de la Chaire (enquête qualitative).

165. Nicolas Molfessis relève que la mise en place d'une législation d'exception associée à la fermeture corrélative des juridictions ont fait perdre au droit son autorité et sa

²¹ « Covid-19 et contrats », *AJ Contrat*, n° 4, avr. 2020, p. 163.

²² Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, *JO* 26 mars 2020, texte n° 9.

²³ Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19, *JO* 26 mars 2020, texte n° 37.

²⁴ 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, *JO* 26 mars 2020, texte n° 43.

²⁵ Ordonnance n° 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure, *JO* 26 mars 2020, texte n° 35.

²⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11 fév. 2016, texte n° 26.

légitimité, jusqu'à inciter certains individus à se faire justice à eux-mêmes, en allant bien au-delà de ce que le droit de crise sanitaire autorise²⁷. En matière de baux commerciaux, par exemple, beaucoup de locataires ont cru pouvoir ne plus payer les loyers et charges pendant la période de fermeture administrative des commerces²⁸. Face à cette crise inédite, bon nombre d'auteurs ainsi que le Gouvernement préconisent que la négociation amiable, de gré à gré, soit privilégiée dans toute la mesure du possible²⁹, laquelle va même s'imposer selon Nicolas Molfessis et se substituer à la contrainte juridique³⁰, ce d'autant plus que la crise impactera la majorité des acteurs économiques et mettra donc en présence des parties souvent également fragilisées. Les parties peuvent dans ce cas trouver un commun accord pour aménager les modalités d'exécution du contrat, notamment les délais de paiement, la suspension des obligations, etc. Les parties peuvent renégocier le contrat seules ou saisir gratuitement le Médiateur des entreprises. Ce dernier constitue un nouveau dispositif mis en place par le Gouvernement pour aider les chefs d'entreprise à trouver des solutions à tout type de différends qu'ils peuvent rencontrer avec une autre entreprise ou une administration face à l'épidémie de Covid-19. Lorsque les difficultés sont importantes et sont susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation, il est également possible de demander en justice la désignation rapide et confidentielle d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur chargé de trouver des solutions pour aider les entrepreneurs avec leurs créanciers. Ce tiers indépendant pourra conduire des renégociations au cas par cas en faisant des propositions aux différentes parties au contrat. Il ressort de l'enquête qualitative précitée que les négociations entre partenaires privés se font faites de manière très variable. Certains cocontractants ont pu facilement négocier entre eux, alors que d'autres se sont heurtés à des refus très durs. Pour un interviewé, le droit privé apparaît pragmatique et permet facilement une négociation entre deux parties privées, peut-être plus qu'avec un partenaire public qui la plupart du temps ne répond pas et où le contrat ressemble davantage à un contrat d'adhésion. Toutefois, quatre autres interviewés relèvent qu'il y a bien souvent un rapport de force plus important entre les partenaires privés et il a été difficile de trouver des accords pendant la crise sanitaire. Dans les marchés privés de travaux, par exemple, les promoteurs ont fermé la porte aux surcoûts liés au Covid-19. L'accord est également difficile à trouver car les marchés privés sont au forfait. Par conséquent, il ressort, comme le remarque un interviewé, que la négociation entre partenaires privés est peut-être plus aisée à la conclusion du contrat, mais pas en cours d'exécution de celui-ci. En effet dans cette dernière hypothèse, selon un autre interviewé, il faudrait justifier que tel ou tel coût augmente et le faire accepter par le directeur financier et les actionnaires, avec des contrôles internes très importants. Un autre interviewé aboutit au fait qu'en gestion de crise le droit privé peut se nourrir du droit public, et semble-t-il pas l'inverse.

166. À défaut d'accord amiable entre les parties, certaines règles issues du droit d'exception de l'état d'urgence sanitaire ou à défaut du droit commun des contrats trouveront tout de même à s'appliquer aux situations contractuelles. C'est ce que nous verrons à propos des hypothèses soulevées par la crise sanitaire de la suspension du contrat, de sa résiliation ou de son exécution dégradée.

²⁷ N. MOLFESSIS, « Le risque du Far West », *JCP G*, n° 15, 13 avr. 2020, p. 734.

²⁸ F. KANDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD com.*, 2020, p. 265.

²⁹ Voir notamment, C. VERROUST-VALLIOT, S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *D. actualité*, 9 juin 2020 ; Réponse du Gouvernement à la question écrite à l'AN n° 29327, *JO* 8 sept. 2020, p. 6018.

³⁰ N. MOLFESSIS, « Le risque du Far West », *préc.*, p. 735.

II. La suspension du contrat privé

Résumé d'étape n°1

La suspension du contrat pendant l'épidémie de Covid-19 peut être justifiée soit par la force majeure temporaire soit par l'exception d'inexécution.

Pour que l'épidémie de Covid-19 et les mesures administratives qui en ont découlé constituent un cas de force majeure, il faudra qu'elle remplisse les 3 conditions classiques prévues à l'article 1218 du Code civil : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. Si l'extériorité ne pose pas de problème, l'imprévisibilité sera également facilement admise pour tous les contrats signés avant mars 2020. Pour l'irrésistibilité, il devra être prouvé pour chaque situation que la crise sanitaire a rendu l'exécution du contrat impossible, ce qui ne vaut pas, selon la jurisprudence civile, pour une obligation de somme d'argent. En cas d'impossibilité temporaire, le contrat sera suspendu le temps de l'empêchement. Attention, le mécanisme de la force majeure tel que prévu par le Code civil est supplétif de volonté. Les parties peuvent l'avoir écarté ou aménagé dans ses conditions et ses effets. Les dispositions contractuelles s'imposeront alors aux parties et au juge en cas de litige.

S'agissant du mécanisme de l'exception d'inexécution, il permet à une partie de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. C'est en quelque sorte un moyen de défense temporaire du créancier face à l'inexécution du contrat. L'application du mécanisme requiert que trois conditions soient remplies, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire a posteriori ce qui constitue donc un risque pour celui qui s'en prévaut. L'exception d'inexécution ne permet cependant qu'une suspension temporaire du contrat. Les obligations restent exigibles, mais la suspension permet d'exercer un moyen de pression ou du moins d'incitation afin que le débiteur exécute son obligation.

Pour la mise en œuvre de ces mécanismes, aucune formalité particulière n'est requise pour l'exception d'inexécution. Pour la force majeure temporaire, il convient de suivre la procédure mise en place dans le contrat. A défaut de clause de force majeure, le cocontractant doit agir de bonne foi. Cela suppose de notifier le cas de force majeure dès que possible et de mentionner dans la notification la nouvelle date d'exécution du contrat, fixée dans un délai raisonnable.

La force majeure temporaire due à l'épidémie de Covid-19, tout comme l'exception d'inexécution, écarte en principe toute indemnisation. Elles donnent lieu à une simple suspension du contrat pendant le temps de l'évènement. Les indemnités contractuelles prévues en cas de suspension de l'exécution sont elles-mêmes paralysées pendant la « période juridiquement protégée » du 12 mars au 23 juin inclus, instituée par l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020. Les reports de délais d'application des clauses pénales sont organisés de manière plus précise par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020. Quoi qu'il en soit, cela n'empêche pas la partie lésée de chiffrer l'impact financier de la suspension du contrat. En cas de suspension injustifiée donnant lieu à des dommages et intérêts ou de négociation des parties sur ce point, l'indemnisation sera alors facilitée.

167. Le contrat a force de loi entre les parties jusqu'à exécution complète de leurs obligations, ainsi qu'il découle de l'article 1103 du Code civil. Le fait de suspendre le contrat sans accord amiable signifie que l'une des parties n'exécute pas ses obligations dans le délai prévu et donc ne respecte pas les termes du contrat. La crise sanitaire actuelle a pu rendre compliquée, voire impossible, l'exécution de contrats privés dans certaines situations, comme continuer un chantier en cours d'exécution sans masque ni gel hydro-alcoolique, ou réaliser une prestation de service par des établissements qui se sont vus interdits l'accueil du public. Si le cocontractant défailtant peut

voir dans ce cas-là sa responsabilité contractuelle engagée, le droit commun des contrats prévoit qu'une suspension du contrat est possible en cas d'empêchement temporaire du débiteur constituant un cas de force majeure (A). L'exception d'inexécution constitue également un mécanisme entre les mains du créancier permettant de suspendre le contrat (B).

A. La force majeure temporaire au bénéfice du débiteur

168. Les conditions de la force majeure. Le ministre de l'Économie a annoncé le 28 février 2020 que le coronavirus est un cas de force majeure pour les entreprises, et que pour les marchés de l'État, les pénalités ne seront pas appliquées en cas de retard de livraison. Toutefois, cette déclaration n'a aucune force juridique et aucune crise ne constitue en soi un événement de force majeure. Il s'agit d'une appréciation des faits au cas par cas. Ainsi, la doctrine rappelle que, dans des contextes similaires de crise sanitaire, la jurisprudence a rarement reconnu qu'il s'agissait d'un cas de force majeure rendant impossible l'exécution d'un contrat³¹, que ce soit pour l'épidémie de SRAS affectant l'Asie en 2003³², une épidémie de peste³³, l'épidémie de grippe H1N1³⁴, une épidémie de dengue³⁵ ou l'épidémie de Chikungunya³⁶. Il convient donc de vérifier si l'épidémie de Covid-19 ainsi que les mesures réglementaires prises pour en limiter sa propagation présentent les caractères de la force majeure. Sans doute le Ministre de l'économie a-t-il voulu dire qu'il s'agissait d'un événement imprévisible.

Selon l'article 1218 du Code civil, « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »³⁷. Ainsi, la force majeure est exonératoire lorsque l'évènement est tout à la fois extérieur, imprévisible et irrésistible. La condition de l'extériorité est bien évidemment remplie concernant la crise sanitaire et les mesures gouvernementales qui l'accompagnent, les contractants n'ayant aucun contrôle sur les évènements. S'agissant des caractères imprévisible et irrésistible, ils font davantage débat.

169. L'épidémie de Covid-19 peut certainement être qualifiée d'évènement **imprévisible** au moment de la conclusion du contrat à condition bien évidemment que le contrat ait été conclu avant le début de l'épidémie, ou à tout le moins avant le moment où cette épidémie était devenue prévisible. Comme le souligne Bertrand Dacosta, toute la difficulté ici est de déterminer la date à partir de laquelle l'entrepreneur ne peut pas ignorer le risque pesant sur l'exécution du contrat : est-ce que c'est lors de l'apparition des premiers cas de contamination sur le territoire français, de l'augmentation du nombre de cas dans le Grand-Est, le début du

³¹ C.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de Covid-19 ? », *Contrats – Concurrence – Consommation*, n° 4, avr. 2020, p. 2 ; P. GUIOMARD, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *D. actu* 4 mars 2020 ; F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD com.*, 2020, p. 265.

³² CA Paris, 8e ch., sect. A, 29 juin 2006, n° 04/09052 ; *JurisData* n° 2006-306433 ; *JCP G* 2006, IV, 2911.

³³ CA Paris, 25e ch., sect. B, 25 sept. 1998, n° 1996/08159 ; *JurisData* n° 1998-024244.

³⁴ CA Besançon, 2e ch. com., 8 janv. 2014, n° 12/02291.

³⁵ CA Nancy, 1re ch. civ., 22 nov. 2010, n° 09/00003 ; *JurisData* n° 2010-031025.

³⁶ CA Saint-Denis (Réunion), chambre sociale, 29 déc. 2009, RG n° 08/02114 ; CA Basse-Terre, 1re ch. civ., 17 déc. 2018, n° 17/00739.

³⁷ L'article 1218 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 reprend la définition prétorienne de la force majeure, qui s'applique pour les contrats conclus avant le 1er octobre 2016

confinement, la déclaration d'état d'urgence sanitaire ?³⁸ Pour Fabien Kendérian, l'épidémie est imprévisible avant le 11 mars 2020, date de déclaration de l'état de pandémie par l'OMS³⁹. Mais dès indices de l'évènement sont apparus plus tôt, notamment le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré que le Covid-19 constituait une urgence de santé publique de portée internationale. Le 28 février 2020, le Ministère de l'Économie et des Finances a déclaré la force majeure applicable à l'ensemble des contrats publics de l'État. Le 4 mars 2020, le ministre des Solidarités et de la Santé a pris un arrêté portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 interdisant notamment tout rassemblement de plus de 5 000 personnes⁴⁰. On peut donc vraisemblablement penser que l'épidémie de Covid-19 sera considérée comme un évènement imprévisible pour tout contrat conclu avant février, voire mars 2020. En effet, l'épidémie était à ce moment-là nouvelle, présente dans le monde entier, et létale, contrairement aux épidémies passées de chikungunya, dengue, grippe H1N1, virus Ebola dont les risques de diffusion et leurs effets sur la santé étaient connus et ces maladies étant non létales. De plus, la vitesse de propagation a conduit les gouvernements à adopter dans l'urgence des mesures sanitaires strictes et sans précédent, tel que le confinement des populations, ce qui était difficilement prévisible avant février 2020, mais la date exacte de la prévisibilité de la crise sanitaire reste incertaine. Quoi qu'il en soit le débiteur défaillant devra prouver qu'il n'a pu anticiper les obligations sanitaires et de confinement, au regard notamment de la soudaineté des mesures. A contrario, si le contrat a été conclu pendant la période de restrictions imposées par le gouvernement du fait de l'épidémie de Covid-19, il sera difficile d'invoquer l'imprévisibilité de l'épidémie et de ses effets pour se soustraire aux obligations contractuelles. Même si l'épidémie et les mesures gouvernementales rendent impossible l'exécution du contrat, l'absence d'imprévisibilité exclut la qualification de force majeure. Il en ira de même si le contrat a été renouvelé après l'apparition de l'épidémie de Covid-19.

170. S'agissant du caractère irrésistible de l'évènement, l'article 1218 du Code civil évoque un empêchement de l'exécution de son obligation par le débiteur, ce qui s'entend d'un obstacle insurmontable. Par conséquent, le contractant doit démontrer une réelle impossibilité d'exécuter le contrat du fait de l'épidémie de Covid-19 et des mesures gouvernementales prises par le gouvernement pour l'endiguer. Il ne doit pas se contenter d'établir que l'exécution du contrat a été rendue plus difficile, voire très difficile par les mesures de confinement notamment. Il faut que le contractant établisse que l'inexécution de son obligation est directement imputable à l'épidémie ou aux mesures réglementaires et qu'il n'avait pas d'autres solutions. A contrario, si l'évènement peut être surmonté, même à des conditions plus difficiles ou onéreuses, le débiteur est tenu. Le juge appréciera *in concreto* cette condition en se plaçant au jour de l'inexécution. La condition de l'irrésistibilité pourra être remplie pour un bon nombre de contrats concernant par exemple le bâtiment et les travaux publics pour lesquels le personnel était confiné faute de masque et de gel hydro-alcoolique disponible, les fournisseurs du chantier souvent eux-mêmes bloqués pour la livraison de matériaux. Il en est de même des restaurants, bars et des commerces non essentiels qui

³⁸ B. DACOSTA, « Introduction générale », *Colloque 18èmes rencontres de droit et procédure administrative : Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, 27 nov. 2020, en ligne.

³⁹ F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », préc..

⁴⁰ Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, JO 5 mars 2020, texte n° 15.

ont dû fermer. Selon la jurisprudence, seule l'inexécution d'une obligation de somme d'argent ne peut pas en principe être justifiée par la force majeure⁴¹ en raison de la possibilité de remplacement de la monnaie qui est une chose fongible. Ainsi, l'exécution de l'obligation de paiement est rendue plus difficile, mais non totalement impossible. Par exemple pour un contrat de bail, le locataire ne devrait pas pouvoir se fonder sur la notion de force majeure pour être libéré de sa dette de loyer. Sans doute le locataire peut subir des difficultés financières du fait de l'épidémie de Covid-19, qui a conduit à la fermeture de son commerce, mais il n'est pas empêché de payer son loyer, tant du moins que sa trésorerie le permet (à défaut, le locataire n'aurait d'autre solution que de recourir à l'imprévision du Code civil, ou plus vraisemblablement au droit des entreprises en difficulté et notamment aux procédures préventives : mandat *ad hoc* et conciliation)⁴².

171. Les effets de la force majeure temporaire. Si les 3 conditions sont remplies, le débiteur pourra se prévaloir de la force majeure pour suspendre le contrat, plus particulièrement l'exécution de ses obligations, pendant le temps de l'empêchement si ce dernier n'est que temporaire, à moins que le retard qui en résulte ne justifie la résolution du contrat (art. 1218 al. 2 C. civ.)⁴³. Les obligations contractuelles continuent ainsi d'exister et sont seulement retardées dans leur exécution. Cette exécution interviendra dès que possible, vraisemblablement dès la fin de l'état d'urgence sanitaire décrété par l'État français le 10 juillet 2020⁴⁴. A l'inverse de la suspension du contrat, un interviewé par la Chaire signale que certains sous-traitants et cocontractants refusaient de s'arrêter sur les chantiers et d'appliquer les règles sanitaires. Il a donc été nécessaire d'avoir des discussions avec eux sur le respect des règles sanitaires, car contractuellement il n'avait aucun pouvoir de les contraindre d'assurer la sécurité de leurs salariés.

172. La jurisprudence a déjà considéré des empêchements liés à l'épidémie de Covid-19 comme relevant de la force majeure. Par exemple, la Cour d'Appel de Colmar retient que le risque de contagion au Covid-19 constitue un cas de force majeure justifiant l'absence à son audience d'une personne en rétention administrative ayant été contact avec du personnel susceptible d'être positif au Covid-19⁴⁵. D'autres décisions concernant le contentieux du droit des étrangers caractérisent également la force majeure à propos de l'épidémie de Covid-19. Par exemple, les circonstances de l'annulation d'un vol à destination de Naples par les autorités italiennes caractérisent la force majeure et ne sont pas imputables à un défaut de diligences des services de la préfecture⁴⁶. Ou encore, la fermeture du consulat de Guinée est reconnue comme un

⁴¹ En ce sens, v. not. Cass com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306, Bull. civ. IV, n°306 ; *D.*, 2014, p. 2217, note J. François ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 23, note C. Juillet ; *RTD civ.*, 2014, 890, obs. H. Barbier ; *RDC*, 2015, 21, obs. Y.-M. Laithier. V. également, M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ Contrat*, 2020, p. 164.

⁴² F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *préc.*, p. 265.

⁴³ Cette exception vise le cas d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable. Tel serait le cas, par exemple, de fleurs n'ayant pu être livrées pour un mariage à cause d'un événement climatique. La livraison après l'événement n'aurait plus d'intérêt pour le créancier, la résolution du contrat est donc une solution préférable.

⁴⁴ Un premier état d'urgence a été instauré sur l'ensemble du territoire national le 24 mars 2020 par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (*JO* 24 mars 2020, texte n° 2). Il a été prolongé jusqu'au 10 juillet 2020 par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (*JO* 12 mai 2020, texte n° 1).

⁴⁵ CA Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098.

⁴⁶ CA Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395.

cas de force majeure qui n'est pas imputable aux services de la préfecture⁴⁷. En matière contractuelle, les juges vont se montrer vigilants quant à la preuve de l'irrésistibilité dans l'exécution de l'obligation afin d'éviter tout effet d'aubaine né de la crise sanitaire. La force majeure ne sera pas toujours facile à établir malgré les différentes mesures administratives qui créent un contexte extraordinaire. Un lien de causalité devra être établi entre l'impossibilité d'exécuter et l'épidémie de Covid-19 et les mesures gouvernementales prises pour en limiter la propagation.

173. Les clauses de force majeure. Dans la mesure où les dispositions de l'article 1218 du Code civil relatives à la force majeure ne sont pas impératives, les parties peuvent librement aménager dans leur contrat les conditions de la force majeure ainsi que ses effets⁴⁸. Ainsi, les parties peuvent convenir d'écarter totalement la force majeure. Par exemple, c'est une pratique courante dans les marchés de construction de définir les causes légitimes d'allongement du délai, qui ne seraient pas nécessairement considérées comme des cas de force majeure en droit commun. Lorsque les conditions sont remplies, les cocontractants sont tenus d'en respecter les termes. Les parties peuvent également décider de définir les événements qu'elles considèrent comme constitutifs de force majeure en adoptant une conception plus restrictive ou plus large que la loi ou la jurisprudence. La seule survenance de l'événement visé dans la clause constitue alors la force majeure.

Par exemple récemment, dans des affaires devant le juge des référés du Tribunal de commerce de Paris, plusieurs fournisseurs alternatifs d'électricité (Total Direct Énergie, Gazel, Alpiq et Vattenfall Energies), subissant la chute des prix de l'électricité en raison d'une baisse importante de la consommation d'électricité due à la pandémie de Covid-19, ont demandé la suspension de leurs accords-cadres ARENH conclus avec EDF (dispositif d'Accès Régulé à l'Électricité Nucléaire Historique). Ces accords leur permettaient d'acquérir auprès d'EDF une partie de sa production à un prix déterminé pour l'année 2020 alors qu'ils se sont retrouvés à revendre ces mêmes volumes à leurs clients à un prix très largement inférieur, entraînant des pertes importantes. Les fournisseurs ont alors invoqué la clause de force majeure stipulée dans ces contrats selon laquelle la force majeure est « *un évènement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans conditions économiquement raisonnables* ». Le juge des référés, estimant que les conditions d'application de la clause étaient réunies, a fait droit à leur demande⁴⁹ en tenant compte du critère des « *conditions économiques raisonnables* ». Ces solutions ont été confirmées par la Cour d'appel de Paris statuant en référés le 28 juillet 2020⁵⁰. Ainsi, la force majeure est reconnue du fait de la baisse du cours de l'électricité sur le marché aval liée à la baisse de la demande, elle-même liée aux mesures de confinement prises à la suite de l'épidémie de Covid-19.

⁴⁷ CA Douai, 5 mai 2020, n° 20/00660.

⁴⁸ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^e éd., 2019, p. 704.

⁴⁹ T. com. Paris, ord. 20 mai 2020, *Total Direct Energie*, n° 2020016407, *BRDA*, 14/20, 15 juil. 2020, p. 21, obs. L. et J. Vogel ; *AJ Contrat*, juil., 2020, 335, obs. Ch.-E. Bucher ; T. com. Paris, ord. 26 mai 2020, *Gazel Energie Solutions*, n° 2020016517 ; T. com. Paris, ord. 27 mai 2020, *Alpiq Energie France*, n° 2020017535 ; T. com. Paris, ord. 27 mai 2020, *Vattenfall Energies*, n° 2020017571.

⁵⁰ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 28 juil. 2020, n° 20/06689 et 20/06675.

B. L'exception d'inexécution au bénéfice du créancier

174. Le recours au mécanisme de l'exception d'inexécution dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 peut utilement être invoqué dans de nombreuses situations générées par les mesures d'interdiction et de confinement qui empêcheraient l'une des parties d'exécuter son obligation. Par exemple, l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19⁵¹, auquel s'est substitué le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020⁵², interdit jusqu'au 11 mai 2020 l'accueil du public dans un grand nombre d'établissements, ce qui concerne, notamment, la majorité des magasins de vente, restaurants, centres commerciaux et salles de spectacles, de sorte que les preneurs ne sont plus en mesure d'exploiter leur fonds de commerce dans le local commercial donné à bail. Dans ce contexte, se pose notamment la question de l'exonération du preneur au titre de son obligation de payer les loyers durant la période d'interdiction sur le fondement de l'exception d'inexécution, prévue aux articles 1219 et 1220 du Code civil.

L'exception d'inexécution constitue le moyen de défense dont dispose une partie, lui permettant de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. Par exemple, si le vendeur ne livre pas la chose, l'acheteur peut s'abstenir d'en payer le prix ou si l'exécution d'une prestation de service est suspendue, l'acheteur peut suspendre les échéances de l'abonnement. Cela aboutit au fait que si l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre est en droit de s'en prévaloir pour différer l'accomplissement de sa prestation. Ainsi, en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur en raison d'un cas de force majeure, il y aura symétriquement une suspension justifiée de l'exécution de l'obligation corrélative, de sorte que c'est alors le contrat dans son entier qui est suspendu. La suspension du contrat requiert que trois conditions soient remplies, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire a posteriori. Le créancier qui l'invoque n'a pas à saisir le juge, mais il pourra être sanctionné si les conditions ne sont pas réunies. Il s'agit donc d'une sanction aux risques et périls de celui qui s'en prévaut.

175. Les conditions de l'exception d'inexécution. En premier lieu, que l'inexécution soit totale ou partielle, il doit s'agir d'une inexécution « suffisamment grave » de l'obligation principale de l'autre partie (art. 1219 C. civ.). Par exemple, l'obligation principale du locataire (le paiement des loyers) ne peut être suspendue que si le bailleur a également manqué à son obligation principale (la mise à disposition du local), et non à une simple obligation accessoire (l'entretien du local). L'article 1220 du Code civil prévoit en outre la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution de manière préventive, par anticipation, dès lors qu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance. Là encore, l'inexécution doit être suffisamment grave et la suspension du contrat par le créancier doit être notifiée dans les meilleurs délais au débiteur. En second lieu, la jurisprudence exige que soient en cause des obligations interdépendantes, ce qui est généralement le cas dans les contrats synallagmatiques où les obligations réciproques doivent s'exécuter trait pour trait. Enfin, les obligations réciproques doivent toutes deux être arrivées à échéance. Par exemple, pour une livraison qui aurait dû être faite le 17 mars 2020 avec un paiement au plus tard le 25 mars, l'exception d'inexécution ne pourra

⁵¹ Arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, JO 15 mars 2020, texte n° 16.

⁵² Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 24 mars 2020, texte n° 7.

être soulevée qu'à partir du 26 mars 2020, c'est-à-dire une fois le délai d'exécution des deux obligations écoulé.

176. Les effets de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution ne permet qu'une suspension du contrat pendant une durée transitoire. Les obligations restent exigibles. La suspension permet ainsi d'exercer un moyen de pression ou du moins d'incitation afin que le débiteur exécute son obligation, comme livrer la chose, exécuter les travaux. Des auteurs ont soulevé également le fait que l'interdiction de recevoir du public pour certains établissements entraînait une impossibilité d'exploiter conforme à la destination pour nombre de commerces, autorisant le preneur à suspendre son obligation de paiement des loyers pendant la période concernée. Quoi qu'il en soit, ce n'est qu'une situation d'attente qui pourra se solder en principe soit par l'exécution volontaire ou judiciaire de la contre-prestation, soit par la résolution judiciaire du contrat, soit par la réduction du prix selon l'article 1217 du Code civil.

C. La formalisation de la suspension

177. S'agissant de la suspension pour force majeure, le contrat peut prévoir tout d'abord une procédure formelle de mise en œuvre de la clause. En général, il est nécessaire de notifier au cocontractant la décision de mettre en œuvre la clause de force majeure. Certains contrats prévoient également une déchéance du bénéfice de la clause si l'exception de force majeure n'est pas invoquée dans un délai convenu. Quoi qu'il en soit, il est impératif de suivre la procédure mise en place dans le contrat. À défaut, cette négligence pourrait entraîner des dommages dont la charge pèserait sur la partie défaillante, au moins pour les dommages qui auraient pu être évités si la notification avait été conforme au contrat. Par conséquent, il faut notifier dès que possible la survenance d'un cas de force majeure à son cocontractant.

À défaut de clause, le Code civil ne prévoit pas de procédure particulière. Il convient alors pour le cocontractant d'agir de bonne foi en vertu de l'article 1104 du Code civil. Cela suppose de notifier le cas de force majeure dès que la partie au contrat a pu raisonnablement penser qu'il se trouvait ou allait se trouver en situation d'inexécution contractuelle en raison de l'épidémie de Covid-19. L'obligation est alors reportée à une nouvelle date fixée dans un délai raisonnable, qu'il convient de mentionner dans la notification. Le contrat est ainsi suspendu jusqu'à la date prévue et les versements conservés.

178. Généralement, au contraire de la mise en œuvre des autres sanctions attachées à l'inexécution contractuelle (clause de pénalité de retard par exemple), l'article 1219 du Code civil ne prévoit aucune condition d'exercice de l'exception d'inexécution. Le créancier n'a dès lors pas d'obligation de mettre en demeure le débiteur de s'exécuter préalablement à la suspension de sa propre obligation, ni même de lui notifier l'exercice de ce droit. Tel n'est en revanche pas le cas dans l'hypothèse de l'exercice de l'exception d'inexécution par anticipation prévue par l'article 1220 du Code civil qui dispose qu'« une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

D. L'indemnisation de la suspension

179. Absence d'indemnisation d'une suspension justifiée. Lorsque la suspension du contrat crée pour le cocontractant un préjudice, le débiteur est tenu en principe de le réparer en lui versant des dommages et intérêts dans le cadre de la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle. Toutefois, la force majeure constitue un moyen d'exonération de responsabilité. En particulier, si la force majeure temporaire due à l'épidémie de Covid-19 est reconnue, elle écarte toute indemnisation. L'article 1218 alinéa 2 du Code civil prévoit en ce sens une simple suspension du contrat pendant le temps de l'évènement. Et lorsque l'épidémie de Covid-19 n'entrave plus le débiteur dans l'exécution de ses obligations, il doit s'exécuter normalement. Il en est de même pour l'exception d'inexécution, qui si elle est justifiée, permet seulement de suspendre l'exécution du contrat. Aucune indemnisation n'est possible en principe. Un interviewé par la Chaire souligne en ce sens que l'application de la force majeure revient au fait que chacun garde ses coûts.

Toutefois, dans le cadre d'une demande de suspension de l'exécution d'un contrat, comme cela peut être le cas pour les contrats de prestation de services de longue durée, Céline Leroy préconise que le dirigeant et les opérationnels soient aidés à simuler l'impact financier de la suspension du contrat en fonction des mesures d'accompagnement utilisées (chômage partiel, garde d'enfant, congés...). Cette assistance peut également porter sur l'estimation des coûts de reprise du contrat liés à la reconstitution d'une équipe, la montée en puissance et les éventuels coûts d'intercontrats si la reprise ne devait pas concerner l'intégralité de l'équipe⁵³. Ainsi, en cas de suspension injustifiée donnant lieu à des dommages et intérêts ou de négociation des parties sur ce point, l'indemnisation sera facilitée.

180. Suspension des clauses pénales pendant environ 3 mois. En cas d'inexécution ou mauvaise exécution du contrat dans le délai prévu, bien que le contrat soit suspendu, l'autre partie peut obtenir des indemnités si cela été prévu au contrat grâce à une clause pénale par exemple. Les parties peuvent ainsi avoir elles-mêmes prévu une sanction, qui peut prendre des aspects différents, notamment il peut s'agir soit de l'attribution d'une somme d'argent, soit d'une prestation en nature ou que la partie défaillante s'abstienne de faire quelque chose. Également, l'indemnité que le débiteur doit à son ou à ses cocontractants peut être fixée globalement et une fois pour toutes. Les parties peuvent aussi prévoir le paiement d'une astreinte. Quoi qu'il en soit, l'application d'une telle clause est paralysée⁵⁴ pendant la « période juridiquement protégée » du 12 mars au 23 juin inclus, instituée par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020⁵⁵. En ce sens, la circulaire CIV/01/20 du 26 mars 2020 distingue deux hypothèses pouvant survenir lors de la période juridiquement protégée :

⁵³ C. LEROY, « Crise Covid-19 : rupture, suspension des contrats, impossibilité matérielle ou financière d'exécution », *AJ Contrat*, 2020, p. 214.

⁵⁴ Article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, préc.

⁵⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, préc., modifié par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire (*JO* 14 mai 2020, texte n° 25).

- si le délai prévu par la clause a expiré pendant la période juridiquement protégée, elle est réputée n'avoir pas pris cours et sera reportée un mois après cette période, c'est-à-dire au 24 juillet 2020 si le débiteur n'a pas exécuté son obligation d'ici là ;
- pour les clauses pénales qui avaient commencé à courir avant le 12 mars 2020, leur cours est suspendu pendant la période juridiquement protégée, elles reprendront effet dès le lendemain, c'est-à-dire le 25 juin 2020.

181. Cependant, l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril a rectifié cette règle⁵⁶. Pour les sanctions relatives aux délais échus pendant la période juridiquement protégée, le report n'est dorénavant plus forfaitairement fixé à un mois à compter du 24 juin 2020, c'est la situation réelle qui prévaut. Ainsi, les sanctions encourues sont reportées, à l'issue de la période de moratoire « d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée »⁵⁷.

Par exemple, comme mentionné dans le rapport au Président de la République : « si une échéance était attendue le 20 mars 2020, c'est-à-dire huit jours après le début de la période juridiquement protégée, la clause pénale sanctionnant le non-respect de cette échéance ne produira son effet, si l'obligation n'est toujours pas exécutée, que huit jours après la fin de la période juridiquement protégée. De même, si une clause résolutoire, résultant d'une obligation née le 1er avril devait prendre effet, en cas d'inexécution, le 15 avril, ce délai de 15 jours sera reporté à la fin de la période juridiquement protégée »⁵⁸. La période de moratoire joue ainsi comme une période de suspension du contrat où l'écoulement du temps est neutralisé pour le débiteur. Le délai supplémentaire laissé au contractant défaillant pour exécuter son obligation permet de limiter les conséquences sur le contrat de la propagation du Covid-19 et des mesures pour limiter cette propagation.

En outre, la suspension du temps contractuel s'étend également aux délais parvenant à échéance après la fin de la période de moratoire. Pour ces délais, la date à laquelle les sanctions peuvent s'appliquer est « reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période ». Cela signifie, par exemple, que si un contrat conclu le 20 mars dernier prévoyait la livraison d'un équipement ou la finalisation d'une prestation au 1^{er} juillet, cette obligation ne pourra être sanctionnée qu'à compter d'une durée équivalente au temps écoulé entre le 20 mars et la fin de la période juridiquement protégée, c'est-à-dire le 23 juin 2020 (cela équivaut à 3 mois et 3 jours). Le nouveau point de départ de l'application des sanctions serait ainsi le 4 octobre 2020.

De plus, le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 est également suspendu pendant la période protégée. Il reprendra effet dès le lendemain de la période dite protégée, donc le 24 juin 2020.

L'ensemble de ces possibilités de report ne s'applique pas aux obligations de paiement de somme d'argent lesquelles resteront exigibles et susceptibles de sanction à la date prévue. En outre, le dispositif ne s'applique pas si les parties en ont décidé autrement. Le rapport au Président de la

⁵⁶ Ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19, JO 16 avr. 2020, texte n° 2.

⁵⁷ Article 4 de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19, préc.

⁵⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19, JO 16 avril 2020, texte n° 1.

République précise le caractère supplétif de ces mesures, ce qui est susceptible de troubler l'effectivité du dispositif et remettre en cause l'objectif de sécurité juridique des contractants faisant face à des difficultés d'exécution du fait des mesures gouvernementales liées à l'état d'urgence sanitaire.

182. Au-delà de suspendre les sanctions dues à l'inexécution temporaire du contrat, le Gouvernement a en outre édicté diverses mesures de soutien aux entreprises, d'ordre fiscal mais également économique et financier pour accompagner les entreprises. Par exemple, l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 permet le report du paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité pour les micro-entreprises en difficulté⁵⁹. Également, est créé un fonds de solidarité financé par l'État et les régions afin de verser des aides financières aux personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du Covid-19 et des mesures prises pour en limiter la propagation⁶⁰. En revanche, aucun mécanisme d'avance sur trésorerie pesant sur l'un des contractants n'a été mis en place pour les contrats privés, les prêts et avances venant de l'État.

E. Les pénalités liées à la suspension

183. Toute clause prévoyant des pénalités du fait de la suspension du contrat, comme une clause d'astreinte du fait du retard dans la réalisation d'un chantier, est soumise au même moratoire du 12 mars au 23 juin prévu par l'ordonnance n° 2020-306 et modifié par l'ordonnance n° 2020-427, tel que mentionné ci-dessus pour les clauses pénales.

⁵⁹ Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19, JO 26 mars 2020, texte n° 37.

⁶⁰ Ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation (JO 26 mars 2020, texte n° 39) ; Décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation (JO 31 mars 2020, texte n° 29), modifié par le décret n° 2020-394 du 2 avril 2020 (JO 3 avril 2020, texte n° 10), par le décret n° 2020-433 du 16 avril 2020 (JO 17 avril 2020, texte n° 33) et par le décret n° 2020-552 du 12 mai 2020 (JO 13 mai 2020, texte n° 14).

III. La résiliation du contrat privé

Résumé d'étape n°2

Avant même l'inexécution des obligations contractuelles, en voyant arriver la crise, l'une des parties a pu vouloir se désengager de manière anticipée et rompre le contrat. La rupture unilatérale d'un contrat permet ainsi au cocontractant de mettre un terme au contrat par l'exercice de sa seule volonté, sans recours préalable au juge ou à l'arbitre, que ce soit par le droit de repentir ou la résiliation en respectant un préavis. Si le 1^{er} requiert la plupart du temps le paiement d'une indemnité prévue au contrat, le second entraîne le simple respect d'un préavis laissant au cocontractant subissant la rupture du contrat le temps de s'organiser. Cette 2^{de} solution est cependant à risque, car si la rupture est considérée comme brutale ou abusive pour un contrat en cours d'exécution, le cocontractant qui se désengage doit payer des dommages et intérêts pour le préjudice subi par son cocontractant.

En outre, si une des parties n'a pas pu exécuter correctement ses obligations au moment où la crise sanitaire est intervenue, 3 hypothèses permettent de résilier le contrat pour inexécution : 1) l'application d'une clause résolutoire ; 2) la résiliation en cas d'un manquement grave du débiteur après mise en demeure préalable d'exécution du contrat ; 3) la résiliation judiciaire. La 1^{ère} hypothèse paraît la plus simple, car la 2^{de} se fait aux « risques et péril » du créancier qui pourra éventuellement payer des dommages et intérêts, et la 3^e est longue et coûteuse. Toutefois, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020, prévoit, tout comme pour les clauses pénales, un moratoire des clauses contractuelles visant à sanctionner l'inexécution du débiteur. Cette paralysie entérine une « période juridiquement protégée », qui court du 12 mars au 23 juin inclus, pendant laquelle les clauses résolutoires sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet.

S'agissant de l'indemnisation, si les 3 conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure sont remplies, le contrat sera résilié de plein droit et les parties libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 du Code civil. La force majeure peut être considérée comme la cause unique du dommage, il y aura alors exonération totale du débiteur. En revanche, si le dommage est dû pour une part à la force majeure et pour une autre part à la faute prouvée ou présumée du débiteur, la jurisprudence admet que la responsabilité de ce dernier sera atténuée en conséquence. Il y a force majeure partielle. Ce pourrait être le cas d'un cocontractant qui a mal géré son entreprise pendant la crise. Les indemnités prévues par une clause pénale sont, quant à elles, paralysées pendant la période juridiquement protégée du 12 mars au 23 juin inclus du fait du dispositif de report mis en place par l'ordonnance n° 2020-306 et modifié par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril. Il en est de même pour les clauses prévoyant des pénalités du fait de la résiliation.

184. La défaillance du cocontractant peut être invoquée par une partie pour invoquer la résiliation du contrat quand l'inexécution perdure et que l'exécution devient impossible. Face à l'épidémie de Covid-19, la résiliation du contrat est bien évidemment une menace pesant sur de nombreux contrats.

A. Les différentes formes de résiliation possibles

185. Plusieurs modalités de résiliation du contrat sont possibles en droit privé. Le créancier doit au préalable mettre en demeure le débiteur d'exécuter son ou ses obligations contractuelles (art. 1225 C. civ.). Les formes de la mise en demeure sont variées. Elle peut résulter d'une sommation d'huissier ou de tout acte équivalent, comme une lettre simple s'il y a une interpellation suffisante du débiteur, ou une lettre avec accusé de réception. Concernant la résiliation qui va en découler si l'inexécution persiste, les modalités vont varier selon si le contrat en cours n'a pas encore été exécuté (1) ou s'il a déjà fait l'objet d'exécution (2).

1. La résiliation unilatérale sans inexécution du contrat

186. Résiliation par la technique du droit de repentir. La loi ou le contrat peut avoir conféré à une partie, ou au deux, la faculté de se dégager (art. 1122 C. civ.). Ainsi, la faculté de se repentir confère à son bénéficiaire un droit de retrait unilatéral d'un contrat déjà conclu mais non encore exécuté. La possibilité de se repentir intervient à une époque proche du consentement et peut avoir concerné des contrats qui venaient juste d'être conclus avant le confinement. Cette faculté se paye toutefois, c'est-à-dire que, à titre d'exemple, l'acheteur doit payer une indemnité convenue dans le contrat (en quelque sorte le prix de la liberté) ou le maître de l'ouvrage doit indemniser l'entrepreneur. Tel est le cas notamment lorsque l'acquéreur verse des arrhes (art. 1590 C. civ.). Ainsi, il y a en général un coût à l'anéantissement du contrat⁶¹ que doit mesurer le cocontractant qui souhaiterait mettre en œuvre cette clause à l'occasion de la crise sanitaire. L'indemnité prévue par le contrat doit être mesurée à l'aune des coûts potentiels engendrés par les difficultés d'exécution du contrat du fait de l'épidémie de Covid-19. Or, ceci était difficilement appréhendable au début de la crise sanitaire dans la mesure où personne n'en connaissait ni l'ampleur, ni la durée.

187. Résiliation légale en respectant un préavis. Les contrats en cours peuvent faire l'objet d'une résiliation unilatérale pour les contrats à durée indéterminée⁶², et même pour les contrats à durée déterminée que ce soit par une clause contractuelle, par une loi⁶³ ou, de plus en plus, par l'effet de la jurisprudence⁶⁴. Ainsi, face à l'épidémie de Covid-19, lorsque l'un des

⁶¹ Mises à part diverses lois qui ont instauré un droit de repentir gratuit pendant un certain délai. Par exemple, pour les contrats conclus à distance et hors établissement, le consommateur a un droit de rétractation de 14 jours à compter de la conclusion du contrat pour les contrats de prestation de service, et de 14 jours à compter de la réception du bien pour les contrats de vente (art. L. 221-18 et s. C. conso.).

⁶² Art. 1211 C. civ. : Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Cette faculté a même été consacrée par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 9 nov. 1999, décis. n° 99-419 DC, JO 16 nov. 1999, p. 16962, *RTD civ.*, 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶³ Par exemple, le mandant peut librement révoquer le mandat en vertu de l'article 2004 du Code civil. Ou encore dans le contrat de bail, le locataire a la possibilité de donner congé, c'est-à-dire de résilier avant l'arrivée du terme, à condition de respecter un délai de préavis.

⁶⁴ L'article 1212 du Code civil prévoit que les parties à un contrat à durée déterminée sont en principe tenues jusqu'à l'arrivée du terme. Mais la jurisprudence a reconnu une faculté de résolution unilatérale en cas de manquement grave de l'autre partie (Cass., civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300 ; D., 1999, p. 197 note Ch. Jamin ; JCP, 1999, II, p. 10133, note N. Rzepecki ; CA Douai, 9 juil. 1999, *JCP*, 1999, I, 191, n° 14, obs. Ch. Jamin ; Cass., civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *RTD civ.*, 2009, p. 119, obs. B. Fages). Également, des décisions admettent que le cocontractant abuse de son droit en refusant une résiliation unilatérale anticipée sans motifs légitimes ou dans une intention de nuire (ex. pour le contrat

cocontractants peut résilier le contrat, cela se fait sous réserve d'un préavis qui permet à celui qui subit la rupture de s'organiser. Cela signifie a contrario que toute rupture brutale des relations contractuelles est interdite. La partie initiant la résiliation doit respecter le délai contractuellement prévu, ou à défaut un délai raisonnable (art. 1211 C. civ. pour les contrats à durée indéterminée), déterminé par les usages du commerce ou des accords professionnels et tenant compte de l'ancienneté de la relation, de la nature du contrat, des enjeux financiers, etc. Par conséquent, au vu de la crise sanitaire et économique qui s'annonçait avec le confinement, une des parties pouvait user de sa faculté de résiliation unilatérale du contrat dans la limite de la rupture abusive, l'abus concernant ici les circonstances entourant le droit discrétionnaire de résiliation. Les arrêts retiennent en général une conjonction d'éléments révélateurs de la mauvaise foi⁶⁵. Par exemple, la rupture soudaine, après avoir donné l'assurance que le contrat se poursuit, est considérée par la jurisprudence comme abusive⁶⁶. Cette solution n'a surement pas été celle privilégiée par les contractants pendant l'épidémie de Covid-19, car si la rupture est considérée comme brutale ou abusive pour un contrat en cours d'exécution, le cocontractant qui se désengage doit payer des dommages et intérêts pour le préjudice subi par son cocontractant.

2. La résiliation pour inexécution du contrat

188. Dans de nombreux cas, l'une des parties s'est vue dans l'impossibilité ou la difficulté d'exécuter ses obligations contractuelles du fait de la crise sanitaire et des mesures prises par les pouvoirs publics, en particulier le confinement et l'interdiction d'accueillir du public pour certains établissements. Il y a donc eu pour certains contrats une inexécution totale ou partielle des obligations contractuelles, ce qui a pu déclencher la volonté du cocontractant victime de mettre fin au contrat. La disparition du contrat est une sanction radicale qui peut être mise en œuvre par la simple application d'une clause résolutoire qui « précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat » (art. 1225 C. civ.)⁶⁷. En outre, le créancier a la possibilité en cas d'un manquement grave du débiteur de mettre fin unilatéralement au contrat par une mise en demeure préalable d'exécution du contrat, puis notification si l'inexécution persiste (art. 1226 C. civ.). La résolution du contrat se fait ici aux « risques et péril » du créancier⁶⁸, c'est-à-dire que le juge peut ultérieurement estimer la mise en demeure infondée et condamner le créancier à des dommages et intérêts, voire même écarter la résolution unilatérale et le contrat continuera à produire ses effets⁶⁹. Cette solution présente donc un risque important d'insécurité juridique, c'est pourquoi il peut être préférable de recourir directement à la troisième possibilité de résiliation contractuelle, qui est la résolution judiciaire par laquelle le créancier demande la fin du contrat devant le juge. Cette dernière option est toutefois longue et coûteuse et ne permet pas de répondre

de bail : Cass., civ. 3^e, 22 fév. 1968, Bull. civ. III, n° 71 ; *D.*, 1968, p. 607, note Ph. M. ; *JCP G*, 1969, II, 15735 ; *RTD civ.*, 1968, p. 735, obs. G. Cornu).

⁶⁵ En ce sens, S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année : Les obligations 2020*, Dalloz, 12^e éd., 2019, p. 224.

⁶⁶ Voir par exemple : Cass. Com., 8 avr. 1986, n° 84-12.943, Bull. civ. IV, n° 58 ; Cass. Com., 28 fév. 1995, Bull. civ. IV, n° 63, *RTD civ.*, 1995, p. 885, obs. J. Mestre : sanction de la rupture brutale des relations après avoir incité le contractant à la constitution de stocks importants ; Cass. Com., 20 jan. 1998, Bull. civ. IV, n° 40 ; *D.*, 1998, p. 413, note Chr. Jamin ; *D.*, 1999, som. 114, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1998, p. 675 : sanction de la rupture brutale après avoir demandé au contractant de coûteux investissements.

⁶⁷ Les clauses résolutoires dites « balais », sanctionnant un quelconque manquement à l'une des obligations du contrat, ne sont pas possibles.

⁶⁸ Art. 1226 C. civ.

⁶⁹ Cass. com., 18 nov. 2008, *RDC*, 2009, p. 484.

rapidement aux conséquences de la crise sanitaire sur le contrat. L'issue est également incertaine dans la mesure où le juge dispose de larges pouvoirs : il « peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts » (art. 1228 C. civ.).

189. Si la mise en œuvre d'une clause résolutoire prévue au contrat semble le moyen le plus simple de résilier le contrat pour inexécution, des mesures spéciales ont toutefois été prises par le Gouvernement afin de tenir compte des difficultés d'exécution résultant de l'état d'urgence sanitaire. L'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire, modifié par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril, prévoit, comme nous l'avons vu à propos des clauses pénales plus haut⁷⁰, un moratoire des clauses contractuelles visant à sanctionner l'inexécution du débiteur. Cette paralysie entérine une « période juridiquement protégée », qui court du 12 mars au 23 juin inclus⁷¹ pendant laquelle les clauses résolutoires sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet si ce délai a expiré pendant la période juridiquement protégée.

Ainsi pour rappel, les clauses résolutoires qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendues pendant la période protégée. Elles reprendront effet dès le lendemain de ladite période, c'est à dire le 24 juin 2020. Pour les clauses résolutoires qui ont pris effet pendant la période juridiquement protégée, les sanctions encourues sont reportées, à l'issue de cette période « *d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée* ». Enfin, pour les clauses résolutoires dont le délai de mise en œuvre parvient à échéance après la fin de la période de moratoire, la date à laquelle les sanctions peuvent s'appliquer est « *reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période* », le 23 juin 2020.

B. L'indemnisation de la résiliation

190. Restitutions. La résiliation du contrat en cours peut bien évidemment donner lieu à des restitutions à partir du moment où une prestation n'a pas reçu de contrepartie. Ou encore, lorsque les prestations échangées ne trouvaient d'utilité que par l'exécution complète du contrat (par exemple, pour une vente la livraison n'a d'utilité que si le prix a été entièrement payé), dans ce cas les parties doivent restituer intégralement les prestations réciproques⁷². Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil. Toutefois, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive comme un bail commercial, la résiliation ne vaudra que pour l'avenir et il n'y aura pas de restitution.

⁷⁰ Voir ci-dessus II.

⁷¹ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 tel que modifié par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire, préc.

⁷² Art. 1129 al. 3 C. civ. pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats ; Cass., civ. 3^e, 30 avr. 2003, JCP, 2004.II.10031, note C. Jamin pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016. Dans tous les cas, les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 C. civ.

191. Absence d'indemnisation d'une résiliation justifiée. En principe, lorsque la défaillance du débiteur cause un préjudice au créancier, ce dernier peut agir en justice sur le fondement de la responsabilité contractuelle afin d'obtenir des dommages et intérêts venant compenser le dommage subi. Cette sanction de l'inexécution peut toutefois être écartée en cas de force majeure. Ainsi, si les 3 conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité sont remplies, comme nous l'avons analysé plus haut à propos de la force majeure temporaire⁷³, le contrat sera résilié de plein droit et les parties libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 du Code civil (art. 1218 al. 2 C. civ.). L'article 1351 du Code civil prévoit que l'effet libératoire ne joue pas dans 2 hypothèses : quand le débiteur a accepté de garantir l'exécution de l'obligation, même en cas de force majeure, notamment via une clause de garantie, ou quand le débiteur a été mis en demeure d'exécuter avant la survenance de l'évènement rendant l'exécution impossible. Dans ces deux cas, le débiteur verse une somme d'argent représentant la valeur de la prestation non exécutée. De plus, l'article 1351-1 du Code civil énonce que dans l'hypothèse où l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur est libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Le débiteur est alors tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

Finalement, la force majeure apparaît très aléatoire pour libérer les contractants de leur obligation contractuelle, en particulier le caractère de l'irrésistibilité étant à démontrer pour chaque cas d'espèce. Toutefois, si elle est reconnue et qu'elle est considérée comme la cause unique du dommage, il y aura exonération totale du débiteur. En revanche, si le dommage est dû pour une part à la force majeure et pour une autre part à la faute prouvée ou présumée du débiteur, la jurisprudence admet que la responsabilité de ce dernier sera atténuée en conséquence⁷⁴. Il y a force majeure partielle. Ce pourrait être le cas d'un cocontractant qui a mal géré son entreprise pendant la crise.

192. Clause pénale. Le cocontractant qui a demandé la résiliation du contrat pour inexécution ou mauvaise exécution peut obtenir des indemnités si cela été prévu au contrat grâce à une clause pénale. Comme nous l'avons plus haut, la mise en œuvre de cette sanction est toutefois paralysée pendant la période juridiquement protégée du 12 mars au 23 juin inclus du fait du dispositif de report mis en place par l'ordonnance n° 2020-306 et modifié par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril. Pour plus de détails, vous référez supra au II, D de cette partie du rapport sur le droit privé.

C. Les pénalités liées à la résiliation du contrat

193. Toute clause prévoyant des pénalités visant à sanctionner l'inexécution du contrat dans les délais, comme une clause d'astreinte qui constitue un moyen de pression exercé sur le débiteur d'une obligation, est soumise à un moratoire du 12 mars au 23 juin prévu par l'ordonnance n° 2020-306 et modifié par l'ordonnance n° 2020-427, tel que mentionnée ci-dessus au II, D de cette partie du rapport sur le droit privé.

⁷³ Voir supra, II, A pour les conditions de la force majeure, qui sont identiques qu'il s'agisse de la force majeure temporaire ou définitive.

⁷⁴ Cass. com., 19 juin 1951, 2 arrêts, *D.*, 1951, p. 717, note G. Ripert ; *JCP*, 1951, II, 6426, obs. E. Becqué ; Cass., civ. 2^e, 13 mars 1957, *D.*, 1958, p. 73, note J. Radouant ; *JCP*, 1957, II, 10084, obs. P. Esmein ; Cass. com., 14 fév. 1973, *JCP*, 1973, II, 17451, obs. B. Starck.

IV. L'exécution dégradée du contrat privé

Résumé d'étape n°3

Dans certains cas, la loi a pu prévoir la répartition des surcoûts qui ont émergé lors de l'exécution du contrat. Par exemple, dans le contrat de marché à forfait ou le contrat de construction de maison individuelle, l'article 1793 du Code civil envisage, en substance, que le surcoût éventuel des travaux est à la charge de l'entrepreneur ou de l'architecte. Ou encore, les parties ont pu prévoir dans le contrat la répartition des surcoûts qui interviendraient lors de son exécution. Dans ces différents cas, il convient de s'en tenir au texte, aussi bien juridique que contractuel, pour procéder à la répartition des surcoûts dus à l'épidémie de Covid-19 et aux mesures administratives prises pour l'endiguer.

Lorsque le risque n'a pas été appréhendé en amont de la conclusion du contrat, les cocontractants peuvent s'opposer pour savoir lequel d'entre eux doit supporter les conséquences financières de la crise. Le gouvernement n'a pas tranché la question avec les textes dérogatoires applicables pendant la crise à certaines situations contractuelles bien précises. Il s'est donc implicitement contenté de renvoyer aux règles en vigueur. Ainsi, si on se réfère à la volonté commune des parties, qui constitue l'élément fondamental d'interprétation du contrat en vertu de l'article 1188 du Code civil, cela paraît illusoire d'en tirer une répartition des surcoûts dès lors que la pandémie était un impensé dans la plupart des contrats. Si l'on se tourne ensuite vers les principes généraux du droit des contrats privés, comme le devoir de bonne foi, l'obligation de loyauté, le principe de collaboration entre les parties, l'équilibre contractuel, ainsi que le concept de justice contractuelle, il est difficile de discerner la portée de leur application concrète à la situation actuelle. C'est donc davantage grâce à un commun accord entre les cocontractants qu'une répartition des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 pourra avoir lieu.

Toutefois, il va être difficile de quantifier la part susceptible d'être conservée par chaque cocontractant. Les négociations contractuelles sur ce point ne sont pas aisées et dépendent du rapport de force entre les parties. Seule une intervention des pouvoirs publics exigeant la participation de tous les cocontractants à une prise en charge des surcoûts liés à l'acquisition de matériel de protection sanitaire, à la nouvelle organisation des chantiers, aux problèmes de déplacement et d'hébergement et à tous les surcoûts liés à la crise sanitaire permettrait de sortir clairement de cette situation. Si le gouvernement est allé en ce sens dans l'ordonnance n° 2020-319 à propos des contrats de concession, et encore seulement en cas de modification de ceux-ci par l'autorité concédante, il n'a pas pour l'instant pas envisagé d'aller plus loin et de présenter des pistes de répartition des surcoûts dans les marchés privés.

La théorie de l'imprévision prévue depuis 2016 à l'article 1195 du Code civil peut permettre de renégocier le contrat en cas de bouleversement économique. Elle s'applique si aucune clause n'y déroge, ce qui est le cas la plupart du temps en pratique. Elle requiert deux conditions d'application : l'imprévisibilité de l'évènement et une exécution du contrat devenue excessivement onéreuse. Ce dernier critère reste flou, sans seuil précis, difficile à distinguer du simple surcoût. Pour de nombreux contrats, projets industriels, commerciaux ou immobiliers, qui vont devenir moins rentables qu'avant la crise sanitaire, l'exécution excessivement onéreuse fera défaut et l'imprévision ne sera pas applicable. Dans ces cas-là, c'est une opération moins rentable que prévu qui se profile. Il faut alors envisager d'autres fondements de modification du contrat davantage en lien avec sa formation.

Ainsi, pour faire face à des évènements qui bouleversent les prévisions des parties et ont des implications financières importantes, comme l'épidémie de Covid-19 et les mesures administratives prises pour l'endiguer, les parties peuvent essayer de s'organiser en amont lors de

la rédaction du contrat : soit en appréhendant directement le risque et en prévoyant les conséquences de sa réalisation notamment en termes de rémunération, de répartition des surcoûts ; soit en restant plus général et en prévoyant des clauses de révision du contrat qui permettent des aménagements contractuels en cas de changement de circonstances, notamment une obligation de renégociation.

194. Les coûts directs et indirects liés aux nouvelles modalités d'exécution du contrat avec l'épidémie de Covid-19 ont augmenté dans la plupart des cas. Dans le domaine du BTP par exemple, le surcoût estimé concernant le poste de la main-d'œuvre de tous les travaux en cours par les représentants du secteur s'élève à environ 20 %⁷⁵. Les retards, les difficultés d'approvisionnement, les mesures barrières à installer, l'absence d'apprentis font que les coûts initiaux ne sont plus les mêmes⁷⁶. Dans d'autres domaines, l'acquisition d'équipements individuels de protection, les nettoyages supplémentaires (matériaux et temps de travail), la modification des modalités d'acheminement de certains matériaux ou personnels ont fait augmenter les coûts directs de l'exécution du contrat. Les coûts indirects comme les pertes de rendement, liées notamment à un allongement du délai d'exécution du fait du confinement, ont également augmenté. Face à ces surcoûts imprévus apparus du fait de l'épidémie de Covid-19 et des mesures administratives prises pour l'endiguer, se pose la question de leur répartition entre les cocontractants (A). En revanche, si nous sommes au-delà d'un simple surcoût, c'est-à-dire en cas d'une exécution excessivement onéreuse, la théorie de l'imprévision du Code civil est applicable et mène à une renégociation du contrat (B).

A. La répartition des surcoûts

195. Dans certains cas, la loi a pu prévoir la répartition des surcoûts qui ont émergé lors de l'exécution du contrat. Par exemple, dans le contrat de marché à forfait ou le contrat de construction de maison individuelle, l'article 1793 du Code civil envisage, en substance, que le surcoût éventuel des travaux est à la charge de l'entrepreneur ou de l'architecte⁷⁷. Également, l'article 1831-1 du Code civil relatif au contrat de promotion immobilière semble prévoir que les surcoûts sont à la charge du promoteur⁷⁸. Ou encore, les parties ont pu prévoir dans le contrat la répartition des surcoûts qui interviendraient lors de son exécution. Dans ces différents cas, il convient de s'en tenir au texte, aussi bien juridique que contractuel, pour procéder à la répartition des surcoûts dus à l'épidémie de Covid-19 et aux mesures administratives prises pour l'endiguer. Il n'y a donc pas de surprise pour les parties.

⁷⁵ Question à l'AN n° 29327 de Mme Delphine Bagarry, JO 12 mai 2020, p. 3306.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ L'article 1793 du Code civil dispose : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire* », souligné par nous.

⁷⁸ L'article 1831-1 du Code civil dispose : « *Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage* », souligné par nous.

En revanche, lorsque le risque n'a pas été appréhendé en amont de la conclusion du contrat, les cocontractants peuvent s'opposer pour savoir lequel d'entre eux doit supporter les conséquences financières de la crise. Le gouvernement n'a pas tranché la question avec les textes dérogatoires applicables pendant la crise à certaines situations contractuelles bien précises. Il s'est donc implicitement contenté de renvoyer aux règles en vigueur.

196. L'interprétation des clauses contractuelles paraît, à première vue, être la méthode la plus simple pour résoudre les difficultés liées à l'exécution du contrat et aux surcoûts dus à la crise sanitaire, le contrat étant censé parfaitement refléter la volonté de ceux qui l'ont signé. En ce sens, certains correspondants de la Chaire rappellent qu'en droit privé la liberté contractuelle, le consensualisme priment, ce qui, poussé à son paroxysme, a aussi un côté limitatif comme le rappellent deux interviewés : le contrat est la loi des parties donc il y a le contrat, rien que le contrat avec ses enjeux économiques ; il n'y a pas d'enjeu d'intérêt général ou de service public. Ainsi, des contrats ont pu prévoir des hypothèses se rapprochant de la force majeure et envisager des cas de prolongation des délais et d'inexécution contractuelle. Ou encore, un autre correspondant de la Chaire relève qu'il a réussi à adapter le contrat à partir de ses propres conditions générales d'achat et des ordonnances adoptées par le Gouvernement pendant la crise sanitaire. Toutefois, il est peu probable que les parties aient prévu une pandémie mettant l'économie mondiale à l'arrêt pendant plusieurs mois. Dès lors, il semble impossible de se référer à la volonté commune des parties, qui constitue l'élément fondamental d'interprétation du contrat en vertu de l'article 1188 du Code civil selon lequel : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». En effet, dans la mesure où l'événement qui s'est produit était hors du champ de prévision des parties, l'interprétation du contrat consiste surtout à « faire rentrer dans des mots classiques des maux nouveaux »⁷⁹. Par exemple, le tribunal de commerce de Paris a admis par une ordonnance du 22 mai 2020 l'indemnisation d'un restaurateur en raison des conséquences de l'épidémie de Covid-19. Cette décision est fondée, entre autres, sur le fait que le contrat, qui n'excluait pas le Covid-19, prévoyait l'indemnisation des fermetures administratives, le juge ayant considéré que cette référence permettait l'indemnisation des préjudices subis du fait de la fermeture du restaurant pendant la crise sanitaire, alors qu'AXA soutenait que la clause ne s'appliquait qu'aux fermetures visées par le préfet et non par le ministre⁸⁰. Hugues Périnet-Marquet relève que les mots du contrat sont ici utilisés de manière intéressante, mais l'on ne peut pas assurer qu'ils reflétaient la volonté commune des parties au contrat dont très certainement aucune n'avait anticipé l'évènement. Par conséquent, se fonder sur les dispositions contractuelles pour trouver un guide sûr permettant de résoudre les difficultés de la crise est donc en partie illusoire, dès lors que cette pandémie était un impensé.

197. On peut ensuite se tourner vers les principes généraux concernant l'exécution des contrats. Si des règles nouvelles ont été écrites récemment avec l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, elles n'ont pas été prévues pour régir précisément la crise de la Covid-19. Toutefois, comme pour les clauses contractuelles, on peut

⁷⁹ H. PERINET-MARQUET, « Covid-19 et contrats de construction : qui payera les surcoûts ? », *Construction – Urbanisme*, n° 6, juin 2020, p. 2.

⁸⁰ T. com. Paris, 22 mai 2020, n° 2020-017022, cité par H. PERINET-MARQUET, « Covid-19 et contrats de construction : qui payera les surcoûts ? », préc., p. 2.

envisager qu'elles puissent s'appliquer au contexte actuel. Pour Mustapha Mekki, le principe de la renégociation de bonne foi des contrats, énoncé par la jurisprudence, pourrait éventuellement être appliqué pour aboutir à un rééquilibrage du contrat⁸¹, mais il est vrai que cette jurisprudence est restée marginale⁸². Le devoir de bonne foi, l'obligation de loyauté, le principe de collaboration entre les parties, l'équilibre contractuel ainsi que le concept de justice contractuelle sont aussi envisageables à une époque de profonde crise économique où tout le monde doit faire preuve de mesure et agir de manière solidaire. Si l'on peut attendre de ces principes et concepts généraux qu'ils soient suffisamment souples pour s'adapter à tous les événements pouvant survenir y compris l'épidémie de Covid-19, Hugues Périnet-Marquet souligne qu'il est difficile de discerner la portée de leur application concrète dans la mesure où certains principes sont issus de la réforme récente du droit des contrats du 10 février 2016 et que la tendance observée est que les rédacteurs de contrats se sont appliqués à réduire la portée de toutes les nouveautés de la réforme⁸³. En outre, concernant l'obligation de loyauté, la jurisprudence est restée jusqu'à aujourd'hui mesurée en ne sanctionnant que les abus les plus graves⁸⁴. Ainsi, dans la majorité des cas, la bonne foi n'autorise pas le juge « à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁸⁵. C'est donc davantage grâce à un commun accord entre les cocontractants qu'une répartition des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 pourra avoir lieu.

198. Si le principe d'une répartition des coûts est finalement admis par les cocontractants, il va être difficile de quantifier la part susceptible d'être conservée par chaque cocontractant. L'attitude du juge en la matière semble également difficile à prévoir. Pour Hugues Périnet-Marquet, ils pourront tenir compte des dispositions contractuelles tout en faisant « *entrer dans leur décision une importante dose d'équité, cette dernière pouvant apparaître comme une autre forme de dénomination de la justice contractuelle* », notion fondamentale de la réforme du droit des contrats de 2016⁸⁶. Toutefois, le positionnement des juges, qui interviendra dans plusieurs années dans un contentieux sur le fond, reste incertain. Face à une telle incertitude, les négociations contractuelles concernant la répartition des surcoûts ne sont pas aisées et dépendent du rapport de force entre les parties. Certaines parties peuvent être tentées de durcir leur position pour gagner du temps. C'est pourquoi pour sortir du bras de fer contrat par contrat, un accord sur une répartition équilibrée des coûts de la Covid-19 entre les fédérations professionnelles concernées serait une bonne solution. Mais comme le rappelle Hugues Périnet-Marquet, l'incertitude jurisprudentielle pèse également sur ce type d'accord global et le rend difficile, tant les enjeux financiers sont importants⁸⁷.

⁸¹ M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », préc., p. 164. L'auteur cite la jurisprudence suivante : Cass. com., 3 nov. 1992, Huard, n° 90-18.547 Bull. civ. IV, n° 338 ; D., 1995. 85, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; D., 1999. 9 ; RTD civ., 1999. 98, obs. J. Mestre ; *ibid.* 646, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-16.406, D., 2018. 371, obs. M. Mekki ; *ibid.* 865, obs. D. Ferrier.

⁸² S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année : Les obligations 2020*, préc., pp. 215-216.

⁸³ H. PERINET-MARQUET, « Covid-19 et contrats de construction : qui payera les surcoûts ? », préc., p. 2.

⁸⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 23 jan. 1996, D., 1997, p. 572, note Ph. Soustelle : la Cour casse une décision d'appel ayant condamné le créancier d'une facture d'eau impayée pour n'avoir pas facturé avec ponctualité les sommes dues, rappelle que le débiteur, tenu à une obligation de bonne foi, devait lui-même vérifier la facturation des fournitures ; Cass., Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, D., 2005. 1828 : la Cour refuse de sanctionner une augmentation importante du coût de location de chambres fortes, le client de la banque ayant été informé et disposant d'une faculté unilatérale de résiliation.

⁸⁵ Cass. com., 10 juil. 2007, D., 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; *Ibid.* 2844, note D. Mazeaud ; Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-29770, RTD civ., 2017, p. 133.

⁸⁶ H. PERINET-MARQUET, « Covid-19 et contrats de construction : qui payera les surcoûts ? », préc., p. 2.

⁸⁷ *Ibid.*

En outre, sur le terrain, un correspondant interviewé de la Chaire remarque que des syndicats professionnels se sont empressés de dire de pas indemniser. Il n'y a donc pas de solution toute faite, ni acquise en la matière. Seule une intervention des pouvoirs publics exigeant la participation de tous les cocontractants à une prise en charge des surcoûts liés à l'acquisition de matériel de protection sanitaire, à la nouvelle organisation des chantiers, aux problèmes de déplacement et d'hébergement et à tous les surcoûts liés à la crise sanitaire permettrait de sortir clairement de cette situation. Si le gouvernement est allé en ce sens dans l'ordonnance n° 2020-319 à propos des contrats de concession, et encore seulement en cas de modification de ceux-ci par l'autorité concédante⁸⁸, il n'a pas pour l'instant envisagé d'aller plus loin et de présenter des pistes de répartition des surcoûts dans les marchés privés⁸⁹.

B. La théorie de l'imprévision du Code civil en cas de bouleversement économique du contrat

199. Le régime de l'imprévision est prévu par l'article 1195 du Code civil qui dispose que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». La théorie de l'imprévision pose donc des conditions précises et impose une procédure très rigoureuse, qui peut être écartée par les parties dans le contrat.

200. Conditions de la théorie de l'imprévision. Les conditions de l'application de la théorie de l'imprévision sont, selon l'article 1195 al. 1^{er} du Code civil, au nombre de trois.

Tout d'abord, le contrat doit être soumis « à un changement de circonstances imprévisibles » lors de sa conclusion. Le terme « changement » suppose qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un bouleversement brutal. Ainsi, pour Mustapha Mekki, « on peut parfaitement intégrer dans ces hypothèses l'évolution progressive de la situation depuis la découverte des premiers cas de Covid-19 en Chine. Le caractère progressif du changement n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un cas d'imprévision. Le changement doit porter sur des circonstances sans précision. Pour le Covid-19, il peut être question de circonstances politiques, sanitaires, économiques, sociales... » Ensuite, le critère de l'imprévisibilité s'apprécie de la même manière que pour la force majeure au moment de la conclusion du contrat. Il faut donc bien vérifier l'état de la crise sanitaire au moment de la conclusion ou du renouvellement du contrat. A nouveau, le caractère imprévisible sera apprécié au cas par cas. La difficulté est ici de déterminer la date à partir de laquelle l'entrepreneur ne peut pas ignorer le risque pesant sur l'exécution du contrat. Au vu des circonstances, il semble qu'à partir de fin février, le risque n'était plus méconnu⁹⁰.

Ce changement doit en outre rendre « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie », bien que l'exécution reste possible. Cette condition n'est pas davantage définie que la

⁸⁸ Article 6, 6° de l'ordonnance n° 2020-319 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, préc.

⁸⁹ Réponse du Gouvernement à la question écrite à l'AN n° 29327, JO 8 sept. 2020, p. 6018.

⁹⁰ Pour plus de détails sur le critère de l'imprévisibilité, voir supra l'analyse pour la force majeure : II, A.

première par les textes, mais elle donne lieu selon la doctrine⁹¹ à une approche objective. Selon cette approche, la condition suppose de prendre en compte le contrat et de vérifier qu'il n'est pas manifestement déséquilibré au point d'être exécuté à perte par l'une des parties, ce qui n'a pas encore été confirmé par la jurisprudence. A contrario, l'approche subjective aurait exigé de prendre en compte également la capacité financière de la partie concernée et pas seulement l'économie voulue par les parties. Par conséquent, le critère de l'exécution excessivement onéreuse traduit un déséquilibre majeur ou une disproportion manifeste entre les prestations, entraînant une charge exorbitante pour l'une des parties. C'est un bouleversement qui rend le contrat économiquement intenable pour l'une des parties. Toutefois, l'exécution de l'obligation demeure réalisable contrairement à la force majeure où l'exécution de l'obligation est devenue impossible. Si certaines opérations qui s'inscrivent dans la durée vont dans les mois et les années à venir entrer parfaitement dans les prévisions de l'article 1195 du Code civil, il est probable que de nombreuses hypothèses demeureront en dehors de son champ d'action. Pour de nombreux contrats, projets industriels, commerciaux ou immobiliers, qui vont devenir moins rentables qu'avant la crise sanitaire, l'exécution excessivement onéreuse fera toutefois défaut et l'imprévision n'est pas envisageable. L'imprévision ne remédie ainsi qu'à des cas exceptionnels relevant d'une exécution du contrat excessivement onéreuse. Ce dernier critère sans seuil n'est pas simple à établir et à distinguer du simple surcoût. Dans de nombreux cas, c'est une opération moins rentable que prévu qui se profile. Il faut alors envisager d'autres fondements en lien avec la formation du contrat.

Enfin, la 3^{ème} condition posée par l'article 1195 al. 1^{er} du Code civil suppose l'absence dans le contrat d'une **clause d'acceptation des risques** liées à l'imprévision. Le texte est donc supplétif de volonté et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter ou de l'aménager pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances, qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. Ce n'est donc qu'à défaut d'une telle clause, que le régime juridique de l'imprévision peut s'appliquer. Cela doit donc être vérifié pour chaque contrat. Si à première vue, le fait que l'imprévision soit désormais prévue par le Code civil peut apparaître comme un avantage pour un partenaire de la Chaire, cinq interviewés remarquent que la théorie de l'imprévision est la plupart du temps dérogée par des clauses contractuelles, notamment par les grands promoteurs immobiliers. En outre, les marchés privés à forfait tels que définis à l'article 1793 du Code civil sont également exclus de l'application de la théorie de l'imprévision selon la jurisprudence qui a considéré que l'application de l'article 1195 du Code civil était circonscrite aux contrats ne relevant pas d'un régime spécial⁹². Une solution à cet évitement de l'application de la théorie de l'imprévision en droit privé serait, pour un interviewé par la Chaire, de rendre l'application de l'article 1195 du Code civil d'ordre public.

Lorsque les conditions de l'imprévision sont réunies et l'imprévision constatée, l'article 1195 du Code civil définit un processus strict en plusieurs étapes pouvant conduire in fine à la révision du contrat.

201. Effets de la théorie de l'imprévision. Tout d'abord, la partie lésée peut solliciter une renégociation du contrat avec l'autre partie. Il n'y a toutefois pas d'obligation de renégocier pour l'autre partie. S'il y a renégociation, les parties doivent négocier de bonne foi. S'il

⁹¹ PORCHY-SIMON S., *Droit civil 2^e année : Les obligations 2020*, préc., p. 219 ; MEKKI M., « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », préc., p. 164.

⁹² LICHÈRE F., « La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique », *AJDA*, n° 20/2020, p. 1107 : l'auteur cite en ce sens la jurisprudence des Cours d'appel, en particulier CA Douai, 23 janv. 2020, n° 19/01718.

y a un accord, le contrat peut être modifié ou adapté par les parties (temporairement ou définitivement). Pendant le processus de renégociation, il n'y a aucune suspension de l'exécution des obligations contractuelles, même pour le demandeur pour qui l'exécution est devenue excessivement onéreuse. Si la négociation contractuelle réussit, le contrat est exécuté dans ses nouveaux termes.

Dans le cas contraire, une seconde phase de sanctions plus directes de l'imprévision s'ouvre. Les parties peuvent tout d'abord convenir de la résiliation du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent (résiliation conventionnelle). Les parties peuvent également décider d'un commun accord de demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat (saisine conjointe du juge). Enfin, à défaut d'accord dans un délai raisonnable sur aucune des options précédentes, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe (pouvoir de révision du juge).

La doctrine insiste là encore sur l'importance du règlement amiable des relations contractuelles. En premier lieu, parce que le recours au juge était assez difficile à exercer durant l'état d'urgence sanitaire, les tribunaux étant en fonctionnement dégradé. Ensuite, l'aléa judiciaire aboutit au fait que les standards et règles juridiques sont tellement nombreux qu'il sera difficile de prévoir ce que dira le juge. Aussi, mieux vaut ne pas ajouter davantage d'imprévisibilité à la crise sanitaire.

202. Il faut, enfin, prendre en compte et analyser les différentes clauses qui permettent de réviser ou de résilier un contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles, telles que la crise actuelle, et qui auront été stipulées dans les contrats en cours (clauses de révision, clauses de *hardship*, clause d'indexation, etc.). Ces clauses permettront d'adapter ou de résilier, selon les stipulations, le contrat, et ce quelle que soit la nature des obligations qui doivent être exécutées.

C. L'adaptation du contrat en cours d'exécution

203. Nombreux sont les contrats dont l'exécution se fait dans le temps. On peut les qualifier en tant que tels d'actes de prévision des parties qui ont force obligatoire en vertu de l'article 1103 du Code civil. En pratique, il est toutefois possible qu'au cours de leur existence ces contrats aient à faire face à des événements qui bouleversent les prévisions. Ainsi en est-il des événements de transformation des conditions d'exécution du contrat, comme l'épidémie de Covid-19 et les mesures administratives prises pour l'endiguer, qui ont notamment des implications financières comme le manque à gagner ou un bouleversement majeur de l'équilibre juridique et financier du contrat comme une exécution à perte. Il en résulte aussi de l'insécurité juridique que le droit a vocation à connaître voire à neutraliser le plus possible. Cela est possible de deux manières : soit en appréhendant directement un risque dans le contrat et en prévoyant les conséquences de sa réalisation (1) soit en restant plus général et en prévoyant des clauses de révision du contrat qui permettent des aménagements contractuels en cas de changement de circonstances (2).

1. La contractualisation du risque

204. Dans la phase de contractualisation, les parties peuvent élaborer une stratégie contractuelle qui tient compte de nombreux éléments, comme les contraintes réglementaires, la perception de la situation par les acteurs, les rapports de force, mais aussi de l'incertitude qu'elle soit géographique, politique, environnementale ou encore sanitaire. Ainsi, les parties vont pouvoir anticiper les risques liés à l'exécution du contrat en prenant en compte les possibilités d'évolution de l'environnement, dont désormais les pandémies. Dans cette perspective, elles devront évaluer le risque à partir de données, d'estimations pour trouver une équation plus ou moins équilibrée entre délais – coûts – qualité – satisfaction du cocontractant. Les parties tireront ensuite de cette phase des mesures contractuelles relatives à la rémunération du contrat, à la répartition de la charge des risques, au partage éventuel des surcoûts dus à la réalisation du risque⁹³.

2. Les clauses permettant la révision du contrat

205. Deux types de clauses permettent d'aménager contractuellement l'adaptation du contrat aux changements des données économiques : les clauses de révision et les clauses d'indexation.

206. Clauses de révision. Parfois appelée en droit du commerce international clause de *hardship*⁹⁴, la clause de révision est la stipulation du contrat par laquelle les parties s'engagent à renégocier le contenu de la convention en cas de changement de circonstances postérieurement à sa conclusion. Ce mécanisme repose sur le principe général de la liberté contractuelle⁹⁵. Une telle clause est dépourvue de caractère automatique dans la mesure où elle se contente d'imposer aux parties une renégociation de bonne foi des conditions du contrat, sans les contraindre à parvenir à un accord⁹⁶.

Si les parties s'entendent, le contrat est modifié pour l'avenir. A défaut, le contrat est en principe maintenu en l'état. Toutefois, certaines clauses accordent un droit de résiliation unilatérale en cas d'échec des renégociations. Ainsi, les clauses de révision les plus élaborées déterminent précisément les conditions de déclenchement de l'obligation de renégocier, les modalités et délais de la renégociation, et les conséquences de son échec pour assurer une plus grande sécurité juridique aux parties.

207. Clauses d'indexation. La clause d'indexation, parfois appelée clause d'échelle mobile, et permise par l'article 1343 du Code civil, permet de faire varier le prix du contrat par parallélisme avec un indice de référence. Elle joue automatiquement, sans qu'un nouvel accord entre les parties ne soit nécessaire, puisque toute variation de l'indice de référence entraîne une révision du prix contractuel. Par exemple, dans un contrat de prêt immobilier, l'indexation de l'emprunt sur l'indice du coût de la construction entraîne la variation automatique des sommes dues

⁹³ J. VENTOUX, *Aide à la maîtrise des risques liés à la contractualisation et l'exécution d'un projet complexe pétrolier*, thèse interdisciplinaire de sciences et technologies industrielles, Université Paris-Salca, 2016.

⁹⁴ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2019, 15^e éd., p. 484 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, 10^e éd., p. 408.

⁹⁵ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année : Les obligations 2020*, préc., p. 221.

⁹⁶ Cass. com., 3 oct. 2006, *D.*, 2007. 765.

chaque fois que l'indice est à la hausse. Les parties doivent en principe choisir un indice présentant un lien direct avec l'objet du contrat ou l'activité des parties. La jurisprudence se montre cependant libérale sur ce point en admettant que l'indice ait un lien aussi avec la cause du contrat ou avec l'activité secondaire ou passée des parties⁹⁷.

208. Bilan du droit privé : Les mécanismes applicables aux contrats privés pendant la crise sanitaire se retrouvent en droit public et même, de nombreux interviewés reconnaissent qu'en cas de crise c'est au droit privé de s'inspirer du droit public. La force majeure temporaire pourrait toutefois intéresser les contrats publics, qui ne connaissent pas de disposition juridique particulière concernant la suspension du contrat. En effet, s'appuyant sur les mêmes conditions que la force majeure définitive, le mécanisme, prévu à l'article 1218 al. 2 du Code civil, permet à un cocontractant en difficulté de suspendre le contrat, plus particulièrement l'exécution de ses obligations, pendant le temps de l'empêchement. Les obligations contractuelles continuent ainsi d'exister et sont seulement retardées dans leur exécution. La suspension de l'exécution de l'obligation ne constitue pas une faute contractuelle du débiteur.

En outre, face à une telle situation, est justifiée réciproquement en principe l'application de l'exception d'inexécution par l'autre partie sur le fondement de l'article 1219 du Code civil. Ainsi en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur, il y a symétriquement suspension de l'exécution de l'obligation corrélative (si les conséquences de l'inexécution sont suffisamment graves pour l'autre partie), de sorte que c'est alors le contrat dans son entier qui est suspendu. Dès lors, en cas de suspension de l'exécution d'une prestation matérielle sur le fondement de la force majeure, l'obligation réciproque de payer une somme d'argent pourra être suspendue.

Ces deux mécanismes permettent de suspendre le contrat et de préserver les relations contractuelles en situation de crise. C'est une sorte de *statu quo* pendant un temps limité afin de ne pas tirer de conséquences radicales, comme la résiliation du contrat ou l'attribution de dommages et intérêts, dans une situation contractuelle déjà difficile pour au moins une des parties.

⁹⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc., p. 644 et s. ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, préc., p. 525 et s. ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année : Les obligations 2020*, préc., pp. 221-222.

PARTIE IV

Droit comparé

209. Sommaire de la partie.

I – Généralités

II – La suspension du contrat

- A – Hypothèses de suspension de contrat
- B – Preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement par le titulaire
- C – Pénalités
- D – Indemnisation des préjudices du fait de la suspension
- E – Fondements juridiques de l'indemnisation des surcoûts

III – La résiliation du contrat

- A – Hypothèses de résiliation
- B – Fondements de la résiliation
- C – Indemnisation de la résiliation

IV – L'exécution dégradée du contrat public

- A – Délais
- B – Avances
- C – Modifications du contrat
- D – Surcoûts

V – L'impact de la crise sanitaire sur les contrats publics : considérations générales

- A – Mécanismes juridiques classiques
- B – Appréhension du risque par le contrat

VI – Précontentieux et contentieux

VII – Bilan et évolution du droit

210. Méthodologie. Un questionnaire a été élaboré en anglais sur la base d'une version simplifiée du questionnaire en ligne. Les questions portaient sur des généralités de présentation du droit des contrats publics et la crise sanitaire dans le pays sondé, sur la suspension, la résiliation, l'exécution dégradée, l'impact de la crise sanitaire dans les contrats publics, les précontentieux et contentieux et enfin sur l'évolution du droit. Les universitaires ont répondu à quasiment toutes les questions. Les réponses sont présentées pays par pays à chaque bloc de questions ; lorsqu'un pays n'est pas mentionné, c'est que le correspondant n'a pas répondu.

211. Correspondants. Cinq pays sont représentés dans le cadre de l'analyse de droit comparé :

- *L'Allemagne*, avec Martin Burgi de la Ludwig Maximilian University à Munich ;
- *L'Espagne*, avec Patricia Valcárcel Fernández de l'Université de Vigo et Beatriz Gómez Fariñas de la Nottingham Trent University ;
- *L'Italie*, avec Roberto Caranta, Mario Comba, et Benedetta Biancardi de l'Université de Turin ;
- *La Pologne*, avec Anna Gorczynska et Izabella Sobieraj de l'Université de Łódź ;
- *Le Royaume-Uni*, avec Luke R A Butler de l'Université de Nottingham.

I. Généralités

212. Allemagne. Les contrats publics sont définis en Allemagne comme des contrats à titre onéreux conclus entre des pouvoirs adjudicateurs ou des pouvoirs adjudicateurs sectoriels et des entreprises pour l'achat de fournitures, travaux ou services (§ 103 Abs. 1 GWB). Ces contrats sont principalement des contrats de droit privé, même si certains sont de droit public (à l'image des concessions). Entrent dans la catégorie des « contrats publics » les contrats (de droit privé et de droit public) en matière de travaux, fournitures, services, ainsi que les accords-cadres, les concessions et les contrats mixtes entre contrats publics et concessions (§§ 110 ff. GWB).

Durant le printemps 2020, l'Allemagne a été totalement confinée, seuls les commerces essentiels restant ouverts. Après une réouverture en été, octobre a vu des reconfinements locaux tandis qu'en novembre les lieux de culture, de divertissements et de loisirs, restaurants, ont été fermés. Les magasins sont restés ouverts. A la fin du mois de novembre, ce ne sont finalement plus que les entreprises et les écoles qui sont restées ouvertes. Le pays a été totalement reconfiné avant les fêtes de fin d'année 2020.

L'Allemagne n'a pas adopté de législation spécifique du fait de la pandémie, mais mis en place des lignes directrices contraignantes pour l'État fédéral notamment destinées à accélérer les mesures d'investissement public. Les seuils de passation ont été relevés afin de concrétiser les projets d'investissement. Des possibilités d'attribution directe ont été mises en place, technique reprise ensuite par d'autres États membres. Toutefois, pour Martin Burgi, ces mesures devraient être cantonnées à la période de crise sanitaire et ne pas être pérennisées.

213. Espagne. L'Espagne transpose les directives européennes en droit interne par la loi 9/2017 du 8 novembre 2017 (LCSP), qui reprend également des spécificités nationales en la matière. Cette loi s'applique aux contrats onéreux ou conférant un avantage économique à des entités du secteur public ou des opérateurs économiques ayant pour objet l'exécution de travaux, fournitures ou services, et aux contrats subventionnés au-delà des seuils européens. La tradition espagnole est calquée sur la distinction française des « contrats administratifs ». L'application de la LCSP n'est pas liée à la nature administrative du contrat mais correspond, peu ou prou au champ d'application des directives européennes. En conséquence, un contrat peut être conclu sous l'égide de la LCSP mais être de droit privé. Les contrats publics sont des concessions de service, de travaux ou des marchés publics de fournitures, de services, ou de travaux.

Le gouvernement central espagnol a déclaré un état d'urgence le 14 mars 2020, qui a pris fin le 21 mai 2020 – date à laquelle les régions ont pris le relais pour le déconfinement. Un nouvel état d'urgence a été décrété le 25 octobre 2020 et précisé au niveau local.

L'Office indépendant de régulation et de contrôle des marchés publics (*Oirescon*) a adopté plusieurs centaines de mesures pour faire face à la pandémie. Parmi elles, la première est la suspension des délais administratifs et donc des procédures de passation des contrats. La LCSP instaure une mesure d'urgence pour la passation de contrats sans procédure de publicité et mise en concurrence en cas de grave danger ou de catastrophe : il a donc été précisé réglementairement que la crise sanitaire entre dans les hypothèses de recours à cet article. Toutes les informations relatives à ces contrats doivent être transparentes et sont publiées en ligne.

Un autre règlement aménage les possibilités de suspension contractuelle en fonction de la nature du contrat : la suspension n'est pas automatique et nécessite une décision administrative pour la reprise de l'exécution. Il est également prévu un rééquilibrage contractuel notamment pour les concessions, avec un allongement pouvant aller jusqu'à 15 % de la durée initiale. Ces mesures exceptionnelles de suspension ne s'appliquent pas aux contrats essentiels tels que ceux relatifs à la sécurité ou à la lutte contre l'épidémie.

Les principales difficultés liées à ces mesures étaient l'absence de formalisation des contrats passés selon la procédure d'urgence et certaines entreprises ont suspendu l'exécution du contrat sans l'approbation préalable de l'autorité contractante. Cette crise révèle la nécessité d'assouplir les procédures de passation.

214. Italie. Calqués sur le droit européen, les contrats publics en Italie sont définis comme des contrats dont l'une des parties est l'État ou une autorité contractante⁹⁸. Ce sont des contrats de droit public, bien que le droit privé soit mobilisé pour certains aspects de leur exécution. La notion recouvre les marchés publics, les concessions, les partenariats publics-privés, ainsi que les contrats de travail, de vente et de mécénat (*sponsorship contract*). Le code des contrats publics (*codice dei contratti pubblici*), édicté par un décret-loi n°50 du 18 avril 2016, dispose en son article 4 que les principes généraux issus du droit de l'Union européenne sont applicables aux contrats de travaux, fournitures et services, de recrutement d'agents et aux contrats dont le produit de vente revient à l'autorité contractante.

L'Italie a connu un premier confinement national au printemps 2020. Depuis, ce sont des confinements locaux et aménagés par les régions qui ont cours. Le degré de confinement est revu toutes les deux semaines.

L'Italie s'est dotée de législations spécifiques aux contrats publics pour faire face à la pandémie⁹⁹. Un DPCM (*Decreto del Presidente Consiglio dei Ministri*) a été adopté le 17 mars 2020 qui suspend tous les délais administratifs jusqu'au 15 avril 2020. Un décret ultérieur du 8 avril a prorogé encore tous ces délais jusqu'au 15 mai. Plus tard, un décret-loi n°76 du 16 juillet 2020 a été adopté et ratifié par le parlement le 11 septembre. Il prévoit des mesures temporaires et permanentes. Sont ainsi prévus :

- La prolongation de certaines mesures adoptées dès 2019 pour passer outre les restrictions du code de 2016 (exemple : attribution conjointe de contrats de conception et construction car en Italie, ceux-ci sont séparés dans le droit commun des contrats publics)
- Simplification des règles de passation en dessous de seuils. Les garanties financières ne sont plus demandées, et des attributions directes (en dessous de 150 000 € pour les travaux et 75 000 € pour les fournitures et services) sont autorisées. Jusqu'au 31 décembre 2021, des négociations sans mise en concurrence et avec un nombre de concurrents restreint sont autorisées. L'appel à concurrence est publié sur le site internet de l'autorité contractante.

⁹⁸ R. CARANTA, *Contratti pubblici* (2nd, Giappichelli, 2012).

⁹⁹ V. également G.L. ALBANO, "Homo homini Lupus: On the consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 crisis", *Public Procurement Law Review*, à venir ; C. FURGO, M. COMBA, "Protecting People's Life and Health in COVID 19 Response: A Comparative Study of the Role of Government Procurement Law in China and Italy", *Public Procurement Law Review*, à venir .

- Jusqu'au 31 décembre 2021, les délais d'attribution sont limités à 2 mois (4 mois pour les procédures spéciales négociées). Le délai de signature est limité à 2 mois à compter de l'avis d'attribution de façon permanente.
- Au-dessus des seuils de passation, des délais plus courts et une procédure d'urgence sont prévus pour faire face à la crise sanitaire, et ce jusqu'à la fin de l'année 2021.
- Des aménagements visant à minimiser les retards ont été adoptés, y compris la possibilité pour des membres d'un groupement (*consortium*) d'intervenir en cas de faillite.
- La réduction des possibilités de priver d'effet juridique le contrat (*ineffectiveness of public contracts*). Pour un marché dont l'avis d'attribution a été annulé ou suspendu sauf manquement grave, seuls des dommages et intérêts peuvent être alloués par le juge. La mesure est permanente.

Pour les auteurs, ces dispositions méritent d'être pérennisées dans le temps, sauf les dispositions relatives à la résiliation qui risquent d'avoir des effets pervers et contre-productifs.

En pratique, nombre de contrats passés pour faire face à l'épidémie l'ont été sous l'emprise de la clause d'extrême urgence telle que définie par la communication de la Commission européenne du 1^{er} avril 2020.

215. Pologne. La loi du 29 janvier 2004 relative aux marchés publics (*Public Procurement Law Act*) définit (article 2 § 13) les contrats publics comme les contrats écrits avec des enjeux financiers conclus entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, et portant sur des services, des fournitures ou des travaux. Il peut s'agir de marchés publics, de concessions, de contrats portant sur un service public ou sur la défense et la sécurité. Les contrats publics sont également très liés avec les partenariats public-privé. En droit interne, ces contrats suivent le régime des contrats de droit privé.

Du 14 au 20 mars 2020, la Pologne était en état de risque épidémique. Depuis le 20 mars, un état d'urgence épidémique est entré en vigueur. À partir du 1^{er} avril, de plus grandes restrictions ont été appliquées dans tout le pays. Par exemple, les parcs, les boulevards, les plages ont été fermés, ainsi que les salons de beauté, de coiffure et de tatouage. Dans les magasins, le nombre de clients ne pouvait excéder trois fois le nombre de caisse (ou deux fois le nombre de fenêtres pour les bureaux de poste). Dans tous les magasins et points de service, seules les personnes de plus de 65 ans pouvaient être servies entre 10h et midi. En outre, chaque magasin a dû équiper son personnel de moyens de protection contre l'épidémie de Covid-19. À partir du 6 juin, les cinémas, théâtres, opéras, piscines, salles de sport, parcs de loisirs, saunas et solariums ont toutefois pu réouvrir. Mais il reste nécessaire de se couvrir la bouche et le nez dans l'espace public. Avec des règles sanitaires strictes, les centres commerciaux et les zones d'activités commerciales ont pu également réouvrir le 27 décembre 2020 et des événements sportifs et des compétitions ont à nouveau pu se tenir. Au travail des règles sanitaires sont toujours en vigueur, notamment une distance d'au moins 1,5 m doit être respectée entre chaque personne, à moins d'être séparé par une cloison d'au moins 2 m de haut à partir du sol. Au final, le domaine des services est essentiellement touché par la crise sanitaire, notamment la gastronomie, les soins de beauté, la culture et le tourisme.

La Pologne a adopté des mesures spécifiques concernant les contrats publics pendant la crise sanitaire, en particulier la loi du 2 mars 2020 portant dispositions spécifiques pour la prévention, la limitation et la lutte contre la Covid-19, d'autres maladies infectieuses et les situations de crise qui en résultent (Covid-19 Act). Selon l'article 6a du Covid-19 Act, les dispositions de la loi du 29 janvier 2004 relative aux marchés publics ne s'appliquent pas aux commandes de service ou de fournitures nécessaires qui permettent d'enrayer l'épidémie de Covid-19 du fait d'une

probabilité élevée d'une diffusion rapide et incontrôlable de la maladie ou si la protection de la santé publique l'exige. Ainsi, dans les sept jours à partir de la date d'attribution du contrat, l'entité adjudicatrice doit publier dans le bulletin d'information des marchés publics l'attribution des contrats avec des informations précises sur les parties, l'objet du contrat, le prix, ainsi que les circonstances de fait qui justifient l'attribution sans appliquer les dispositions de la loi du 29 janvier 2004. En vertu de l'article 7 § 1 du Covid-19 Act, les services de soins, dont le transport sanitaire, rendus pour enrayer la Covid-19 doivent être fournis uniquement par les entités accomplissant des activités médicales ou des médecins et dentistes inscrits sur une liste établie par le directeur compétent au niveau de la voïvodie pour le Fond national de la santé et en concertation avec les services déconcentrés de la voïvodie. L'article 15r et suivants du Covid-19 Act relatifs à la procédure de passation des marchés publics prévoient que les parties doivent s'informer mutuellement des effets de l'épidémie de Covid-19 sur la bonne exécution du contrat. Ces informations concernent en particulier :

- les décisions prises par l'inspecteur sanitaire en chef ou par l'inspecteur sanitaire provincial en lien avec la lutte contre la Covid-19, et imposant une obligation à l'entreprise pour réaliser certaines activités de prévention et de contrôle ;
- les ordres ou décisions prises par les gouverneurs de province, le ministre en charge de la santé ou le Premier ministre en lien avec la lutte contre la Covid-19 ; la suspension de la livraison de produits, des composants d'un produit ou de matériaux, les difficultés d'accès à l'équipement ou les difficultés d'exécuter des services de transport ;
- d'autres circonstances qui empêchent ou limitent de manière significative la possibilité d'exécution l'accord contractuel ;
- des circonstances qui concernent un sous-traitant ou un futur sous-traitant.

Il est également prévu qu'une des parties au contrat fournisse au cocontractant, dans les quatorze jours à compter de l'attribution du contrat, des informations sur sa situation, ainsi que des justifications liées à l'impact de la crise sanitaire sur la bonne exécution du contrat. Si une partie reçoit de nouvelles déclarations ou documents sur ce point, la date limite se compte à partir du jour de leur réception. Le pouvoir adjudicateur, après avoir indiqué les circonstances liées au Covid-19 qui affectent la bonne exécution du contrat et en accord avec le cocontractant, modifie l'accord dont il est fait mention à l'article 14 § 1 et § 3 de la loi de 2004 sur les marchés publics. La réglementation mentionnée ci-dessus peut s'appliquer, avec certaines restrictions, aux opérateurs économiques qui ont leur siège social ou exécutent leurs activités en dehors du territoire polonais. En parallèle des mesures juridiques, le Bureau des marchés publics a également donné des lignes directrices à suivre pendant la crise sanitaire. Les principales difficultés d'application de l'ensemble de ces mesures sont liées à la nécessité de justifier et de prouver l'impact de la crise sanitaire sur la bonne exécution des marchés publics. Il y a aussi eu un risque que l'exception d'inapplication de la loi du 29 janvier 2004 prévue par l'article 6a du Covid-19 Act soit étendue à des situations non visées par les textes.

216. Royaume-Uni. La définition des contrats publics au Royaume-Uni reprend celle de la directive 2014/24/UE. La passation des contrats se fait sur la base des directives européennes, sauf à dire que la décision n'est pas raisonnable (*irrational, unreasonable*), auquel cas elle peut être contestée sur la base du droit public. Le contrat ainsi conclu est de droit privé et soumis au régime de la *common law*. Si une partie veut dénoncer un vice du consentement ou un cas de force majeure, le recours sera de droit privé. Le Royaume-Uni suit la dichotomie européenne des contrats publics, à savoir les marchés publics et les concessions, chacun soumis à des textes spécifiques.

Le Royaume-Uni a connu un premier confinement national au début de l'année 2020, où seules les activités essentielles pouvaient fonctionner. A sa fin, ce sont les différents membres du Royaume-Uni qui ont décidé localement des mesures. Par exemple, l'Angleterre a établi une échelle de 1 à 4, 4 étant le maximum. Malgré tout, les mesures locales étaient plus permissives que le premier confinement national. Un second confinement national est intervenu au début l'année 2021.

Le Royaume-Uni a adopté un texte spécifique à la pandémie pour le fonctionnement général du pays. En matière de contrats publics, ce sont des recommandations, « *Procurement Policy Notes* », qui ont été édictées en deux temps, mais pas de véritable texte à portée normative. La première publication concernait l'urgence et prévoyait la possibilité d'attribution directe, de négociation sans mise en concurrence, ou l'utilisation de procédures accélérées. De la souplesse dans les paiements a été préconisée. Ces mesures visaient plus la prévention de l'insolvabilité que la conduite de la passation et l'exécution contractuelle. La deuxième publication visait la transition des contrats passés et assurer leur pérennité. Certains ministères se sont dotés de leurs propres directives. Ces textes, de par leur généralité, n'ont pas soulevé de difficultés particulières. Des questions se sont posées toutefois à propos du recours à l'urgence une fois la pandémie connue, à propos des surcoûts et de leur preuve, et du manque de recommandations afin d'étudier la situation (financière par exemple) des concurrents.

Luke R A Butler considère que si le gouvernement n'adopte pas de texte spécifique à l'urgence, ces lignes directrices devraient être entérinées et complétées. Elles sont trop orientées dans la prévention de l'insolvabilité du cocontractant. De plus, elles n'ont pas été renouvelées et lors du second confinement, les acteurs se retrouvent dépourvus de tout texte.

II. La suspension du contrat

A. Hypothèses de suspension de contrat

217. **Espagne.** Dans le décret-loi royal 8/2020 du 17 mars 2020 portant mesures d'urgence exceptionnelles pour faire face aux conséquences économiques et sociales du Covid-19, plusieurs hypothèses de suspension totale ou partielle des contrats étaient envisagées, en fonction de la nature du contrat. Ainsi, les contrats de services ou de fournitures « continues » (« *sucesiva* », successive, dans le texte donc pas à exécution instantanée) ainsi que les contrats portant sur des travaux pouvaient être suspendus, par décision de l'autorité contractante, après que le titulaire l'ait demandé en apportant la preuve de l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat. En revanche, les contrats de services ou de fournitures non « successifs » ne pouvaient être suspendus.

En pratique, des contrats ont pu être suspendus, généralement par le pouvoir adjudicateur à la demande du cocontractant. Quelques suspensions de fait ont pu avoir lieu notamment en raison de difficultés pratiques dans l'obtention d'une décision formelle – une telle absence pouvant empêcher l'obtention de dommages et intérêts.

218. **Italie.** La suspension est régie par l'article 107 du code de 2016. Lorsque l'exécution du contrat est rendue impossible pour des raisons imprévisibles, l'autorité contractante de son plein gré ou sur proposition du cocontractant peut décider de la suspension du contrat. Ainsi, un DPCM du 22 mars 2020 a suspendu toutes les activités de construction, à l'exception du pont de Gênes. Le décret-loi du 16 juillet 2020 prévoit la suspension des travaux publics au-delà des seuils européens uniquement pour des raisons spéciales (dispositions pénales ou sanitaires) ou d'ordre public. Ainsi les chantiers touchés par l'épidémie ont été suspendus.

219. **Pologne.** Conformément à l'article 6a du Covid-19 Act, dans la plupart des cas, les contrats publics ont été suspendus ou alors le délai de remise finale a été reporté en raison de difficultés rencontrées par les deux parties. La suspension a pu prendre la forme d'annexes aux contrats en cours.

220. **Royaume-Uni.** Très peu de contrats ont été suspendus au Royaume-Uni. Les lignes directrices ont encouragé les pouvoirs adjudicateurs à considérer que l'épidémie de Covid-19 n'est pas un événement de force majeure ou de nature à empêcher l'exécution du contrat. Pouvoirs adjudicateurs et entreprises ont été encouragés à poursuivre l'exécution du contrat, en facilitant les paiements ou en modifiant le contrat afin d'éviter la faillite des entreprises et assurer la continuité des contrats. Des statistiques officielles du *National Audit Office* montrent que sur cette période, 94% des contrats attribués étaient de nouveaux contrats ou de nouveaux marchés subséquents d'un accord-cadre. Seuls 6 % étaient des modifications ou des extensions de contrats existants. Cela suppose que très peu de contrats ont été suspendus.

B. Preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement par le titulaire

221. **Allemagne.** De manière générale, le titulaire d'un contrat public doit informer son cocontractant de toute difficulté rencontrée et de son lien de causalité avec la

pandémie de coronavirus. Il est prévu dans l'arsenal normatif allemand qu'une difficulté d'exécution liée à un cas de force majeure donne lieu à une prolongation du contrat (§ 6 para. 2 No. 1 c) VOB/B and § 5 No. 2 Para. 1 S. 2 VOL/B). La force majeure, définie par la jurisprudence, a les mêmes caractéristiques de définition qu'en France. L'épidémie de coronavirus, du fait des prises de position de l'OMS et du gouvernement fédéral, sera très certainement reconnue comme un cas de force majeure par la jurisprudence allemande. Si un titulaire rencontre des difficultés d'exécution, il peut donc demander une prolongation raisonnable du délai d'exécution contractuel. Toutefois, lorsque la difficulté cesse, il est tenu de reprendre immédiatement l'exécution du contrat (§ 6 para. 3 sentence 2 VOB/B, § 5 No. 3 VOL/B).

222. Espagne. En cas d'impossibilité d'exécution contractuelle, le cocontractant doit demander la suspension à l'autorité contractante. En cas d'impossibilité de preuve de difficultés dans la poursuite du contrat, le pouvoir adjudicateur ne pouvait le suspendre que partiellement. Il revenait à la seule autorité contractante d'apprécier si les preuves de l'impossibilité d'exécuter apportées par le titulaire étaient effectivement de nature à prononcer une suspension.

Il ne semble pas que cette exigence de preuve n'ait posé de véritables problèmes en pratique.

223. Italie. Tout contractant dans l'impossibilité d'exécuter temporairement le contrat devait en apporter la preuve.

224. Pologne. Selon l'article 15r § 1 du Covid-19 Act, les effets de la crise sanitaire sur la bonne exécution des marchés publics ont pu affecter les deux parties, c'est-à-dire opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs. Dans les deux cas, les parties doivent fournir la preuve de leur incapacité à exécuter le contrat dans le délai initialement prévu, avant le début de la pandémie. Une liste ouverte de preuve est mentionnée à ce propos dans le Covid-19 Act, ce qui a aidé les parties. Les articles susvisés s'appliquent cependant seulement pour les contrats publics conclus avant le début de la pandémie, c'est à dire avant mars 2020. Après cette date, il n'est plus possible ni pour l'autorité publique ni pour le cocontractant d'invoquer les circonstances liées à la crise sanitaire.

225. Royaume-Uni. Les contrats ayant été peu ou pas suspendus, ce sont des difficultés liées à la continuité des contrats qui se sont posées : les surcoûts liés aux mesures sanitaires et l'ajustement des objectifs de performance qui ont pu être vérifiés par les pouvoirs adjudicateurs.

C. Pénalités

226. Allemagne. L'application d'une pénalité nécessite une faute. Elles ne seront pas appliquées si le retard est imputable à la crise sanitaire.

227. Pologne. En vertu de la réglementation en vigueur, il ne devrait en principe pas y avoir de pénalités liées à la suspension du contrat. En outre, le Covid-19 Act prévoit également l'exonération de la responsabilité pénale. Par ailleurs, dans le contexte de la crise sanitaire, un amendement à un contrat public ne constitue pas un manquement aux règles des finances publiques

par les pouvoirs adjudicateurs, qui sont des entités du secteur public. Cela ne constitue pas non plus un défaut de détermination ou de revendication par une partie des pénalités dues à la non-exécution ou à la mauvaise exécution du marché public du fait du contexte de la crise sanitaire, comme le mentionne l'article 15r § 1. Cette disposition exonère les donneurs d'ordre de la responsabilité prévue à l'article 17 § 6 de la loi du 17 décembre 2004 sur la responsabilité en cas de manquement aux règles des finances publiques.

228. Royaume-Uni. Du fait du faible nombre de suspensions, les pénalités n'ont pas été appliquées, d'autant que les contrats ne prévoient pas ces pénalités pour les difficultés liées à l'épidémie, celle-ci n'ayant pas été mentionnée initialement.

Des contrats nouvellement conclus prévoient la possibilité de résiliation si les objectifs de performance ne sont pas atteints, mais cela va à l'encontre de la politique de lutte contre l'insolvabilité des acteurs économiques.

D. Indemnisation des préjudices du fait de la suspension

229. Allemagne. Selon le code civil allemand (§ 642 BGB), il faut une faute pour que les parties au contrat puissent prétendre à des dommages et intérêts. Or, si la force majeure est reconnue, aucune demande de dommages et intérêts ne pourra aboutir. La responsabilité sans faute ne s'appliquerait *a priori* pas au cas d'espèce. Toutefois, il faudra bien démontrer que l'inexécution contractuelle repose bien sur la crise sanitaire et la force majeure.

230. Espagne. Le décret-loi royal 8/2020 prévoit la possibilité de suspendre les contrats de fournitures et de service « continus » (*continuous*) ainsi que les marchés et concessions de travaux. Sur ce fondement, il est possible d'indemniser les charges salariales du personnel affecté à l'exécution du contrat pendant la période de suspension ; les frais financiers (*mantenimiento de la garantía definitiva*) ; les frais d'entretiens de machines et équipements sur preuve de leur utilisation spécifique au contrat et les frais d'assurance. Il est à noter que ces postes d'indemnisation sont expressément mentionnés par l'article 34 du décret-loi.

Par ailleurs, en cas de suspension partielle du contrat, l'indemnisation ne pouvait, logiquement, porter que sur la part du contrat ayant effectivement été suspendue.

La question de l'indemnisation est source de litiges entre autorités contractantes et entreprises.

231. Pologne. Les seuls dommages réparables du fait de la suspension du contrat pourraient être liés aux coûts supplémentaires résultant des obligations sanitaires et de l'obligation de distanciation sociale au travail. Il ne devrait pas y avoir de pénalités liées à la suspension du contrat lorsqu'elle est convenue entre les parties.

En outre, le droit polonais reconnaît les cas de force majeure sans aucune conséquence financière pour le cocontractant. Dans ce cas, c'est le tribunal qui décide de la suspension du contrat.

L'article 357 § 1 de la loi du 23 avril 1964 relative au Code civil prévoit une clause « *rebus sic stantibus* », en application de laquelle en principe les parties sont tenues par leurs engagements sous

condition d'une certaine stabilité de la situation économique, faute de quoi le contrat doit être révisé ou annulé.

232. Royaume-Uni. Pour le moment, aucune hypothèse d'octroi de dommages et intérêts liés à la pandémie en matière de contrat n'existe.

E. Fondements juridiques de l'indemnisation des surcoûts

233. Allemagne. Les contrats de travaux et de fournitures intègrent une clause de force majeure, au rang de leurs conditions générales, qui règle les conséquences des mesures liées à la pandémie.

Au niveau des mécanismes juridiques classiques, il est dans un premier temps nécessaire de déterminer s'il s'agit d'une impossibilité d'exécution réelle ou économique. Dans cette dernière hypothèse, la répartition des risques doit être soigneusement opérée, car il faut déterminer si cette impossibilité relève des obligations contractuelles de l'un ou l'autre des contractants. En outre, les contrats étant de droit privé, il est toujours possible de faire un recours juridictionnel en arguant de l'impossibilité d'exécuter ou de la disparition de la cause du contrat.

234. Espagne. La base légale des suspensions partielles ou totales est l'article 34 du décret-loi royal 8/2020. Il a été vu qu'il entraînait une indemnisation assez complète.

235. Italie. En matière d'indemnisation des surcoûts, le code des contrats publics reprend les mécanismes de l'article 72 de la directive 2014/24/UE sur la modification des marchés publics, à l'exception près qu'il ne codifie pas la limite de 50 % du montant du contrat.

236. Royaume-Uni. Des clauses contractuelles prévoyant une compensation en cas de litige peuvent être ponctuellement intégrées dans les contrats. Toutefois, il n'y a aucune hypothèse de mise en œuvre d'une telle clause dans le cadre de l'épidémie. Aucun texte ne légifère sur la répartition des surcoûts liés à la suspension d'un contrat.

III. La résiliation du contrat

A. Hypothèses de résiliation

237. Espagne. Les pouvoirs adjudicateurs décident si l'exécution peut reprendre ou si le contrat doit être résilié. En matière de résiliation, la LCSP prévoit plusieurs possibilités à l'article 211.1. En particulier, le g) de cet article 211.1 prévoit la possibilité de résilier un contrat s'il n'est pas possible de l'exécuter selon les conditions initiales, notamment par exemple si les modifications bouleversent de plus de 20% (hors TVA) du montant initial du contrat.

En pratique, les résiliations ont été assez rares et ont concerné certains secteurs, comme les contrats de prestation artistique.

238. Italie. Une affaire a été traitée devant le tribunal administratif de Campanie¹⁰⁰ est intéressante même si elle ne concerne pas la résiliation d'un contrat signé. La passation d'un marché public de nettoyage de l'aéroport de Naples a été annulée par l'autorité contractante du fait de la pandémie et de la réduction très forte du trafic aérien. Le cocontractant a formé un recours pour excès de pouvoir car selon lui l'essentiel des effets de la crise sanitaire était terminé et que la mesure était disproportionnée. Les juges ont condamné le pouvoir adjudicateur aux dépens mais ont estimé que la mesure était légitime et proportionnée à l'intérêt général.

239. Pologne. Il y a eu des cas de résiliation de contrats publics. Pour éviter cela, les parties ont pu décider de modifier le contrat, notamment de prolonger les délais de son exécution. En effet, la crise sanitaire est considérée comme des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice diligent ne pouvaient pas prévoir (article 43 § 1, c), de la directive 2014/23/UE, article 72, § 1, c), de la directive 2014/23/CE et art. 89 § 1, c) de la directive 2014/25/UE). De ce fait, le pouvoir adjudicateur peut modifier les délais.

240. Royaume-Uni. Quelques affaires sont pendantes devant les tribunaux pour contester l'attribution de contrat, mais l'issue ne peut être la résiliation. Pour le reste, le correspondant ne connaît aucun cas de résiliation lié à la pandémie.

B. Fondements de la résiliation

241. Allemagne. Les fondements à la résiliation de contrat peuvent être contractuels ou législatifs. Si le retard dure plus de trois mois, le pouvoir adjudicateur peut résilier partiellement ou totalement le contrat ((§ 6 (7) sentence 1 VOB/B, § 5 No. 2 (2) sentence 1 VOL/B). D'un autre côté, conformément au § 275 paragraphe 1 du BGB, l'exécution devenue impossible de façon permanente ou ne pouvant être raisonnablement attendue du cocontractant le libère de toute obligation d'exécuter et de payer le pouvoir adjudicateur. La question pécuniaire est réglée individuellement. Toutefois, ces dispositions doivent être articulées avec les clauses sur la force majeure qui prorogent les délais autant que dure l'obstacle.

¹⁰⁰ T.A.R. Campania, Sez. I, 30 November 2020, n. 5667.

C. Indemnisation de la résiliation

242. Allemagne. Toute résiliation légale empêche une indemnisation.

243. Espagne. Le cocontractant peut demander le paiement des prestations déjà exécutées et 3% du montant des prestations non exécutées (art. 213.4 LCSP). Le décret-loi royal 17/2020 instaure une disposition spécifique pour les contrats de prestation artistique annulés du fait de l'épidémie, qui prévoit une indemnisation du cocontractant comprise en 3% et 6% du montant pour les contrats d'un montant n'excédant pas 50 000 euros.

IV. L'exécution dégradée du contrat public

A. Délais

244. Allemagne. Les clauses de force majeure usuelles prévoient que les délais et dates de livraison sont reportés d'autant que dure l'impossibilité d'exécuter. L'impact des confinements sur ces contrats est individuel.

245. Espagne. Le décret-loi royal 8/2020 prévoit une prolongation de droit des délais pour certains contrats : les concessions de travaux et de services ainsi que les contrats de fournitures ou services à prestation unique c'est-à-dire qui ne sont pas à exécution successive. Il ne semble pas y avoir eu de difficultés en pratique. Pour les contrats ne pouvant bénéficier de report de délai, le cocontractant a été indemnisé. Pour les contrats de services et de fournitures à exécution successive, la prolongation n'a pas été appliquée. La situation a été réglée, pour ceux qui ont été partiellement ou totalement suspendus, par l'application du régime d'indemnisation des suspensions. Pour les concessions la prolongation n'est possible que s'il est constaté que l'équilibre du contrat est rompu, dans la limite de 15 % de la durée initiale du contrat ; les sociétés concessionnaires d'autoroute ont fait part de leur intention de saisir le juge de demandes indemnitaires. Certaines entreprises ne souhaitent pas bénéficier de la prolongation de la durée du contrat, l'exécution du contrat étant plus onéreuse – la résiliation serait la bienvenue. Certains pouvoirs adjudicateurs n'ont, quant à eux, pas donné suite à la demande de prolongation signifiant ainsi un refus.

La prolongation de l'exécution du contrat est formalisée par un acte administratif unilatéral généralement adopté à la demande du cocontractant et il ne semble pas y avoir eu de difficulté majeure sur cette question de l'extension des délais d'exécution.

246. Pologne. La prolongation des délais concerne surtout les marchés publics de travaux pour lesquels les délais sont plus longs que les périodes de confinement. Si le délai du contrat peut être prolongé jusqu'à un an, il n'est pas possible de prévoir la durée de l'épidémie et donc de l'état d'urgence épidémique, en vigueur en Pologne depuis le 20 mars 2020. Dans la plupart des cas, les contrats ont été modifiés grâce à un accord entre les parties, ce qui a donné lieu à des annexes ajoutées au contrat en cours. Dans certains cas, toutefois, il est possible qu'un des cocontractants ait estimé que les preuves de l'influence de l'épidémie de Covid-19 sur la bonne exécution du contrat soient insuffisantes pour pouvoir le prolonger. Ça a pu être le cas, par exemple, pour la fourniture de services informatiques.

247. Royaume-Uni. La prolongation des délais dépend des clauses contractuelles. Cependant, il semblerait que les prolongations liées à la pandémie soient comprises entre 6 et 12 mois. C'est une approche collaborative, par la négociation, qui est recommandée. Afin de tenir compte des prolongations, les indicateurs de performance et les crédits doivent être modifiés.

Le correspondant ne note pas de contentieux qui serait né de cette question.

B. Avances

248. Espagne. L'article 198.4 de la LPSC prévoit que l'administration règle la totalité du contrat dans les 30 jours suivant la preuve de la conformité des biens ou des travaux.

Le décret-loi royal 9/2020 prévoit la possibilité d'avance sur une partie, voire la totalité du prix avant toute exécution, en particulier pour les contrats visant la fourniture urgente de matériel pour les hôpitaux. Le risque de perte est supporté par l'État, comme pour le contrat de plusieurs dizaines de millions d'euros passé avec une société chinoise qui a fourni des masques avec une capacité de filtre inférieure à celle demandée.

249. Italie. L'article 35 du code de 2016 prévoit la possibilité d'avance sur trésorerie à hauteur de 20 %, y compris lorsque l'exécution a commencé avant la signature du contrat du fait de la période de *stand-still*. Le décret-loi du 16 juillet 2020 augmente le seuil à 30 %. Les régions ont ponctuellement autorisé le paiement des travaux déjà réalisés au moment du premier confinement.

250. Royaume-Uni. La question des avances a été un problème majeur au Royaume-Uni. Les lignes directrices encouragent les paiements intermédiaires et les avances afin d'assurer la continuité contractuelle et éviter l'insolvabilité des cocontractants. Des doutes s'élèvent quant à l'allocation de sommes importantes à des entreprises qui n'avaient de toute façon pas l'envergure d'assumer de tels contrats, à l'instar de l'affaire PestFix. Une petite entreprise a remporté un marché à plusieurs millions de livres grâce à des paiements anticipés.

C. Modifications du contrat

251. Allemagne. Les modifications trop importantes nécessitent une nouvelle procédure d'attribution (§ 132 GWB).

252. Espagne. L'épidémie a conduit à la suspension, au moins partielle, de nombreux contrats. A la fin de la suspension, l'exécution de certains contrats était impossible selon les conditions initialement prévues. La modification des contrats est strictement encadrée par la loi espagnole, aussi cette possibilité n'a été utilisée qu'en cas d'ultime recours. L'article 205 2, b) de la LPSC permet la modification contractuelle pour faire face à des circonstances imprévisibles. C'est le cas si cette circonstance n'avait pu être prévue par l'administration au moment de la passation, et ce sans négligence de sa part. La modification ne doit toucher que les modalités nécessaires à la bonne exécution du contrat et ne peut entraîner une augmentation supérieure à 50 % du montant initial. Le contrat d'assurance de santé du gouvernement régional madrilène a mobilisé cette disposition car l'épidémie est soudaine, imprévisible et entraîne une augmentation de 42, 81 % du montant¹⁰¹.

La principale raison de modification des contrats est la satisfaction de l'intérêt général en garantissant la bonne exécution de ceux-ci. L'administration peut utiliser son pouvoir de modification unilatérale afin d'éviter une résiliation massive des contrats publics ; elle n'est obligatoire pour le cocontractant que si elle ne dépasse pas 20 % du montant initial du contrat.

¹⁰¹ https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/dictamenes/2020/dictamen_140-20_des.pdf

Cette prérogative s'applique uniquement aux contrats administratifs et certains contrats privés (art. 25 et 26 de la LPSC).

253. Pologne. Dans la plupart des cas, les modifications du contrat ont été réalisées grâce à un accord entre les parties. En effet, le Covid-19 Act prévoit que l'autorité contractante, après avoir constaté que les circonstances liées à l'épidémie de Covid-19 affectent la bonne exécution de l'accord contractuel, peut en concertation avec le contractant modifier le contrat. Pour ce faire, cette loi exige notamment une communication entre les parties de documents justifiant les circonstances liées à l'épidémie de Covid-19 qui ont un impact sur la bonne exécution du contrat. Les modifications peuvent porter, notamment sur :

- 1) la modification de la date d'exécution de la convention ou d'une partie de celle-ci, ou la suspension temporaire de l'exécution de la convention ou d'une partie de celle-ci ;
- 2) le changement du mode d'exécution des fournitures, services ou travaux ;
- 3) la modification de l'étendue des prestations de l'opérateur économique et une modification correspondante de la rémunération ou du mode de règlement de la rémunération de l'opérateur économique, à condition que l'augmentation de la rémunération causée par chaque modification ultérieure ne dépasse pas 50 % de la valeur de l'accord initial.

Les modifications ont ensuite été publiées dans le TED ou dans le Bulletin public d'information.

254. Royaume-Uni. Les modifications, formalisées suite à des négociations, portent sur la prolongation de délais et les facilités de paiement.

D. Surcoûts

255. Allemagne. Selon un décret du ministère fédéral de l'intérieur, le gouvernement fédéral prend en charge les surcoûts liés à l'exécution dégradée dans les contrats fédéraux relatifs au secteur de la construction. Les surcoûts concernent les mesures d'hygiène et de sécurité, de façon à ce que les chantiers puissent se poursuivre.

Le fondement juridique est le VOB/B qui repose sur la coopération des parties et l'équilibre des intérêts des parties. Les mesures supplémentaires d'hygiène et de sécurité relatives aux chantiers contribuent à l'intérêt fédéral et sont intégrées dans les surcoûts liés à la crise sanitaire. Les autorités contractantes n'ont pas d'obligation de prendre en charge des surcoûts mais le font en pratique.

256. Espagne. Bien que la mesure phare ait été la suspension des contrats, certains autres ont vu leurs conditions d'exécution réaménagées pour tenir compte de l'épidémie. Cela a conduit le gouvernement à consacrer un droit des entreprises à l'équilibre économique du contrat en matière de concessions de travaux et de services (art. 34.4 du décret-loi royal 8/2020). Ceci concerne notamment les contrats de transport routier qui ont connu une baisse importante de leurs revenus mais ont dû au même moment réaliser des investissements massifs. Pour les concessions et sous-concessions autoroutières, l'équilibre contractuel doit être rétabli si la marge brute d'exploitation a été négative durant l'état d'urgence.

Pour tous les contrats sont couverts les frais de la masse salariale affectée à l'exécution du contrat, les frais de maintenance, les frais d'entretien des installations ou machines nécessaires à l'exécution du contrat (les nouvelles acquisitions ne sont pas incluses) et les frais d'assurance¹⁰². Pour le reste, les relations contractuelles sont régies par le principe *pacta sunt servanda*, rendant le contrat immuable. En outre, l'attribution d'un contrat public en droit espagnol se fait aux frais et risques du titulaire (art. 197 LPSC). Comme expliqué ci-avant, le titulaire du contrat a droit à l'équilibre du contrat si celui-ci est perturbé du fait de l'autorité contractante (*ius variandi*), de raisons impératives (*factum principis*) ou pour force majeure ou circonstances imprévisibles.

L'article 34.4 du décret-loi royal 8/2020 prévoyait qu'en cas d'impossibilité d'exécuter le contrat, le cocontractant peut être indemnisé par une prolongation de maximum 15 % ou par la modification des clauses économiques. Cette disposition a eu un champ d'application limité dans la pratique du fait de l'interprétation restrictive de l'administration. Puis le décret-loi royal 17/2020 détaille que cela s'applique même lorsque l'impossibilité d'exécution est partielle. De même, certains titulaires ont eu des difficultés de preuve de leur incapacité à continuer l'exécution. Il peut toutefois prouver la rupture économique – l'administration peut alors proposer un ajustement des clauses. C'est sur cette possibilité que le gouvernement espagnol rétablit l'équilibre économique dans les marchés publics de transports (sur route), en tenant compte de la baisse de fréquentation et de l'augmentation des frais relatifs aux mesures sanitaires (décret-loi royal 26/2020).

257. Italie. L'article 106 du code des contrats publics est applicable en matière de surcoûts. En Italie, les coûts liés à la sécurité sur le lieu de travail sont calculés et intégrés en amont de la passation par le pouvoir adjudicateur et les candidats ne peuvent les réduire.

258. Pologne. Certaines dispositions juridiques permettent d'aboutir au fait que les opérateurs économiques ne supportent pas des coûts supplémentaires trop importants liés aux circonstances sanitaires. Tout d'abord, il est possible de modifier le contrat sur la base de l'article 144 § 1 ou § 3 ou § 6 de la loi du 29 janvier 2004 relative aux marchés publics. En vertu de cet article, il est interdit de modifier les dispositions de l'accord conclu ou de l'accord-cadre en ce qui concerne le contenu de l'offre, sur la base duquel l'opérateur économique a été sélectionné, sauf si une ou plusieurs des circonstances suivantes s'appliquent :

1) des modifications ont été prévues dans l'avis de marché ou selon les termes essentiels du contrat sous la forme de clauses contractuelles claires qui en définissent la portée, notamment la possibilité de modifier le montant de la rémunération du contractant, ainsi que la nature et les conditions des modifications [...].

3) les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

a) la nécessité de modifier le contrat ou le contrat-cadre est due aux circonstances, que le pouvoir adjudicateur, agissant avec la diligence requise, n'aurait pas pu prévoir,

b) la valeur de la variation ne dépasse pas 50 % de la valeur du marché initialement prévue dans le contrat ou l'accord-cadre.

6) la valeur totale des modifications est inférieure aux montants spécifiés dans les dispositions émises sur la base de l'article 11 § 8 et est inférieure à 10 % de la valeur du marché initialement

¹⁰² Art. 34 décret-loi royal 8/2020 du 17 mars 2020.

prévue dans le contrat dans le cas des marchés de services ou de fournitures ou, dans le cas des marchés de travaux, inférieure à 15 % de la valeur du marché initialement prévue dans le contrat. Ainsi, grâce à l'article 144 de la loi du 29 janvier 2004, il est possible de modifier le contrat et d'y intégrer la répartition des coûts supplémentaires liés à la crise sanitaire. Toutefois, dans la plupart des cas, ces coûts doivent être supportés par l'opérateur économique, mais cela dépend aussi de l'objet du contrat.

259. Royaume-Uni. Les surcoûts liés à l'exécution dégradée ne peuvent être traités sous l'angle des dommages et intérêts. Les cocontractants peuvent toutefois actionner les dispositions contractuelles relatives au changement de législation (en l'espèce, mesures sanitaires) pour se voir indemniser les surcoûts. Dans le cadre des marchés de gré à gré, des seuils de coûts admissibles sont définis : les lignes directrices précisent que certains surcoûts peuvent entrer dans cette catégorie.

L'indemnisation des surcoûts dépend des termes du contrat. Des clauses peuvent autoriser une augmentation de moyens, pour remplacer des employés malades par exemple. Toutefois, l'indemnisation ne couvre que les surcoûts au-delà du risque que doit supporter le contractant (exemple : perte de revenus du fait d'une baisse de fréquentation). Si le contrat est muet, la réglementation encourage la négociation entre les parties afin de permettre l'indemnisation. Les cocontractants sont présumés assumer les risques. Les avocats conseillent toutefois aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir des clauses prévoyant le partage du risque et le paiement une fois le service fait afin d'éviter toute réclamation spéculative du fait du ralentissement voire de la récession économique qui suivra l'épidémie.

V. L'impact de la crise sanitaire sur les contrats publics : considérations générales

A. Mécanismes juridiques classiques

260. Allemagne. Comme développé précédemment, les clauses relatives à la force majeure sont courantes dans les contrats de fournitures et de travaux. En outre, l'Allemagne s'est dotée d'un « Covid-19 Act » en date du 27 mars 2020. Celui-ci réforme la loi introductive au code civil (EGBGB) en y introduisant un article 240 intitulé « Règlementation contractuelle occasionnée par la Pandémie de Covid-19 » qui prévoit un droit de refus d'exécution. Il ne s'applique qu'aux contrats essentiels (eau, gaz, électricité, télécommunications), dans un temps limité, et selon des critères matériels et personnels précisément définis. Ces mesures, selon Martin Burgi, semblent suffisantes et ne nécessitent pas de compléments.

261. Espagne. L'article 239 de la LPSC traite spécifiquement de la force majeure en matière de contrats de travaux. Le titulaire a le droit d'être indemnisé s'il n'est pas coupable de négligence. Néanmoins, la loi précise de façon restrictive les cas de force majeure, sans en donner les caractères généraux : incendies suite à la foudre ; catastrophes naturelles telles que tremblements de terre, éruption volcanique, mouvement de terrain, inondation ; temps de guerre. Ces hypothèses sont entendues strictement et la force majeure ne peut être étendue, même à une épidémie mondiale.

L'article 254 de la LPSC prévoit un réajustement des conditions financières des concessions dont l'un des objets est la réalisation de travaux en cas de force majeure, sauf à ce que l'exécution soit impossible auquel cas le contrat est résilié. La loi prévoit également la théorie du risque imprévisible qui peut entraîner la modification du contrat (art. 205 LPSC) ou sa résiliation si la modification est impossible (art. 211 LPSC), si elle naît de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, elle ne modifie pas sa nature globale, l'augmentation n'excède pas 50 % du montant initial HT.

La mobilisation de ces articles pour la crise sanitaire est très délicate car la force majeure telle que définie par la loi n'inclut pas une pandémie mondiale, sauf à la considérer comme une catastrophe naturelle. Elle devrait en outre être étendue à tous les contrats, y compris ceux de fournitures et de services. Une autre difficulté tient au lien de causalité entre la crise sanitaire et les préjudices contractuels : ceux-ci ne sont pas liés à la crise elle-même mais aux règles édictées pour y faire face. La théorie du risque imprévisible semble plus adaptée même si elle soulève les mêmes difficultés que la force majeure en matière indemnitaire.

Aucune de ces dispositions législatives ne semble particulièrement adaptée à la situation de crise sanitaire. Une réponse législative spécifique à l'épidémie mondiale serait souhaitable.

262. Italie. Le code civil italien contient des dispositions relatives à la force majeure (art. 1467 C.C.), notamment pour les marchés privés (art. 1664 C.C.). Toutefois, la question de savoir si ces articles s'appliquent également aux contrats publics ne fait pas l'unanimité.

263. Pologne. Comme vu précédemment, l'article 144 de la loi du 29 janvier 2004 relative à la commande publique permet de modifier le contrat dans certaines situations. La théorie de la force majeure pourrait également trouver à s'appliquer pendant la crise sanitaire. En

effet, ces deux mécanismes sont applicables lorsque sont en jeu des circonstances qui n'auraient pas pu être prévues au moment de la préparation de la procédure de passation des marchés publics, quelle que soit la procédure d'attribution des contrats. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé que la crise sanitaire répond aux conditions de la définition de la force majeure. Selon les auteures, ces mécanismes juridiques semblent suffisants pour permettre aux entrepreneurs et aux pouvoirs adjudicateurs de faire face à la crise sanitaire de Covid-19, malgré certains risques de ne pas mener à bien les contrats publics.

264. Royaume-Uni. Les contrats contiennent pour la plupart tous des clauses de force majeure. Or, l'épidémie de Covid-19 n'est pas envisagée comme cela au Royaume-Uni. Une telle approche vise à empêcher l'annulation et la résiliation des contrats et encourage la poursuite des relations contractuelles.

Luke R A Butler considère que les lignes directrices n'étaient pas adaptées. A l'avenir, les contrats devraient mieux définir leurs clauses de force majeure en précisant si une épidémie en fait partie et les modalités d'exécution du contrat.

B. Appréhension du risque par le contrat

265. Allemagne. La question de savoir si le défaut ou le retard de livraison du fait de la pandémie constituent un cas de force majeure est réglée selon la rédaction de la clause de force majeure. Dans un souci de sécurité juridique, ces clauses devraient définir explicitement les épidémies et les événements imprévisibles recouverts.

Avec le droit civil général relatif aux contrats de vente, de travaux ou de services, il y a une large palette d'actions.

266. Espagne. Si les différents gouvernements ont une certaine expérience de lutte contre l'épidémie de Covid-19, la meilleure solution serait d'inclure les difficultés éventuelles dans les documents contractuels. Une meilleure préparation du contrat a toujours été essentielle et est d'autant plus d'actualité. L'autorité contractante doit inclure les surcoûts liés à l'exécution du contrat en temps de crise sanitaire. Les conditions de modification du contrat devraient également être précisées afin d'éviter de porter atteinte au cocontractant et cela résoudrait les limites légales de modification lorsque le contrat est muet sur ce point.

Les auteurs considèrent que les clauses de modification de l'article 205 LPSC, dans les hypothèses où ladite modification n'a pas été initialement prévue, ne sont pas adaptées à la crise sanitaire. En effet, la crise sanitaire ne peut plus être considérée comme un événement imprévisible. La limite de 50 % du montant initial risque de ne pas être suffisante pour inclure toutes les modifications nécessaires. Le moment est donc opportun pour nourrir une réflexion sur les normes en vigueur et celles adoptées durant l'état d'urgence.

267. Italie. L'article 72 de la directive 2014/24/UE offre une certaine marge de manœuvre mais peut-être pas assez pour un bouleversement tel que la crise sanitaire. La communication de la Commission européenne du 1^{er} avril 2020 aurait également dû aborder la question des modifications contractuelles.

268. Pologne. À l'avenir, le risque de survenue d'une pandémie doit être directement stipulé dans le modèle d'accord comme l'une des conditions prévues pour modifier le contrat en ce qui concerne les délais et la rémunération. Concernant les contrats en cours, on peut envisager qu'ils peuvent être, selon des règles déjà évoquées plus haut, interprétés de manière à ce qu'ils soient adaptés à la résolution de la crise sanitaire. Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ont-elles-mêmes des dispositions qui permettent de modifier les contrats dans des cas similaires à la crise sanitaire, alors que l'apparition de la pandémie de Covid-19 n'était évidemment pas celle mentionnée dans les textes. La pandémie doit être ici comprise comme des circonstances extraordinaires que le pouvoir adjudicateur, agissant avec la diligence requise, ne pouvait pas prévoir. L'article 72 § 1, c), de la directive 2014/24/UE peut en effet être applicable dans la situation actuelle. Selon cet article, les contrats et accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché dans le cas où toutes les conditions suivantes sont remplies :

- (i) la nécessité de la modification a été provoquée par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;
- (ii) la modification ne modifie pas la nature générale du marché ;
- iii) l'augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont apportées, cette limitation s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner la présente directive.

269. Royaume-Uni. Les clauses de réexamen mériteraient d'être revues à l'avenir afin de mieux circonscrire les conséquences d'une épidémie sur le contrat. A ce titre, le droit des aides d'État et les conditions de modification de contrat devraient être adaptés.

VI. Précontentieux et contentieux

270. Allemagne. Pour les contrats existants, les contentieux sont de droit civil, relatifs aux conditions d'exécution ou aux dommages et intérêts. Pour les futurs contrats, il s'agira de recours en contestation des modalités de passation.

271. Espagne. Les mesures adoptées pour faire face à l'épidémie ont été beaucoup critiquées. Des litiges d'indemnisation sont toujours en cours. Des titulaires de concessions autoroutières ont fait savoir leur intention de saisir les tribunaux afin de demander des indemnisations supplémentaires.

Le Tribunal Catalan des Contrats du Secteur Public (*Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*) a rendu une décision¹⁰³ dans laquelle il rappelle l'obligation de suspendre les procédures de passation, le pouvoir adjudicateur ne l'ayant pas fait en l'espèce. Le requérant demande la suspension de la décision et la prolongation du délai de remise des offres. Dans une autre décision¹⁰⁴, le pouvoir adjudicateur avait prolongé un contrat de service, contesté par une entreprise. Le tribunal rappelle que la prolongation est possible uniquement si à l'expiration du contrat aucun autre contrat n'a été conclu, de manière à assurer la continuité du service. Le requérant demandait la suspension et l'annulation de la décision d'extension et donc d'attribution du contrat.

272. Italie. Il y a quelques contentieux à propos de l'application de la clause d'extrême urgence. Néanmoins, concernant l'exécution, il semble que peu de contentieux soient nés, les litiges ayant été réglés à l'amiable par les parties en ce qui concerne les suspensions et modifications contractuelles.

273. Pologne. Il y a en Pologne des cas de contentieux relatifs aux conséquences de la crise sanitaire sur l'attribution de marchés ou leur exécution. La plupart de ces affaires sont basées sur une clause *rebus sic stantibus*, qui permet la modification du contrat, voire sa résolution, en cas de changements soudain et exceptionnel des circonstances prises en compte lors de la conclusion du contrat. Selon la loi polonaise, il est donc possible de prouver l'impact de la crise sanitaire sur la base de l'article 357 § 1 du Code civil relatif à la clause *rebus sic stantibus* applicable aux marchés publics et à quelques exceptions près le Code civil s'applique aussi aux concessions et aux partenariats public-privé. Également, l'article 144 de la loi du 29 janvier 2004 qui permet de modifier le contrat dans certaines situations, comme vu plus haut.

274. Royaume-Uni. Plusieurs affaires relatives aux contrats publics conclus depuis mars 2020 sont pendantes, à tel point qu'il a pu être fait mention d'un « fiasco des marchés publics »¹⁰⁵. Plusieurs entreprises se sont vu attribuer des contrats alors qu'elles n'avaient soit pas l'envergure d'assumer de tels contrats, soit aucune expérience en le domaine. Il s'agit de violation des principes fondamentaux de transparence, d'égalité de traitement et du principe de non-discrimination tel que prévus dans les directives européennes.

¹⁰³ <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/2020/resolucio-num-198-2020.pdf>

¹⁰⁴ <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/2020/resolucio-num-210-2020.pdf>

¹⁰⁵ <https://goodlawproject.org/case/procurement-case/>

Par ailleurs, des contentieux indemnitaires devraient voir le jour, mais il est impossible d'en dire plus, aucune affaire, à la connaissance du correspondant, n'ayant encore été jugée.

VII. Bilan et évolution du droit

275. Allemagne. Pour le moment, Martin Burgi ne pense pas qu'il soit nécessaire de modifier la législation allemande. Au niveau local, comme cela l'a toujours été, il est nécessaire de professionnaliser l'achat grâce à une formation avancée intensive. Les services équipés correctement en personnel et en matériel traversent chaque crise correctement tandis que les autres atteignent leurs limites.

Le gouvernement fédéral allemand a pris des mesures afin d'éviter les pénuries d'équipement de protection individuelle. Ceux-ci ont été achetés par des centrales d'achat au niveau fédéral puis distribués aux États fédérés puis aux établissements de soin. Le ministère fédéral de la santé a également lancé un appel d'offres ouvert temporaire pour recueillir des masques, selon lequel chaque entreprise acceptant les conditions contractuelles pouvait conclure un contrat, et dans un délai très réduit de moins de deux semaines. Ce sont au final plus de 300 millions de masques qui ont pu être récoltés ainsi. Un accord-cadre avec de grandes entreprises allemandes a été conclu, ainsi que des mesures d'achat centralisées qui ont été abandonnées au profit des États fédérés dès la fin juin.

276. Espagne. De par leurs particularités et la satisfaction de l'intérêt général, il est normal que les contrats publics soient régis par des dispositions spécifiques. Toutefois, même si la loi espagnole prévoit des mesures pour faire face à des situations extraordinaires, elles se sont révélées insuffisantes. Les mesures doivent être complétées, certaines pérennisées, comme les règles relatives à la suspension du contrat, car si ces mécanismes reprennent pour partie ceux relatifs à l'adaptation du contrat, la réglementation espagnole comporte un excès de formalisme qui ne permet pas d'atteindre l'objectif de répondre rapidement au besoin. Cela explique que la procédure de passation en cas d'urgence a davantage été utilisée que la procédure négociée sans publicité. Les futures normes devraient contenir plus de souplesse et préciser les procédures de passation et de répartition des surcoûts entre les parties au contrat.

L'un des problèmes les plus préoccupants en Espagne actuellement est le manque de transparence de tous les contrats attribués selon la procédure d'urgence. De nombreuses voix s'élèvent pour dénoncer le fait que tous les marchés n'ont pas été publiés. En ce sens, l'obligation de transparence n'est pas respectée.

277. Italie. La réglementation relative aux contrats publics devrait être assouplie et davantage protectrice des deniers publics. Les mesures temporaires d'assouplissement des procédures de passation devraient devenir permanentes. À l'inverse, les dispositions relatives à la privation d'effet juridique des contrats ne semblent pas viables sur le long terme, à tout le moins, elles mériteraient un débat.

278. Pologne. Il ne semble pas nécessaire pour l'instant de modifier le droit positif dans la mesure où des solutions existent pour faire face à la crise sanitaire. Le Covid-19 Act n'a fait que reprendre la réglementation applicable de la loi du 29 janvier 2004 sur la commande publique. Il n'y a pas eu de révolution en ce qui concerne les marchés publics. La seule chose qui pourrait être modifiée est le pourcentage minimum des valeurs des modifications possibles. Il convient de garder à l'esprit, par ailleurs, que les dispositions de la loi sur les finances publiques restent obligatoirement applicables et que les pouvoirs adjudicateurs doivent être guidés par les

principes d'économie et d'efficacité. Un des principaux dangers du Covid-19 Act serait, selon les auteurs, que les entités adjudicatrices abusent de l'utilisation de son article 6a pour acheter des biens particuliers dans le domaine de la médecine et du secteur sanitaire. Cependant pour l'instant, chaque cas doit être contrôlé individuellement et il serait vraiment difficile d'établir une réglementation suffisamment détaillée qui permettrait de respecter le principe de concurrence loyale sur ce marché.

279. Royaume-Uni. Une législation spécifique à l'urgence dans les contrats publics serait la bienvenue, à l'instar de la Loi-type de la CNUDCI¹⁰⁶ pour les marchés de gré à gré.

¹⁰⁶ <https://www.gov.uk/government/consultations/green-paper-transforming-public-procurement/>

PARTIE V

Synthèse et recommandations

280. Sommaire de la partie.

I – Synthèse

- A – Généralités
- B – Suspension
- C – Résiliation
- D – Exécution dégradée
- E – Mise en concurrence
- F – Contentieux et précontentieux

II – Recommandations de la Chaire

- A – Recommandations relatives à la théorie de l'imprévision
- B – Préciser les livres relatifs aux circonstances exceptionnelles issus de la loi ASAP
- C – Modifications à apporter au Code général de la propriété des personnes publiques
- D – Participation à la révision des CCAG
 1. *Proposition initiale de la DAJ ouverte à consultation publique*
 2. *Proposition de la Chaire remise le 5 février 2021 dans le cadre de la consultation publique de la DAJ*
 3. *Version définitive commentée*

281. Synthèse. La synthèse ici présentée s'appuie essentiellement sur les deux premières parties du rapport, à savoir les enquêtes qualitative et quantitative. Ces dernières contenant les seules données proprement empiriques, il apparaît opportun de les mettre ici en lumière, conformément à l'axe méthodologique de la Chaire. Néanmoins, des réflexions tirées de l'analyse de droit privé ou des données comparatives pourront être évoquées.

282. Recommandations. Les recommandations présentées dans cette partie sont proposées par les chercheurs de la Chaire, validées par la majorité des membres du conseil scientifique et n'engagent pas ses partenaires.

I. Synthèse

A. Généralités

283. Droit public – Enquête qualitative. L'enquête qualitative s'est fondée, à titre principal, sur 18 interviews conduites auprès des partenaires de la Chaire et d'autres acteurs des contrats publics entre mi-octobre et début décembre 2020. Elle a tout à la fois impliqué des représentants d'autorités contractantes, de titulaires de contrats publics et des avocats spécialisés. De la même manière, elle a 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.

284. Droit public – Enquête quantitative. L'enquête quantitative a été menée grâce aux réponses que des participants anonymes ont apportées à un questionnaire exhaustif de 101 questions, réalisé par la Chaire et publié sur internet entre le 17 novembre et le 6 décembre 2020. 141 personnes ont répondu à au moins une question et il a, ici aussi, été révélé que le panel offrait une réelle diversité, tant en ce qui concerne le statut des participants, avec 54 % d'autorités contractantes, 32 % d'entreprises titulaires de contrats publics et 14 % de conseils juridiques, que concernant les contrats, avec 84 % de parties à des marchés publics, 15 % à des concessions et 1 % à des marchés de partenariat.

285. Droit privé – Revue de doctrine et entretiens. 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 des réflexions de quelques personnes interviewées ayant une connaissance de la matière.

286. Droit comparé. Sur la base d'une version simplifiée du questionnaire de l'enquête quantitative, il a été demandé à cinq correspondants étrangers représentant l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni et la Pologne, de préciser quelles ont été les modalités juridiques de réponse à la crise sanitaire dans leurs pays en ce qui concerne les contrats publics.

B. Suspension

287. Formalisation. La crise sanitaire a mis en lumière une lacune du droit et de la pratique des contrats publics en ce que la question de la suspension des contrats publics n'était tout simplement pas saisie par le droit textuel et jurisprudentiel et peu envisagée par la pratique contractuelle (CCAG notamment). Le droit privé semble moins démuné, puisque la suspension est prévue à travers la notion d'empêchement temporaire en cas d'évènement de force majeure (art. 1218 du Code civil) et dans le cadre de l'exception d'inexécution (article 1220 du Code civil). Concernant plus spécifiquement les contrats publics, la raison de cette absence tient, probablement, au caractère profondément antinomique de l'idée de suspension avec l'identité inhérente à ces contrats, ceux-ci étant nourris du principe de continuité du service public. Dès lors, s'il est possible de dessiner des grandes tendances en termes de formalisation de suspension de contrat, aucun fondement ne semble avoir réellement prévalu. Les entreprises se sont retrouvées face à des

autorités contractantes qui avaient chacune leur ligne de conduite - celle-ci étant parfois de ne justement pas en avoir -, tandis qu'elles-mêmes ont pu réagir différemment selon les cocontractants. Cette extrême variété des situations et des réponses apportées à celles-ci ne semble qu'être faiblement corrélée avec les contrats eux-mêmes, que ce soit leur objet ou leurs clauses.

288. Indemnisation. L'indemnisation de la suspension n'a pas été automatique dans tous les contrats. Une tendance à l'indemnisation des surcoûts directs se dessine toutefois (gardiennage de chantiers, entretiens divers, maintenance...), mais sans fondement juridique réellement établi. Parfois, les contractants ont tenté de déployer toutes les potentialités des clauses contractuelles, en particulier du CCAG travaux, en proposant des interprétations très extensives de ses clauses. D'autres fois, ce sont les mécanismes objectifs tirés de la théorie générale des contrats administratifs qui ont été mobilisés : théorie de l'imprévision, sujétions imprévues, fait du prince, force majeure. Or, ces théories ont précisément été construites autour de l'idée de continuité et paraissent, chacune pour différentes raisons, toutes inadaptées.

289. Pénalités. Les pénalités n'ont, dans la très grande majorité des cas, pas été appliquées, mais il existe une crainte partagée de pénalités futures.

290. Réponses gouvernementales insuffisantes. Enfin, le constat de l'insuffisance de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 peut être dressé. La question des suspensions y est traitée à la marge et certaines difficultés d'interprétation naissent de ses dispositions afférentes à la suspension, ce qui tend à expliquer son utilisation mesurée par les acteurs de la commande publique.

Dès lors, l'expérience de la crise sanitaire consécutive à la pandémie de Covid-19 montre qu'il est nécessaire de penser un corpus de règles juridiques visant à prévoir les éventuelles suspensions de contrats, ce que n'a pas édicté la loi ASAP, mais qui pourrait utilement se trouver, au plan contractuel, dans les nouveaux CCAG et dans des clausiers types pour les contrats publics qui n'en disposent pas.

291. Droit comparé. Certains États vont ou sont allés plus loin et ont juridiquement saisi l'hypothèse de suspension d'un contrat public. Tel est le cas de l'Italie, où la suspension est régie par l'article 107 du *Codice dei Contratti Pubblici* de 2016. Il en va de même pour l'Espagne, qui a adopté un texte spécial, le décret-loi royal 8/2020 du 17 mars 2020 dont l'article 34 prévoit, pour certains contrats, la suspension. La Pologne a également opté pour cette voie, à travers l'article 6a du Covid-19 act qui prévoit la possibilité de suspendre les contrats ou d'en prolonger le délai d'exécution. En revanche, d'autres pays, comme le Royaume-Uni, ont préféré ne pas encourager cette pratique à travers des guides de *soft law*.

C. Résiliation

292. Phénomène marginal. La résiliation de contrats publics du fait de la crise sanitaire est certainement le point le plus unanime du rapport. Très peu de résiliations de contrats publics en lien direct avec la crise sanitaire sont à déplorer – en France comme à l'étranger d'ailleurs – et il semble 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, mis à part l'exemple d'une concession. Néanmoins, il est possible de constater une notable diversité de situations, en particulier au niveau des motifs de la résiliation et des processus d'indemnisation qui laisse augurer des difficultés à venir. Par ailleurs, les différends ayant mené à la résiliation de contrats publics prennent principalement racine avant mars 2020.

293. Indemnisation incertaine. Les acteurs de la commande publique ont été quelque peu pris au dépourvu par le phénomène et qu'ils ont dû faire face à un certain manque de clarté sur le cadre juridique lié à l'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation et parfois même sur le motif de la résiliation.

Et pour cause, en l'absence de clause contractuelle prévoyant les modalités de calcul de l'indemnité ainsi que les postes d'indemnisation, le droit positif n'offre que des dispositifs aux contours incertains. Si l'on considère d'une part l'article 6 3° de l'ordonnance 2020-319, et d'autre part, les dispositions de droit commun relatives aux résiliations, en particulier les articles L.2195-1 à -6 du Code de la commande publique pour les marchés publics et L.3136-1 à -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 », sans précision supplémentaire. Une clarification paraît s'imposer à cet égard.

294. Droit comparé. En matière de résiliation, c'est sans doute le droit espagnol qui offre les dispositions les plus précises, en particulier au travers de l'article 211 g) de la LCSP. D'autres États, en particulier l'Allemagne, traite la question contractuellement, au moyen de clauses spécifiques du VOB/B. Globalement, en pratique, peu de contrats ont été résiliés dans les pays étudiés.

D. Exécution dégradée

295. Surcoûts. L'indemnisation des surcoûts est, sans nul doute, la question la plus épineuse révélée par l'enquête. La reprise des relations contractuelles dans un contexte dégradé engendre des surcoûts dont le calcul et la répartition ne sont pas réglés uniformément. Autorités contractantes comme entreprises choisissent souvent de ne pas fonder juridiquement leurs demandes indemnitaires. La théorie de l'imprévision ne fait pas l'unanimité : adaptée à la situation pour certains, elle ne l'est pas pour la majorité des participants. 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. En particulier, la notion de bouleversement de l'équilibre économique du contrat est trop floue et engendre des difficultés pratiques parfois insurmontables, qui se soldent la plupart du temps par des négociations tendues. De la même manière, l'absence de directives claires au niveau national et de traitement contractuel relatifs aux modalités de répartition des surcoûts a été une difficulté supplémentaire laissant bien souvent insatisfaits autorités contractantes et entreprises. Par ailleurs, les limites liées aux seuils de

modification et, dans une moindre mesure, aux aides d'État et à l'interdiction de consentir des libéralités ont pu interroger certains praticiens quant à leur marge de manœuvre alors que tel ne devrait pas être le cas en présence d'un événement imprévisible.

296. Une adaptation contractuelle aux fondements juridiques variés et incertains. La pandémie de Covid-19 a permis de remettre en pleine lumière certaines règles générales applicables aux contrats administratifs dont l'utilisation est habituellement, pour certaines d'entre elles, marginale. Ont ainsi pu être évoqués le pouvoir de modification unilatérale, la théorie de l'imprévision, la théorie des sujétions imprévues ou encore la théorie du fait du Prince. Toutes se sont révélées insuffisantes. Dès lors, l'adaptation des contrats est passée par des mécanismes contractuels variés lorsque le contrat était dépourvu de clause de réexamen – clause dont la généralisation est très largement demandée-, même si l'on peut constater que les avenants restent la solution la plus prisée pour l'adaptation des contrats.

297. Délais et avances. La question de l'extension des délais d'exécution, convenablement réglée par l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, n'a pas soulevé de difficulté majeure en pratique. Il en va de même en ce qui concerne les avances de trésorerie, bien que leur régime juridique, pérennisé par le décret du 15 octobre 2020, demeure pour partie incertain.

298. Droit comparé. En Allemagne et au Royaume-Uni, la question de l'exécution dégradée a été traitée contractuellement, avec des lignes directrices encourageant certaines pratiques, telles que des facilités de paiement ou d'avances. L'Italie, la Pologne et l'Espagne se distinguent en ayant adopté une posture assez proche de la nôtre, avec l'adoption de textes spécifiques en complément du droit commun des contrats publics en aménageant les conditions de versement des avances ou de prolongation des délais d'exécution, voire de l'indemnisation des surcoûts. Néanmoins, les correspondants s'accordent à dire que ces mesures ont été insuffisantes.

E. Mise en concurrence

299. Procédures lancées avant le premier confinement. La principale adaptation des passations lancées avant mars 2020 concerne d'une part la dématérialisation des procédures et d'autre part l'allongement des délais, conformément à ce que prévoyait l'article 2 de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020. En revanche, 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.

300. Procédures lancées après le premier confinement. Les procédures lancées après confinement confirment une plus grande prise en compte, par les autorités contractantes, des conséquences de la pandémie en cours sur les procédures de passation. Néanmoins, peu d'acheteurs ont pris en compte les implications de la crise au niveau des prix, leur définition s'avérant délicate, et peu d'autorités contractantes se sont tournées vers la stipulation de clauses visant à sécuriser les contrats.

F. Contentieux et précontentieux

301. Contentieux en cours. À la fin de l'année 2020, il n'y a que très peu de contentieux liés à la crise sanitaire parmi les participants. Cela s'explique de deux manières : les parties au contrat recourent quasi systématiquement au dialogue, et beaucoup d'entreprises et d'autorités contractantes attendent la fin du contrat pour les réclamations ou les pénalités.

302. Contentieux à venir. Sur les projections contentieuses auxquelles se livrent autorités contractantes et titulaires, la question autour de laquelle devraient se tourner majoritairement les requêtes à venir est la question indemnitaire. Cette question, couplée au risque en matière de responsabilité de contamination sur le lieu de travail, font craindre une vague de contentieux d'ici quelques mois ou quelques années.

II – Recommandations de la Chaire

L'étude de ce premier thème a mis en exergue la nécessité d'adapter le droit des contrats publics à l'imprévisibilité afin de permettre une plus grande sécurité juridique et une plus grande flexibilité. Les recommandations qui suivent sont nourries du souci de clarifier certaines règles existantes et d'introduire des dispositions visant à assurer un partage des responsabilités face à des événements tels que la pandémie de Covid-19 en dehors de toute clause contractuelle qui anticiperait de tels événements. A ce dernier égard, les nouveaux articles « suspension » et « clause de réexamen » intégrés dans les nouveaux CCAG publiés le 1^{er} avril 2021 paraissent apporter suffisamment de sécurité juridique car répondant très largement aux propositions faites par la Chaire dans le cadre de la consultation publique achevée le 5 février 2021. Il ne sera donc pas proposé d'autres clauses types dans le cadre du présent rapport. Toutefois, les nouvelles clauses font l'objet de commentaires à la fin de cette partie afin de mieux faire comprendre leur portée. Les autres recommandations, émanant des quatre chercheurs de la Chaire, sont issues des réflexions nées des quatre parties précédentes (enquête qualitative, enquête quantitative, rapport de droit privé, rapport de droit comparé).

Il est ainsi proposé de préciser, premièrement, la théorie de l'imprévision dans le code de la commande publique. Deuxièmement, les nouveaux livres 7 de la partie 2 et 4 de la partie 3 du Code de la commande publique sur les circonstances exceptionnelles, issus de la loi ASAP, qui n'ont vocation à s'appliquer qu'une fois les mesures exceptionnelles mises en œuvre par décret, font l'objet de propositions d'ajustements. Troisièmement, il est proposé d'introduire une nouvelle disposition au code général de la propriété des personnes publiques visant à permettre la suspension du paiement des redevances lorsque les circonstances exceptionnelles sont déclenchées, comme cela a été le cas avec l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 dans sa version modifiée.

Ce projet de recommandations fait suite aux propositions de clauses « circonstances imprévisibles » déposées dans le cadre de la consultation de la réforme des CCAG et présentées ci-après. Elles sont donc complémentaires à ces clauses qui fixent un régime juridique de la suspension et instaurent un principe de partage des surcoûts liés à des circonstances imprévisibles, même en l'absence de bouleversement du marché, ce que ne prévoient pas les recommandations suivantes qui ont vocation à s'appliquer si les clauses ne produisent pas les effets escomptés. En particulier, les clauses de réexamen issues des nouveaux CCAG ne créent pas un droit à indemnisation des surcoûts alors que ce droit existe lorsque les conditions de l'imprévision sont présentes.

Les recommandations qui suivent consistent à préciser et compléter la théorie de l'imprévision pour les contrats administratifs de la commande publique – régime qui ne s'applique qu'en cas de bouleversement de l'économie du contrat – et à ajuster le régime des circonstances exceptionnelles du Code de la commande publique, qui n'est déclenché que si un décret le prévoit. S'agissant de la théorie de l'imprévision, il est proposé d'apporter ces précisions dans le Code de la commande publique ou par le biais de la jurisprudence administrative.

D'un point de vue formel, toutes les propositions d'ajouts sont portées en rouge et les suppressions apparaissent barrées.

A. Recommandations relatives à la théorie de l'imprévision

Les recommandations qui suivent visent à préciser la notion d'imprévision et à intégrer la notion de force majeure administrative en matière de concessions dans le Code de la commande publique. L'un et l'autre ne conduisant pas à modifier les règles existantes mais seulement d'apporter de la sécurité juridique dans les conditions de mise en œuvre et les conséquences qui en découlent.

Exposé général des motifs sur la notion d'imprévision

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, ainsi qu'il résulte des enquêtes qualitatives et quantitatives. La méconnaissance des conditions et conséquences de cette théorie est et sera probablement source de litiges qui pourraient être évités avec un tant soit peu de précisions textuelles ou jurisprudentielles si ces dernières intervenaient rapidement, par exemple dans le cadre d'une question de droit nouvelle posée par un tribunal administratif au Conseil d'Etat. Il est proposé d'apporter des modifications textuelles à la suite des articles relatifs aux circonstances qu'une autorité contractante ne pouvait prévoir. En effet, si traditionnellement la doctrine parlait de charges extracontractuelles, le Conseil d'Etat parle désormais de responsabilité contractuelle et surtout la Cour de justice de l'Union européenne a considéré une transaction comme étant une modification du contrat de sorte qu'il est probable qu'il en irait de même d'une indemnité d'imprévision, dont on doit rappeler que la circulaire du 20 novembre 1974 sur l'imprévision dans les marchés publics suite au premier choc pétrolier recommandait qu'elle se traduise par un avenant. D'ailleurs, il arrive fréquemment en pratique que cette indemnité fasse l'objet d'un avenant. Enfin, la jurisprudence a admis que l'indemnité passe par un réajustement des redevances de la concession ou du prix du marché. En conséquence, on est bien en présence d'une modification du contrat.

La force majeure administrative – qui permet à une des deux parties d'obtenir du juge la résiliation d'une concession si les effets de l'imprévision deviennent définitifs – est mal connue depuis son introduction par l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 décembre 1932 *Compagnie des tramways de Cherbourg*. Or, la perspective qu'une partie puisse sortir du contrat est de nature à pousser les parties à trouver des solutions. Il convient donc d'en préciser le régime par le texte, la jurisprudence étant quasiment inconnue en pratique. En outre, il a existé par le passé, dans notre droit écrit, un mécanisme de résiliation administrative des concessions locales pour force majeure administrative, inspiré de la jurisprudence *Compagnie des tramways de Cherbourg* (voir les articles L. 324-7 à L. 324-14 du Code des communes, disponible sur Légifrance dans la version antérieure à 1978), abrogés par la loi de décentralisation du 2 mars 1982 car il faisait intervenir une commission nationale pour avis et un arrêté interministériel). Il est donc ici proposé de moderniser le mécanisme.

L'expression de « force majeure administrative » n'est toutefois par reprise car elle paraît assez impropre, l'exécution du contrat n'étant pas rendue impossible mais simplement trop coûteuse. Cette possibilité de sortir d'une situation contractuelle bouleversant de façon définitive l'équilibre économique du contrat n'est cependant envisagée qu'en matière de concessions, la jurisprudence administrative ne l'ayant admise qu'en la matière.

• Modifier l'article L.6, 3° du Code de la commande publique**Exposé des motifs**

L'article L.6, 3° constitue, en ce qui concerne le cas particulier des contrats administratifs, le fondement textuel de la théorie de l'imprévision. Les propositions suivantes ayant vocation à préciser cette théorie dans le corps du Code de la commande publique, il apparaît nécessaire d'insérer, à la fin de la disposition, la phrase « dans les conditions prévues au présent code », dans un souci d'information et également d'harmonisation avec le 4° qui contient cette précision en ce qui concerne le pouvoir de modification unilatérale.

Article L.6

3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité **dans les conditions prévues au présent code** ;

• Marchés publics**Exposé des motifs**

Sur le fond de la théorie de l'imprévision, deux points essentiels paraissent devoir être précisés. D'une part, les modalités de détermination du bouleversement de l'équilibre économique du marché, étant entendu que la jurisprudence apparaît particulièrement volatile sur la question, et d'autre part, la part des conséquences de l'imprévision laissée à la charge du cocontractant.

Sur la détermination du bouleversement de l'équilibre économique du marché, ont été pris en considération la jurisprudence du Conseil d'État et des cours administratives d'appel et les résultats des enquêtes conduites par la Chaire. Il est ainsi apparu que le bouleversement doit être caractérisé, en tout état de cause, lorsque les surcoûts directement induits de la situation d'imprévision sont supérieurs à 10 pour cent du montant initial du marché. Cependant, il apparaît nécessaire de laisser une marge de manœuvre aux parties en permettant de caractériser le bouleversement dès que les surcoûts excèdent 5 pour cent de ce montant.

Enfin, est ajoutée la possibilité d'introduire une clause de réexamen par avenant afin de sécuriser juridiquement le contrat, ce qui paraît justifié au regard d'une circonstance imprévue dont les effets ne sont pas toujours connus immédiatement, à l'image de la pandémie de coronavirus.

Article R.2194-5

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.

Suite à la survenance de ces circonstances et si le contrat n'en contient pas déjà, une clause de réexamen peut être introduite par voie d'avenant, sans que cela puisse être considéré comme remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

Pour les contrats administratifs, si l'économie du marché se trouve temporairement bouleversée par de telles circonstances extérieures aux parties, le titulaire a droit à une indemnisation des

surcoûts directement liés à ces circonstances. Cette indemnité couvre de 80 à 95 pour cent de ces surcoûts, déterminée en fonction du montant du marché et du comportement du titulaire une fois les circonstances intervenues. Le bouleversement de l'équilibre économique du marché est caractérisé si, malgré l'application d'une clause de variation des prix, les surcoûts sont supérieurs à 15 pour cent du montant du marché. Le bouleversement peut néanmoins être caractérisé, si le titulaire le justifie au regard de sa marge bénéficiaire, lorsque les surcoûts excèdent 5 pour cent du montant du marché.

• Concessions

Exposé des motifs

L'intégration d'une disposition précisant la théorie de l'imprévision au chapitre relatif aux modifications des concessions se justifie par le même constat que concernant les marchés publics. Néanmoins, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision diffère en matière de concession, au regard de l'économie particulière de ces contrats. En particulier, l'appréciation du bouleversement de l'équilibre du contrat se fonde ici sur la notion de déficit d'exploitation.

Par ailleurs, est intégrée au code de la commande publique la force majeure administrative, dont les conditions ici exposées sont directement inspirées de la jurisprudence du Conseil d'État. Un ajout est toutefois proposé : celui qui permet à l'autorité concédante de résilier unilatéralement donc sans recourir au juge. Il paraît en effet paradoxal de maintenir la résiliation juridictionnelle pour les autorités concédantes dans le cadre d'un contrat administratif, alors que le pouvoir de résiliation unilatérale existe pour motif d'intérêt général, y compris désormais pour irrégularité grave, et pour force majeure, y compris dans ce dernier cas pour les contrats de droit privé de la commande publique.

Article R.3135-5

Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables.

Suite à la survenance de ces circonstances et si le contrat n'en contient pas déjà, une clause de réexamen peut être introduite par voie d'avenant, sans que cela puisse être considéré comme remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

Pour les contrats administratifs, si l'économie de la concession se trouve temporairement bouleversée au point que l'exploitation devient déficitaire du fait de ces circonstances et que l'exécution reprend ou se poursuit, le titulaire a droit à une indemnisation couvrant de 80 à 95 % du déficit selon le risque que le cocontractant aurait dû normalement envisager de supporter au moment de la conclusion du contrat, son comportement une fois les circonstances intervenues, les bénéfices passés et les perspectives de bénéfices. Le bouleversement de l'équilibre économique de la concession est caractérisé dès que l'exploitation s'avère déficitaire du fait de ces seules circonstances et indépendamment des bénéfices passés et des perspectives de bénéfices. Si les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive, la situation nouvelle ainsi créée autorise le concessionnaire, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à la concession, à demander au juge administratif la résiliation du contrat, avec indemnité s'il y a lieu,

à l'exception du manque à gagner, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances. L'autorité concédante dispose, dans la même situation et avec les mêmes conséquences, du droit de résilier unilatéralement le contrat de concession.

B. Préciser les livres relatifs aux circonstances exceptionnelles issus de la loi ASAP

• Marchés publics

Article L.2711-1

Exposé des motifs

La Chaire propose de réécrire le début de l'alinéa premier de l'article L.2711-1 du Code de la commande publique dans le sens d'une simplification de sa formulation.

~~Lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances~~ Lorsque la loi ou, en application de dispositions législatives, le pouvoir réglementaire édicte des mesures temporaires tendant à faire face à des circonstances exceptionnelles et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un marché public, un décret peut prévoir l'application de l'ensemble ou de certaines des mesures du présent livre aux marchés publics en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée.

Le décret entre en vigueur sur tout ou partie du territoire de la République où les présentes dispositions sont applicables, pour une période ne pouvant pas excéder vingt-quatre mois et dont la prorogation est, le cas échéant, autorisée par la loi.

Article L.2711-2 (inchangé)

Les acheteurs mettent en œuvre les dispositions du présent livre lorsqu'elles sont nécessaires dans la passation ou l'exécution d'un marché public, pour faire face aux difficultés liées à la survenance de circonstances exceptionnelles.

Article L.2711-3 (inchangé)

Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'acheteur, celui-ci peut apporter en cours de procédure les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

Article L.2711-4 (inchangé)

Sauf lorsque les prestations qui font l'objet du marché public ne peuvent souffrir aucun retard, l'acheteur peut prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

Article L.2711-4-1**Exposé des motifs**

La proposition suivante, d'introduire un nouvel article, a vocation à combler un angle mort du livre, révélé par la pratique à l'occasion de la mise en œuvre de l'ordonnance n°2020-319. Il s'agit de permettre de modifier, en cours de procédure, les conditions de la consultation afin de tenir compte de l'entrée en vigueur des circonstances exceptionnelles. La disposition va plus loin que ce que prévoit l'article L.2711-3 puisqu'il ne s'agit pas seulement de modifier les conditions de la mise en concurrence, mais bien le contenu du futur marché. Parce qu'une telle hypothèse fait peser d'éventuels risques sur le respect de la concurrence, elle est naturellement assortie des limites nécessaires. Ainsi, l'objet des modifications doit être directement commandé par l'adaptation aux circonstances. Par ailleurs, les modifications ne sauraient être substantielles. Du reste, il y a lieu de distinguer selon que les circonstances exceptionnelles sont décrétées antérieurement ou postérieurement à la réception des candidatures ou des offres. Dans le premier cas, un avis de modification est publié. Dans le second, seuls les candidats ayant soumissionné sont informés. L'acheteur leur laisse, par ailleurs, un délai suffisant pour apporter un complément à leurs offres.

Lorsque les circonstances exceptionnelles sont mises en œuvre dans les conditions de l'article L.2711-1 après envoi de l'avis d'appel à la concurrence, l'acheteur peut modifier les conditions de la consultation sans recourir à une nouvelle procédure.

De telles modifications ne peuvent porter que sur la prise en compte des effets directement imputables aux circonstances exceptionnelles. Elles ne peuvent être substantielles.

Si le délai de réception des candidatures ou des offres n'est pas expiré, un avis de modification est publié dans les conditions fixées par voie réglementaire.

Si les modifications sont apportées postérieurement à la réception des candidatures ou des offres, l'acheteur informe les candidats de ces modifications et fixe un délai suffisant pour qu'ils puissent apporter des modifications ou des compléments à leurs candidatures ou à leurs offres.

Article L.2711-5 (inchangé)

Les marchés publics dont le terme intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

Dans le cas d'un accord-cadre, cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée mentionnée à l'article L. 2125-1.

La durée de cette prolongation ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période.

Article L.2711-6

Les dispositions des articles L. 2711-7 à L.2711-9 s'appliquent en cas de difficultés d'exécution du contrat nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat.

Article L.2711-7**Exposé des motifs**

Il est proposé de supprimer le passage faisant référence aux charges manifestement excessive. Cette notion apparaît à la fois potentiellement trop permissive, subjective et source de difficultés d'interprétation. Le seul débat entre les parties doit porter sur l'impossibilité ou non de respecter les délais dans les conditions prévues au marché, en tenant compte de la réalité des difficultés générées par une circonstance exceptionnelle.

Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat ~~ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive~~, ce délai est prolongé d'une durée équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles, à la demande du titulaire présentée avant l'expiration du délai contractuel et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles.

Article L.2711-8

Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter **temporairement** tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens humains, matériels ou financiers suffisants :

- a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif ;
- d) L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur ; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire ;

Article L.2711-9**Exposé des motifs**

Cette disposition était contenue dans l'ordonnance n°2020-319 mais non reprise dans le Code. Elle apporte pourtant une certaine souplesse et une réactivité accrue en période de circonstances exceptionnelles. En particulier, elle permet d'éviter des blocages lorsque du fait des circonstances, la réunion de la commission d'appel d'offres est rendue difficile. Cela a pu se voir en pratique pendant la crise sanitaire. Néanmoins, il est précisé que ces projets d'avenants « peuvent être » dispensés, et non « sont dispensés » comme dans l'ordonnance, afin de permettre voire d'inciter à solliciter l'avis de la commission d'appel d'offres.

~~Par dérogation à l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales, les projets d'avenants aux marchés publics induits par des circonstances exceptionnelles et entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % peuvent être dispensés de l'avis préalable de la commission d'appel d'offres.~~

- Concessions

Article L.3411-1**Exposé des motifs**

La Chaire propose de réécrire le début de l'alinéa premier de l'article L.2711-1 du Code de la commande publique dans le sens d'une simplification de sa formulation.

~~Lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances~~ Lorsque la loi ou, en application de dispositions législatives, le pouvoir réglementaire édicte des mesures temporaires tendant à faire face à des circonstances exceptionnelles et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un contrat de concession, un décret peut prévoir l'application de l'ensemble ou de certaines des mesures du présent livre aux contrats de concession en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée.

Le décret entre en vigueur sur tout ou partie du territoire de la République où les présentes dispositions sont applicables, pour une période ne pouvant pas excéder vingt-quatre mois et dont la prorogation est, le cas échéant, autorisée par la loi.

Article L.3411-2 (inchangé)

Les autorités concédantes mettent en œuvre les dispositions du présent livre lorsqu'elles sont nécessaires dans la passation ou l'exécution d'un contrat de concession, pour faire face aux difficultés liées à la survenance de circonstances exceptionnelles.

Article L.3411-3 (inchangé)

Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité concédante, celle-ci peut apporter en cours de procédure les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

Article L.3411-4 (inchangé)

Sauf lorsque les prestations qui font l'objet du contrat de concession ne peuvent souffrir aucun retard, l'autorité concédante peut prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

Article L.3411-4-1**Exposé des motifs**

La proposition d'introduire un nouvel article a vocation à combler un angle mort du livre, révélé par la pratique à l'occasion de la mise en œuvre de l'ordonnance n°2020-319. Il s'agit de permettre de modifier, en cours de procédure, les conditions de la consultation afin de tenir compte de l'entrée en vigueur des circonstances exceptionnelles. La disposition va plus loin que ce que prévoit l'article L.3411-3 puisqu'il ne s'agit pas seulement de modifier les conditions de la mise en concurrence, mais bien le contenu du futur contrat de concession. Parce qu'une telle hypothèse fait peser d'éventuels risques sur le respect de la concurrence, elle est naturellement assortie des limites nécessaires. Ainsi, l'objet des modifications doit être directement commandé par l'adaptation aux circonstances. Par ailleurs, les modifications ne sauraient être substantielles. Du reste, il y a lieu de distinguer selon que les circonstances exceptionnelles sont décrétées antérieurement ou postérieurement à la réception des candidatures ou des offres. Dans le premier cas, un avis de modification est publié. Dans le second, seuls les candidats ayant soumissionné sont informés. L'autorité concédante leur laisse, par ailleurs, un délai suffisant pour apporter un complément à leurs offres.

Lorsque les circonstances exceptionnelles sont mises en œuvre dans les conditions de l'article L.2711-1 après envoi de l'avis de concession, l'autorité concédante peut modifier les conditions de la consultation sans recourir à une nouvelle procédure.

De telles modifications ne peuvent porter que sur la prise en compte des effets directement imputables aux circonstances exceptionnelles. Elles ne peuvent être substantielles

Si le délai de réception des candidatures n'a pas encore expiré, un avis de modification est publié dans les conditions fixées par voie réglementaire.

Si les modifications interviennent après le dépôt des candidatures ou des offres, l'autorité concédante informe les candidats de ces modifications et fixe un délai suffisant pour qu'ils puissent apporter des modifications ou des compléments à leurs candidatures ou à leurs offres.

Article L.3411-5 (inchangé)

Les contrats de concession dont le terme intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

Cette prolongation au-delà de la durée prévue à l'article L. 3114-8 est dispensée de l'examen préalable par l'autorité compétente de l'État prévu au même article L. 3114-8.

La durée de cette prolongation ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période.

Article L.3411-6

Les dispositions des articles L. 3411-7 à L.3411-8 s'appliquent en cas de difficultés d'exécution du contrat nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au concessionnaire.

Article L.3411-7**Exposé des motifs**

Il est proposé de supprimer le passage faisant référence aux charges manifestement excessive. Cette notion apparaît à la fois potentiellement trop permissive, subjective et source de difficultés d'interprétation. Le seul débat entre les parties doit porter sur l'impossibilité ou non de respecter les délais dans les conditions prévues au marché, en tenant compte de la réalité des difficultés générées par une circonstance exceptionnelle.

Lorsque le concessionnaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat ~~ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le concessionnaire une charge manifestement excessive~~, ce délai est prolongé d'une durée équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles, sur la demande du titulaire présentée avant l'expiration du délai contractuel et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles.

Article L.3411-8**Exposé des motifs**

Cette disposition était contenue dans l'ordonnance n°2020-319 mais n'a pas été reprise dans le Code. Elle apporte pourtant une certaine souplesse et une réactivité accrue en période de circonstances exceptionnelles. En particulier, elle permet d'éviter des blocages lorsque du fait des circonstances, la réunion de la commission est rendue difficile. Cela a pu se voir en pratique pendant la crise sanitaire. Néanmoins, il est précisé que ces projets d'avenants « peuvent être » dispensés, et non « sont dispensés » comme dans l'ordonnance, afin de permettre voire d'inciter à solliciter l'avis de la commission.

~~Par dérogation à l'article L. 1411-6 du code général des collectivités territoriales, les projets d'avenants aux délégations de service public induits par des circonstances exceptionnelles et entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % peuvent être dispensés de l'avis préalable de la commission mentionnée à l'article L.1411-5 du même code.~~

C. Modifications à apporter au Code général de la propriété des personnes publiques

Article L. 2125-7**Exposé des motifs**

Il s'agit d'intégrer au code général de la propriété des personnes publiques le dispositif de l'article 6, 7° de l'ordonnance 2020-319 lorsque les circonstances exceptionnelles sont décrétées dans les conditions prévues au code de la commande publique. Le dispositif serait conditionné, en plus du déclenchement de telles circonstances par le pouvoir réglementaire, par la dégradation des conditions d'exploitation de l'autorisation d'occupation, à l'aune de la situation financière de

l'occupant, comme c'était le cas dans l'ordonnance 2020-319. En outre, le dispositif est temporellement limité à la période des circonstances exceptionnelles. Il permet la suspension du paiement des redevances et impose, à l'issue de la suspension et contrairement à l'ordonnance qui n'était pas très claire sur ce point, de conclure un avenant portant sur le montant futur des redevances en fonction des conditions de la reprise mais aussi en permettant d'annuler tout ou partie des redevances passées compte tenu du chiffre d'affaires réalisé.

Lorsque dans les conditions des dispositions des articles L. 2711-1 et L. 3411-1 du code de la commande publique, les circonstances exceptionnelles sont décrétées par application de ces articles et que les conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant sont dégradées dans des proportions manifestement excessives au regard de sa situation financière, le paiement des redevances dues pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public est suspendu pour une durée qui ne peut excéder la période correspondant aux circonstances exceptionnelles. A l'issue de cette suspension, un avenant détermine la part des redevances encore dues et le moment de leur versement, en tenant compte de la réalité du chiffre d'affaires réalisé pendant la suspension et adapte, le cas échéant, en fonction des perspectives de reprise d'activité, le montant des redevances futures.

D. Participation à la révision des CCAG

Dans le cadre de la réforme des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics, la direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de la relance a lancé une consultation publique s'achevant le 5 février. Ayant pu constater, à travers le présent rapport, que les anciennes clauses des CCAG s'étaient trouvées insuffisantes à faire face aux situations engendrées par la crise sanitaire, en particulier concernant la suspension des contrats et le traitement de leur exécution dégradée, et que les propositions de clause à cet égard émanant de la DAJ n'allaient pas assez loin, la Chaire a participé à cette consultation sur les clauses afférentes. L'idée initiale de la Chaire était de proposer deux clauses, l'une portant sur la suspension, l'autre sur l'exécution dégradée ayant vocation à préciser l'application de la théorie de l'imprévision. La version soumise à la consultation ne comportant qu'une clause relative à la suspension, la Chaire a décidé de ne faire qu'une proposition de modification de la proposition de la DAJ, tout en déconnectant l'application de l'exécution dégradée de celle de la suspension alors que dans la proposition de la DAJ on ne pouvait envisager l'une sans l'autre. La DAJ ayant finalement proposé une « clause de réexamen » distincte de la clause de suspension, cela s'est inscrit pleinement dans la lignée de l'idée initiale de la Chaire.

Pour plus de clarté, ne seront ici présentées que les modifications du CCAG Travaux. Cependant, la Chaire a effectué des propositions analogues pour tous les CCAG, en les adaptant à la marge pour tenir compte des spécificités inhérentes à chacun d'eux.

Afin d'explicitier l'apport de la Chaire, sont successivement présentée la proposition initiale de la DAJ (1), puis la proposition de la Chaire, accompagnée de l'exposé des motifs et d'explications particulières en fin de paragraphe « Nota » (2), enfin la version finalement adoptée par la DAJ et publiée, accompagnée d'explications puisque le Professeur Lichère, en tant que membre du Cercle des experts de la commande publique du MINEFI, a été consulté sur l'ultime version.

1. Proposition initiale de la DAJ ouverte à la consultation publique

54.3. Interruption des travaux pour des évènements extérieurs :

54.3.1. Lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue impossible du fait de l'édition par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités économiques en raison d'évènements extérieurs, la suspension des travaux est prononcée par le maître d'ouvrage.

54.3.2. Dans un délai qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la décision de suspension de la réalisation des prestations, les parties conviennent des modalités de constatation des ouvrages, des parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés, des modalités de répartition des surcoûts directement induits par ces événements, des modalités de reprise de l'exécution, et le cas échéant, des modifications à apporter au marché.

54.3.3. Pour la prise en charge des surcoûts directement induits par ces événements, il est tenu compte, notamment :

- des surcoûts liés à la période de suspension dans les conditions définies à l'article 54.1 ;
- des surcoûts liés aux modifications d'exécution du chantier ;
- des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le titulaire est tenu de demander, en temps utile, qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre [dans les conditions définies à l'article 12].

Sont exclues de cette évaluation, toutes les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour l'actualisation ou la révision des prix du marché.

Les surcoûts pris en charge par le maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché.

2. Proposition de la Chaire remise le 5 février 2021 dans le cadre de la consultation publique de la DAJ

Exposé des motifs

Les propositions suivantes sont inspirées de l'idée de créer une autre notion que celle de force majeure (qui dans le Code de la commande publique est associée à la possibilité de résilier le contrat) et de celle d'imprévision (qui suppose de démontrer l'existence d'un bouleversement de l'économie du contrat). Cela rejoint ce que propose la DAJ mais en faisant appel à la notion de circonstances imprévisibles (condition commune à la force majeure et à l'imprévision) qui est ici définie par rappel de la notion du Code de la commande publique permettant un avenant jusqu'à 50 % du montant du marché pour les pouvoirs adjudicateurs. Il y a ainsi une cohérence entre les deux.

Les propositions qui suivent permettent de traiter des cas plus larges que ceux envisagés par le projet de la DAJ en ce que la clause peut être déclenchée en dehors de toute mesure prise par une autorité publique et en ce que la prise en charge des surcoûts n'est pas liée à l'existence préalable d'une décision de suspension. À cet égard, une différence est faite entre interruption des travaux

(état de fait) et décision de suspension (acte juridique). Enfin, est implicitement consacrée la notion de suspension partielle compte tenu de son importance pratique.

Proposition de la Chaire

Les modifications apportées par la Chaire sont matérialisées en gras et en rouge.

54.3 Interruption des travaux pour des **circonstances imprévisibles** :

54.3.1. Lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue temporairement impossible du fait **d'une circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou son ampleur** (1) ou de l'édiction par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités économiques en raison d'une telle circonstance, la suspension **de tout ou partie** (2) des travaux **ou des prestations** (3) est prononcée par le maître d'ouvrage **spontanément ou sur demande du titulaire. Dans ce dernier cas, le maître d'ouvrage se prononce sur le bien-fondé de cette demande dans les meilleurs délais** (4).

NOTA :

- (1) *Il s'agit de faire implicitement le lien avec les règles de modification du marché prévues dans le code de la commande publique. Elle permet, du reste, d'étendre l'hypothèse de suspension aux circonstances qui n'auraient pas fait l'objet de mesures de restrictions par une autorité publique.*
- (2) *Il se peut que l'événement imprévisible n'empêche pas l'exécution d'une partie des travaux (cas d'un travailleur seul sur une opération de travaux publics en cas de pandémie, par exemple, ou de lots qui ne sont pas suspendus).*
- (3) *Les marchés de travaux comportent parfois une part de « prestations » à l'image des marchés de conception-réalisation*
- (4) *Il s'agit d'inciter le maître d'ouvrage à intervenir sans le contraindre. En effet, seul le DGD peut faire l'objet d'une décision tacite dans le CCAG Travaux, mais ici cela n'équivaut pas à une obligation de faire comme le supposerait une acceptation tacite de la suspension.*

54.3.2. Dans un délai qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la décision de suspension de la réalisation des prestations, les parties conviennent des modalités de constatation des ouvrages, des parties d'ouvrages exécutées et des matériaux approvisionnés, du maintien, le cas échéant, **d'une partie des obligations contractuelles restant à la charge du titulaire** (1). **Ce délai est réduit en cas d'urgence** (2). **Dans un délai raisonnable, les parties conviennent également** (3) des modalités de répartition des surcoûts directement induits par ces événements, des modalités de reprise de l'exécution, et le cas échéant, des modifications à apporter au marché.

NOTA :

- (1) *Cela permet de consacrer la notion de suspension partielle des obligations contractuelles.*
- (2) *Il s'agit de pousser à agir rapidement si le délai de 15 jours n'est pas suffisant.*
- (3) *Le délai de 15 jours pour de tels aménagements paraît trop court.*

54.3.3. Pour la prise en charge **totale ou partielle** (1) des surcoûts directement induits par ces événements, **qu'il y ait eu décision de suspension du marché ou non** (2), il est tenu compte, notamment :

- des surcoûts liés à la période de suspension dans les conditions définies à l'article 54.1, le cas échéant ;
- des surcoûts liés aux modifications d'exécution du chantier ;
- des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le titulaire est tenu de demander, en temps utile, qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre [dans les conditions définies à l'article 12].

Sont exclues de cette évaluation, toutes les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour l'actualisation ou la révision des prix du marché.

Les surcoûts pris en charge par l'acheteur peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché.

NOTA :

- (1) *La formulation de la DAJ semble impliquer une prise en charge totale alors que cela paraît préférable que les parties décident de la répartition des surcoûts*
- (2) *Il peut arriver qu'il y ait interruption des travaux (de fait) sans décision formelle de suspension. En outre, la rédaction de la DAJ paraît ambivalente tant elle n'indique pas si cette prise en charge est conditionnée par une décision de suspension ou simplement une interruption des travaux. Enfin, il n'y a pas d'automatisme de l'indemnisation dès lors que le MOA peut estimer qu'il n'y a pas de circonstances imprévisibles ou même, dans cette dernière hypothèse, qu'il n'y a de surcoûts directement induits.*

3. Version définitive commentée

Les versions définitives retenues par la DAJ sont conformes **aux idées** initiales de la Chaire. En particulier, l'introduction d'une clause de réexamen, qui s'articule avec la clause de suspension, en cas de circonstances que des parties diligentes ne pouvaient pas prévoir dans sa nature ou son ampleur, apporte une réponse aux difficultés **constatées par la Chaire** en pratique lors de la crise sanitaire.

Article 53 : Ajournement et interruption des travaux

(...)

53.3. Suspension des travaux en cas de circonstances imprévisibles :

53.3.1. Lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue temporairement impossible du fait d'une circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur ou du fait de l'édiction par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités en raison d'une telle circonstance, la suspension de tout ou partie des travaux ou des prestations est prononcée par le maître d'ouvrage. Lorsque la suspension est demandée par le titulaire, le maître d'ouvrage se prononce sur le bien-fondé de cette demande dans les meilleurs délais.

53.3.2. Dans un délai adapté aux circonstances et qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la décision de suspension des travaux ou des prestations, les parties conviennent des modalités de constatation des ouvrages, des parties d'ouvrages exécutées, des matériaux approvisionnés et des immobilisations de matériels et de personnels ainsi que, le cas échéant, du maintien d'une partie des obligations contractuelles restant à la charge du titulaire pendant la suspension. Dans un délai raisonnable, les parties conviennent également des modalités de reprise de l'exécution et, le cas échéant, des modifications à apporter au marché du fait de la suspension et des modalités de répartition des surcoûts directement induits par cette suspension.

A défaut d'accord entre les parties, le titulaire est tenu, à l'issue de la suspension, de reprendre l'exécution des prestations dans les conditions prévues par le marché et le désaccord est réglé dans les conditions mentionnées à l'article 54.

Commentaire

L'intitulé de la clause a été modifié sur deux points. D'abord, le terme de « suspension » s'est substitué au terme d'« interruption ». Outre le fait que cette rédaction permet une harmonisation entre les différents cahiers, il est apparu que le terme de « suspension » était davantage approprié, en particulier du fait qu'il marquait le caractère d'acte juridique de la suspension, là où le mot d'« interruption » évoque plutôt une situation de pur fait, qui serait de plus favorisé si on consacrait explicitement la possibilité, pour le titulaire, d'interrompre un marché sans accord de l'acheteur. Ensuite, l'« événement extérieur » a disparu pour laisser place aux « circonstances imprévisibles », plus claires et renvoyant plus directement aux dispositions du Code de la commande publique, même si ce dernier fait référence aux circonstances « imprévues », adjectif peut-être un peu trop permissif.

La rédaction de l'article 53.3.1 reprend les propositions formulées par la Chaire. En particulier, son déclenchement n'est plus seulement conditionné par l'édition par une autorité publique de mesures de restriction ou d'interdiction d'activités, mais est aussi ouvert, plus généralement, en cas de circonstances que des parties diligentes ne pouvaient pas prévoir, dans leur nature ou leur ampleur. Une telle rédaction fait référence à l'article R.2194-5 du code de la commande publique, qui autorise la modification du marché face à de telles circonstances. Elle permettra de couvrir des situations particulières n'ayant pas nécessairement donné lieu à l'édition de mesures réglementaires particulières. Par ailleurs, l'ajout de la mention « dans sa nature ou dans son ampleur » est d'importance. Elle permet de couvrir non seulement la circonstance imprévisible en tant que telle au moment de la conclusion du contrat, mais encore la circonstance connue à ce moment, mais dont l'ampleur ne s'est révélée que postérieurement, conformément à la jurisprudence administrative sur l'imprévision. La nouvelle rédaction intègre également la proposition de la Chaire de ne suspendre qu'une partie des travaux ou des prestations, ce qui devrait apporter de la souplesse en cas de survenance de pareilles circonstances rendant impossible temporairement la poursuite de l'exécution.

En outre, la proposition de la Chaire visant à permettre au titulaire de demander la suspension et imposant à l'acheteur de lui répondre dans les meilleurs délais a été reprise telle quelle. Elle permettra au titulaire de réduire les risques d'une inertie de l'acheteur et, en tout état de cause,

constitue une invitation au dialogue. En revanche, un système d'acceptation tacite de la suspension a paru trop contraignant pour les acheteurs, en particulier s'ils ne sont pas matériellement en état de répondre et n'a pas été proposé par la Chaire.

À son tour, l'article 53.3.2 reprend à son compte des propositions formulées par la Chaire. En particulier, deux étapes sont désormais clairement dissociées. D'une part, une phase de constatation, qui a été enrichie de l'obligation de constater les immobilisations de matériel et de personnel, proposée par la Chaire, ainsi que de celle de fixer les obligations qui ne sont pas suspendues, en cas de suspension partielle. Sur ce point, la nouvelle rédaction permet d'adapter le délai aux circonstances. D'autre part, une phase de reprise au cours de laquelle les parties conviennent d'un calendrier de reprise d'exécution, des modalités de la reprise ainsi que des modifications à apporter au marché et de la répartition des surcoûts directement induits de la suspension. Fort logiquement, cette deuxième phase ne souffre pas d'un délai établi, afin de prendre en considération la diversité des situations, mais est simplement soumise à un délai raisonnable. L'idée d'un délai « raisonnable », tout comme la référence à un délai « adapté aux circonstances » au début du même article, permet d'introduire une flexibilité pour l'acheteur, tout en faisant peser sur lui un risque éventuel d'engagement de sa responsabilité contractuelle s'il n'agissait pas avec diligence.

Enfin, il est précisé que tout désaccord entre les parties se règle, classiquement, par la voie du mémoire en réclamation. Il faut ajouter que dans de telles circonstances, et afin de préserver la continuité du service public, il est fait obligation au titulaire de reprendre l'exécution du marché à l'issue de la suspension.

Article 54 : Clause de réexamen

En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance.

Le cas échéant, les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire. Il est tenu compte, notamment :

- des surcoûts liés aux modifications d'exécution des prestations ;
- des conséquences liées à la prolongation des délais d'exécution du marché.

Le titulaire est tenu de demander en temps utile qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les moyens supplémentaires effectivement mis en œuvre.

Sont exclues de cette évaluation, les augmentations de prix prises en compte dans les index ou indices utilisés pour la révision des prix du marché.

Les surcoûts pris en charge par le maître d'ouvrage peuvent faire l'objet d'une avance dans les conditions fixées par les documents particuliers du marché ou dans l'avenant conclu en application du présent article.

Commentaire

Si cette nouvelle clause reprend, pour bonne partie, les stipulations initialement proposées par la DAJ, elle apporte son lot de nouveautés importantes. Pour commencer, elle dissocie clairement la question du traitement contractuel des surcoûts en cas d'exécution dégradée de la suspension du contrat. C'était bien là l'idée de la Chaire qui avait initialement proposé l'ajout de la mention « qu'il y ait eu décision de suspension du marché ou non ». En tout état de cause, cette dissociation apporte de la clarté et se trouve par conséquent bienvenue.

La rencontre de deux conditions permet le déclenchement de cette clause de réexamen. La première est commune à la suspension et à cette clause, puisqu'il s'agit de la survenance de circonstances que des parties diligentes n'auraient pu prévoir, dans leur nature ou leur ampleur, ainsi que l'avait proposé la Chaire dans le cadre de la consultation publique. La seconde est la modification significative des conditions d'exécution du marché. Cette référence à la modification significative ne fait pas du tout écho à la notion de bouleversement de l'équilibre économique du contrat puisque cette clause a vocation à jouer indépendamment du fait de savoir si la théorie de l'imprévision s'appliquerait ou non. Des modifications négligeables des conditions d'exécution du marché ne sont pas susceptibles de donner lieu à réexamen étant entendu qu'elles entrent dans les aléas normaux du marché, ce que la jurisprudence ancienne appelait les « chances du commerce ». Dans sa philosophie, cette condition porte déjà en elle l'idée d'un partage des désagréments occasionnés par des circonstances imprévisibles. En outre, la référence à l'adjectif « significatif » vise à éviter les demandes intempestives ou répétées et non fondées des titulaires. Il est à noter que la modification « significative » a été préférée à la modification « substantielle », dont la présence a des implications précises dans le Code de la commande publique, tout en ayant un contenu assez peu précis.

Par ailleurs, il faut bien noter que le choix d'une rédaction identique entre cette clause et la clause de suspension pour ce qui est de la première condition n'est pas anodin. Il permet une éventuelle articulation entre les deux clauses dans le cas où, face à de telles circonstances, un marché venait dans un premier temps à être suspendu puis, dans un second temps, à reprendre dans des conditions dégradées.

Par suite, le traitement contractuel de l'exécution dégradée en cas de circonstances imprévisibles se veut souple, afin que les parties l'adaptent en toute bonne foi à leur situation contractuelle particulière. La référence à la bonne foi se veut l'écho de sa consécration par le Conseil d'État dans plusieurs jurisprudences récentes, en même temps qu'elle invite à une obligation de moyen dans la négociation. Les parties sont donc renvoyées à un dialogue portant sur toutes les conséquences à tirer, notamment celles d'ordre financier, des circonstances. Elles se fondent, pour déterminer ces conséquences contractuelles, non seulement sur les surcoûts directement occasionnés, mais encore sur l'extension des délais d'exécution, qui à son tour peut générer des surcoûts induits (mais qui restent directement liés aux circonstances), notamment en termes de personnels ou de mobilisation de matériels.

Sur la question particulière des surcoûts, un équilibre a été trouvé entre le droit à indemnisation du titulaire, que la clause ne crée pas, et qui n'existe que si les conditions d'application de la théorie de l'imprévision sont réunies, et les obligations de justification de ces surcoûts par le titulaire. Ainsi, il lui est faite obligation de fournir tous justificatifs et de demander à ce qu'il soit procédé aux constatations visant à mesurer les moyens supplémentaires mis en œuvre pour faire face aux circonstances dégradées.

Enfin, la formalisation de l'application de cette clause de réexamen donne lieu à un avenant et, éventuellement, au versement d'avances. Signe de flexibilité, le versement de l'avance peut se faire dans les modalités fixées initialement mais si celles-ci ne s'avéraient pas adaptées aux nouvelles circonstances, l'avenant pourrait les réaménager. Peut-être cette précision apparaît-elle comme superfétatoire, puisque les parties à un marché public ont une grande marge de manœuvre pour signer un avenant en présence de circonstances imprévues, mais les enquêtes de terrain de la Chaire ont montré combien était importante la réaffirmation de la liberté contractuelle de passer des avenants, même lorsque ceux-ci s'inscrivent parfaitement dans les possibilités offertes par le Code de la commande publique.

ANNEXES

Sommaire des annexes.

I – Revue de doctrine

II – Guide de conduite des entretiens de l'enquête qualitative

III – Questionnaire de l'enquête quantitative

IV – Questionnaire envoyé aux correspondants étrangers

V – Réponses des correspondants étrangers

VI – Compte rendu des 18^{èmes} rencontres de droit et procédure administrative, *Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire*, Marseille, 27 novembre 2020

I. Revue de doctrine

ANTOINE J., « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », RFDA, 2004, p. 80

Il y a une apparente opposition frontale entre la théorie de l'imprévision en droit public et la jurisprudence *Canal de Craponne* en droit privé.

Le fondement juridique de la théorie de l'imprévision n'est plus la seule continuité du service public : l'application de l'imprévision nécessite que l'objet du contrat porte obligatoirement sur une activité de nature industrielle et commerciale. Une indemnité d'imprévision peut être obtenue, nonobstant le fait que l'entreprise concernée distribue des dividendes à ses actionnaires et ne rencontre aucune difficulté financière. Elle vise à maintenir l'équation financière de départ reposant sur la notion de « juste-prix ».

Concernant l'imprévision en droit privé, l'auteur retrace les courants doctrinaux sur la question. Il note un rapprochement des deux droits dans le traitement de l'imprévision : la jurisprudence de la Cour de cassation permet une révision unilatérale du contrat et les contrats publics comme les contrats privés intègrent des clauses de *hardship*.

BOITON B., « Révision et modification des conditions financières des concessions de service public et réglementation européenne des aides d'État », Contrats publics, n°209, Mai 2020, p. 76

Les conditions de l'octroi d'indemnités peuvent entrer en contradiction avec la réglementation relative aux aides d'État pour les SIEG structurellement déficitaires. La révision de la compensation ne peut méconnaître la 3^e condition de l'arrêt Altmark (ne pas dépasser le bénéfice raisonnable du concessionnaire). Une indemnité d'imprévision n'est pas une aide d'État. Mais attention, la modification de la compensation financière versée aux concessionnaires de service public touchés par la crise devra s'analyser au regard des règles relatives à la modification des contrats mais également sous l'angle de la réglementation des aides d'État.

L'application des clauses contractuelles ainsi que la mise en œuvre des possibilités offertes par l'article L.3135-1 CCP réduiront les cas de recours à la théorie de l'imprévision.

Les futurs contrats devront traiter expressément le cas de la pandémie (en lui faisant perdre son caractère imprévisible) comme un aléa dont les conséquences financières devront être encadrées par le droit des aides d'État pour ne pas aboutir à des surcompensations prohibées.

BRENOT V., FEROLDI B., « Crise sanitaire et commande publique », Droit Administratif, n°5, Mai 2020, p. 42

« La nécessité de répondre de façon quasi immédiate à des besoins résultant de la crise sanitaire, est incompatible avec la durée des procédures classiques prévues par le CCP ». Les titulaires peuvent bénéficier d'une avance de trésorerie.

Le recours aux procédures d'urgence du CCP doit être cantonné à la durée de la crise sanitaire et ses conséquences. Aucune mesure d'adaptation de ces procédures n'ayant été adoptée, cela prouve

la « confiance des pouvoirs publics dans le caractère suffisant de celles-ci pour les pouvoirs adjudicateurs pour faire face à la crise sanitaire ».

L'ordonnance 2020-305 « permet au juge de statuer sans audience sur les requêtes présentées en référé, alors que l'oral joue un rôle majeur dans ces procédures ».

Recommandation : « les titulaires de contrats publics devront s'assurer au préalable qu'ils ne bénéficient pas de conditions plus favorables dans leur contrat que celles prévues par l'ordonnance 2020-319 ».

BUY F., DUBREUIL C.-A., « Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », JCPA, n° 43, 27 Octobre 2014, 2295

Les auteurs s'interrogent à propos de la notion d'imprévision en droit public et en droit privé à l'occasion de la réforme du droit des obligations. Dès 1916, selon le juge administration les parties peuvent s'accorder à l'amiable sur les situations extracontractuelles auxquelles elles sont confrontées, par voie d'avenant. L'imprévision impose à l'administration d'aider son cocontractant en l'indemnisant de certaines charges extracontractuelles afin qu'il poursuive son exécution. Les charges résultent de la réalisation d'un risque qui dépasse les aléas inhérents aux activités économiques. Toujours en droit public, l'indemnité d'imprévision qui vise à assurer l'exécution du contrat sera versée par l'administration uniquement si elle est en désaccord avec son cocontractant ou « si l'application de l'avenant n'a pas permis de surmonter le bouleversement de l'économie du contrat ».

CAPDEBOT C., « Les impacts de l'ordonnance Covid-19 sur les concessions », La Gazette, 8 avril 2020

Les dispositions de l'ordonnance 2020-319 s'appliquent aux contrats de concession, sauf stipulation contractuelle plus favorable. Hors champ de l'ordonnance, le contrat s'applique et dans son silence, ce sont les règles issues de la jurisprudence. L'ordonnance constitue un socle minimal, et permet la prolongation des contrats en cours, un aménagement des délais d'exécution et des sanctions, et confère un soutien financier aux concessionnaires. La notion de « charge manifestement excessive » va donner lieu à des difficultés d'interprétation. Aucune indemnité n'est prévue lorsque le concessionnaire doit simplement adapter le contrat. Le versement de l'indemnité compensatrice dépendra de l'interprétation retenue par l'autorité concédante, entraînant des risques de contestations.

CATTIER R., GIVORD L., « L'exécution des concessions à l'épreuve du Covid-19 », Contrats publics, n°209, Mai 2020, p. 60

L'ordonnance 2020-319 prévoit des mécanismes d'exception. Les concessions en cours peuvent être prolongées. Des difficultés peuvent apparaître dans le cadre d'un avenant. Le concessionnaire pourrait être réticent, ou préférerait interrompre le contrat. La question se pose de savoir si le concédant pourrait utiliser son pouvoir de modification unilatérale sous réserve d'indemnisation ou utiliser les moyens de coercition contractuelle en sa possession. Pour la modification du contrat, si le concessionnaire a adopté spontanément de nouvelles mesures il devra être prudent pour

prétendre à une indemnité. Le concessionnaire devra documenter sérieusement les justificatifs de ses besoins pour avoir une avance sur le versement des sommes dues par le concédant.

Une grande prudence est également requise pour les clauses de rencontre. Pour qu'elles soient considérées comme des clauses de réexamen, notamment par le juge, elles devront être claires, précises et sans équivoque.

CLAMOUR G., « Adaptation de la commande publique à la crise sanitaire », Contrats et Marchés publics, n° 5, Mai 2020, comm. 137

La force majeure a rapidement été retenue par l'État et les collectivités ; la qualification appartient au juge, permet de résilier le contrat et d'écarter les pénalités de retard. Il y a deux types de conséquences à envisager : les conséquences de l'épidémie elle-même et les conséquences des mesures prises pour limiter la propagation de l'épidémie. L'une des difficultés du champ d'application matériel est de savoir que sont les « contrats publics ». Sur le champ d'application temporel, sont concernés les contrats courants sur la période de crise sanitaire, à compter du 12 mars 2020. Pour la procédure de passation, les délais de réception des candidatures et des offres sont allongés ; les procédures sont aménagées. Il est possible de prolonger des contrats arrivés à échéance. Au niveau de l'exécution, une dérogation à l'article R. 2191-8 CCP sur le versement des acomptes soumis à garantie à première demande est possible. Le délai d'exécution contractuel peut être prolongé. Les sanctions, pénalités ou engagements de responsabilité sont écartés mais il est possible de conclure un marché de substitution. Les contrats peuvent être suspendus.

CLAMOUR G., « La commande publique, instrument de soutien aux entreprises fragilisées par la crise sanitaire », Contrats et Marchés publics, n°7, Juillet 2020, comm. 193

L'ordonnance 2020-738 instrumentalise véritablement la commande publique. Des aménagements sont opérés. Ainsi, un contrat de la commande publique peut être conclu avec un opérateur économique n'ayant aucune assurance de pouvoir poursuivre son activité durant toute la durée du contrat. La part d'exécution du contrat à confier à des PME ou des artisans est prise en compte dans la notation, à hauteur au moins de 10% (uniquement pour la vingtaine de jours d'application des dispositions). Il manque toutefois de précision sur la neutralisation de la baisse du chiffre d'affaires pour l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats.

CLOUZOT L., « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », RFDA, 2010, p. 937

La théorie de l'imprévision a été érigée dans le but de gérer une situation exceptionnelle ; elle visait à surmonter une période perturbée, supposée être provisoire. « La tendance va désormais vers un règlement conventionnel préétabli de l'imprévision ainsi que vers une préférence affichée pour une négociation accrue entre parties ». Le recours à l'imprévision est rendu inutile du fait de l'insertion dans les contrats de formules d'indexation et des adaptations des redevances aux fluctuations économiques. L'octroi d'une indemnité d'imprévision n'est possible que si le cocontractant a continué à exécuter le contrat. L'élément primordial étant que l'évènement imprévisible ait joué dans « une mesure déjouant tous les calculs ». Dans la plupart des cas, le critère

tenant au bouleversement de l'économie du contrat ne peut tout simplement pas être constitué dans la mesure où le contrat contient des clauses de variation ou de révision : il ne peut donc pas y avoir d'imprévision. Le juge estime que le bouleversement invoqué doit revêtir une ampleur significative. Un courant doctrinal apparu au début des années 2000 soutient l'idée selon laquelle l'essence de l'imprévision résiderait non dans la continuité du service public mais dans la recherche d'un équilibre financier du contrat. Si l'essence de la théorie résidait dans la nécessité de ne pas interrompre le service, elle ne s'appliquerait qu'en cours d'exécution du contrat, afin de permettre aux parties, et plus particulièrement au cocontractant de l'administration, d'assurer leurs obligations réciproques. Il semble alors difficile dans ces conditions de soutenir qu'au nom de la continuité du service public, une indemnité d'imprévision soit accordée alors que le contrat a été exécuté, puisque dans cette hypothèse « la continuité du service public n'est plus menacée ».

COCHET L., « Commande publique et pandémie : un premier aperçu de l'état d'urgence sanitaire », JCPA, n° 13, 30 Mars 2020, 2077

Malgré l'ordonnance, le cocontractant devra toujours apporter tous les éléments de preuve des incidences de la crise sur les contrats en cours.

L'ordonnance demeure silencieuse sur plusieurs points, notamment sur les incidences financières des périodes de suspension d'exécution. Cela laisse la possibilité d'utiliser les théories jurisprudentielles traditionnelles.

La force majeure est exonératoire de responsabilité mais l'indemnisation est limitée. L'article 18.3 du CCAG Travaux semble consacrer malgré tout un droit à indemnisation.

Titulaires et acheteurs devront chacun leur part assumer les conséquences financières de la crise.

COMMISSION EUROPEENNE, « Orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 », JOUE, n°C 108 I, 1^{er} avril 2020

La présente communication s'appuie sur une précédente communication de la Commission de 2015 qui était relative à la crise alors actuelle de l'asile, dans une optique de nécessité de solutions rapides et intelligentes et d'une souplesse d'action. Les directives relatives aux contrats publics ne contiennent pas de solutions pour une telle situation d'urgence extrême et imprévisible.

Plusieurs options : réduction des délais, procédure négociée sans concurrence, solutions de substitution.

Accélération de la passation :

- prendre contact avec des contractants éventuels dans l'Union ou en dehors de celle-ci par téléphone, par courrier électronique ou en personne,
- recruter des agents disposant de meilleurs contacts sur les marchés,
- envoyer des représentants directement dans les pays qui disposent des stocks nécessaires et qui peuvent assurer une livraison immédiate,
- prendre contact avec des fournisseurs éventuels pour convenir d'une mise en production, d'un accroissement de leur production ou du renouvellement d'une production.

Les acheteurs publics peuvent également envisager de rechercher des solutions de substitution et penser à collaborer avec le marché. « Dans un premier temps, pour trouver la réponse à leurs besoins immédiats ou prévus à court terme, les acheteurs devraient exploiter pleinement la

souplesse offerte par ce cadre. Dans un second temps, ils sont incités à tirer parti des outils complémentaires que sont la passation conjointe de marchés ou la participation à des initiatives de passation conjointe de marchés lancées par la Commission ». La Commission rappelle les conditions devant être remplies si le pouvoir adjudicateur se tourne vers une procédure négociée sans publicité : événement imprévisible, urgence impérieuse rendant impossible le respect des délais généraux, leur lien de causalité, une utilisation dans l'attente de solutions plus stables.

DABRETEAU J., « Après la crise sanitaire : préconisations concernant l'exécution des contrats », Contrats publics, n°211, Juillet 2020, p. 59

Le premier fondement pour réagir face au bouleversement est le contrat lui-même (obligations de notification/information des circonstances exceptionnelles rencontrées, mécanismes protecteurs pour faire face aux événements extérieurs ou imprévisibles, clauses de réexamen ou relatives aux faits nouveaux). Le deuxième fondement est la jurisprudence (pour éviter les sanctions...), mais le troisième fondement, les textes, a pris le relais rapidement car les principes jurisprudentiels ne sont pas de nature à éviter le risque immédiat de rupture de continuité des contrats. A l'issue de la suspension, les parties doivent conclure un avenant qui peut avoir une portée rétroactive. La crise engendre deux types de modifications : celles rendues nécessaires par des circonstances imprévues et les prestations supplémentaires nécessaires. La transaction peut être utile pour les cocontractants s'ils souhaitent seulement tirer les conséquences financières de sa suspension.

DAJ, Fiche technique sur l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, mise à jour Juin 2020

L'ordonnance a été adoptée afin de faire face aux difficultés rencontrées pendant l'état d'urgence sanitaire. Il n'y a pas de présomption de force majeure posée par l'ordonnance, elle doit être qualifiée au cas par cas. L'ordonnance est un socle minimal applicable nonobstant toute clause contractuelle moins favorable au titulaire. L'ordonnance concerne tous les contrats de la commande publique et les contrats publics, c'est-à-dire l'ensemble des contrats qui s'inscrivent dans la sphère publique (y compris les contrats d'occupation domaniale). Les concessions sont entendues au sens large (sous-concessions incluses). Elle s'applique aux contrats en cours ou aux nouveaux contrats à compter du 12 mars – jusqu'au 23 juillet 2020.

En matière de passation, un délai est accordé en fonction de la complexité du dossier, mais ce n'est pas obligatoire. Des modalités alternatives sont possibles.

En matière d'exécution, les contrats qui arrivent à échéance peuvent être prolongés par avenant : maximum 4 mois 11 jours (12 mars-23 juillet 2020). Un dépassement de la durée légale des contrats est autorisé. Il est possible de recourir à un tiers, mais pas aux frais du titulaire initial. Des mesures indemnitaires et de trésorerie sont adoptées dans un « objectif de solidarité nationale ». L'avance obligatoire est déplafonnée.

DAJ, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, Questions-Réponses, 24 mai 2020

Il faut être très vigilant sur l'application de la force majeure au contrat car la définition et les contours peuvent changer d'un contrat à l'autre. Des événements peuvent être inclus ou non ; une

clause de garantie exclurait l'effet exonératoire de la force majeure. Sauf clause contraire, l'imprévision permettra de renégocier le contrat.

- *Impossibilité de conclure un nouveau marché si échéance* : il est possible de prolonger par avenant le contrat en cours d'une durée nécessaire pour mener à bien une nouvelle passation. Si le titulaire refuse, il est possible de conclure un contrat sans publicité ni mise en concurrence.
- *Interruption du marché à la demande du titulaire* : La conclusion d'un marché de substitution (urgence simple ou urgence impérieuse pour les besoins ne pouvant souffrir d'aucun retard) est possible. Si le titulaire n'a pas les moyens suffisants ou pèse sur lui une charge manifestement excessive, le contrat est suspendu (pas de pénalités et pas d'engagement de la responsabilité de l'acheteur). En cas de travaux il est conseillé un constat des prestations déjà réalisées (si dommage ou défaut par la suite).
- *Passation de marchés événements sportifs ou culturels potentiellement annulés* : il est conseillé d'anticiper en prévoyant une exécution reportable ou un contrat résiliable. Il est possible de déclarer la mise en concurrence sans suite. Attention sur l'incertitude de l'acheteur : le recours à une procédure d'urgence pour « rattraper » le retard n'aurait pas l'élément d'extériorité requis pour ces procédures dérogatoires. Le juge considérerait que l'urgence est imputable au retard de l'acheteur dont il est responsable.
- *Modification du contrat car nouveaux besoins* : la DAJ se réfère au CCP, notamment pour la clause de réexamen : prestations sont nécessaires et de faible montant. La crise sanitaire est bien une circonstance imprévue mais attention au lien de causalité entre elle et les nouveaux besoins et la nécessité des modifications. La nature globale du contrat ne doit pas être changée. Si le besoin est trop substantiel : marché à publicité réduite, marché sans mise en concurrence (urgence impérieuse). Si le besoin est durable, il faut un nouveau marché de droit commun.
- *Prolongation du marché mais montant fixe ou maximum déjà atteint* : la prolongation du marché pour prestations supplémentaires augmente le montant initial du marché. Attention aux limites de 10%, 15% ou 50% du montant initial du contrat que chaque modification doit respecter selon les motifs sur lesquels elle est fondée.
- *Prolongation de remise des candidatures et des offres* : la durée et la nécessité de prolongation sont appréciées par l'acheteur. Il peut déroger à la prolongation si la prestation ne peut souffrir d'aucun retard. Un avis rectificatif est publié.
- *Prolongation de la validité des offres* : il faut impérativement avoir l'accord des entreprises sur la prolongation et la durée de validité des offres, qui sont les mêmes pour tous les candidats. Certains peuvent refuser. La remise d'un nouvel acte d'engagement en procédure négociée vaut accord implicite des candidats quant à la prorogation du délai de validité des offres.
- *Dérogation au règlement de consultation* :

- Modification ou non application du règlement de consultation : elle est possible si elle est non substantielle (ex : passer du présentiel au dématérialisé). Ex : visites de chantier, modalités matérielles des négociations, signature électronique.
- Annulation de la procédure de passation : si l'application du règlement de consultation est impossible, il est possible de déclarer la procédure sans suite – sans indemnisation.
- *Production des attestations d'obligations fiscales et sociales* : il n'y a pas de modification sur les modalités de preuve dans l'ordonnance. L'acheteur peut vérifier s'il n'a pas déjà les documents ou s'il est possible d'y avoir accès gratuitement sur la base des informations fournies. Il est possible d'octroyer un délai supplémentaire.
- *Taux de l'avance à plus de 60% pour les nouveaux marchés et ceux qui avaient initialement refusé l'avance forfaitaire* : l'autorité contractante peut revenir sur le refus initial ; c'est aussi possible pour les nouveaux marchés exécutés pendant la crise sanitaire.
- *Fournisseur réquisitionné par l'État et avance versée* : une application de la force majeure est possible ainsi que la résiliation du contrat. L'avance peut être récupérée mais il n'y a pas de délai fixé.
- *Arrêt provisoire de l'exécution, résiliation* : l'acheteur doit être informé puis peut décider la suspension de l'exécution. Acheteur et entreprise peuvent décider un délai de prolongation inférieur, égal ou supérieur à la durée de l'état d'urgence sanitaire. La suspension est possible même par simple mesure de précaution (mais indemnisation si préjudice pour le titulaire). Si la suspension suffit à surmonter les difficultés et que l'exécution peut reprendre, pas de résiliation sous peine d'engagement de responsabilité de l'acheteur.
- *Demande de suspension d'un contrat à la demande d'un titulaire* : le titulaire doit montrer de réelles difficultés d'exécution car il n'a pas de moyens suffisants ou pèse sur lui une charge manifestement excessive. Il faut s'assurer que le titulaire est dans l'impossibilité de réaliser les prestations, notamment à cause du respect des règles sanitaires de protection des salariés.
- *Suspension d'un marché de travaux* : l'ordre de service doit être écrit, daté, numéroté, motivé et adressé au titulaire. Une constatation contradictoire des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés doit être réalisée, suivie d'un constat rédigé. Il est possible de prendre une décision d'ajournement des travaux.
- *Paiement et indemnisation si suspension de l'exécution* :
 - Règlement des marchés à prix forfaitaire : le règlement des prestations est sans délai (automatique si dates d'échéances précises) par dérogation temporaire à la règle du service fait. S'il y a une nécessité de constater les prestations, lors de la reprise du contrat un avenant devra préciser les sommes dues réciproquement sur la base de ce qui a déjà été exécuté ou déjà été payé.
 - Indemnisation des charges d'ajournement occasionnées par une suspension décidée par l'acheteur alors que le titulaire voulait et pouvait continuer l'exécution du contrat.

- Indemnisation des frais de garde et de surveillance ainsi que des dommages sur chantier, pour les marchés de travaux suspendus.
- Suspension des loyers et redevances en cas de suspension par l'autorité contractante d'un contrat de concession.
- *Calcul des sommes dues au titulaire pour perte d'exploitation et chômage partiel* : pas de prise en compte des allocations d'activité partielle dont l'entreprise a pu bénéficier.
- *Indemnisation du titulaire si résiliation* :
 - Indemnisation des dépenses engagées directement imputables à l'exécution des prestations non réalisées ou annulées, même si clause contractuelle l'excluant.
 - Indemnisation du manque à gagner si le contrat ne l'exclut pas et en dehors des cas de force majeure.

De LAUBADERE A., MODERNE F., DELVOLVE P., Traité des contrats administratifs, t.2, LGDJ, 1984, 2^e éd., p 556

L'indemnisation intégrale couvre toutes les dépenses effectivement engagées (*dammum emergens*) et le bénéfice légitime (*lucrum cessans*). L'indemnité d'imprévision doit contribuer à la continuité du contrat ; une demande d'indemnité d'imprévision n'est pas compatible avec une demande de résiliation. Il n'y a pas lieu de tenir compte du moment de la période contractuelle où la demande d'indemnité est présentée. Il faut déterminer le point de départ de la période extracontractuelle et le calcul de la charge extracontractuelle.

La répartition de la charge extracontractuelle de l'imprévision s'opère selon plusieurs éléments :

- Le déficit que le cocontractant aurait normalement envisagé de supporter au moment de la conclusion du contrat
- Le comportement du cocontractant ; efforts, négligences ou insuffisances, qualité de sa gestion
- L'attitude de l'administration : bienveillance, mauvaise volonté (le cas échéant : dommages et intérêts).

DESJARDINS C., « Covid-19 et commande publique : faire face à la crise », Contrats et Marchés publics, n°5, Mai 2020, prat. 5

La principale difficulté est relative à la tenue des délais. L'ordonnance autorise des dérogations, notamment des délais additionnels pour la passation. Pour l'exécution, une demande expresse de prolongation peut être formulée. L'auteur recommande de faire un décompte régulier des surcoûts induits par la poursuite d'une concession imposant pour le concessionnaire 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, afin d'en obtenir l'indemnisation sur le fondement de l'article 6, 6° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020.

DREYFUS J.-D., « Covid-19 et contrat public », AJ Contrat, 2020, p. 187

Le premier réflexe du juge pour les contrats publics en cours est d'appliquer les stipulations contractuelles. Une autre possibilité est le recours à la théorie de la force majeure et à la théorie de l'imprévision. Pour cela, il faut que le CCAP permette une suspension du contrat. Dans la négative, il faut se référer aux CCAG pour la prolongation ou la résiliation. Il est également possible d'appliquer l'ordonnance *ad hoc* du 25 mars 2020 qui assouplit les règles de passation et d'exécution, notamment en matière financière. Enfin, en cas de retard de paiement du titulaire, un versement d'intérêts moratoires et d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est envisageable.

Pour les contrats publics à venir, si la passation est déjà engagée les délais de remise des candidatures et des offres peuvent être prolongés. Les règles de mise en concurrence dans le respect de l'égalité de traitement des candidats sont assouplies. Pour les futures passations, il est possible de substituer le titulaire sans que cela ne soit une faute contractuelle et les délais de publicité peuvent être réduits. Attention aux conditions qui sont interprétées restrictivement par la CJUE en cas de passation d'un marché en procédure négociée sans avis. Des marchés peuvent être passés au titre de l'art. L.2512-3 CCP (marchés exigeant le secret ou des mesures particulières de sécurité) si la condition d'intérêt essentiel de l'État est remplie.

DREYFUS J.-D., « La commande publique aux temps du covid-19 », AJCT, 2020, p. 253

Ordonnances 2020-319 et 2020-460.

Pour les modifications imposées par le pouvoir adjudicateur, il s'agira principalement de savoir si l'exécution du contrat pourra reprendre ou s'il est définitivement résilié. Les pénalités ne seront pas appliquées. Pour les hypothèses où un avenant serait nécessaire, les textes d'urgence sanitaires ne semblent pas exclure la possibilité pour les conseillers de voter la passation des contrats. Attention toutefois à l'application dans le temps de ces textes, les dispositions relatives à la procédure de passation ne seront plus applicables à la fin de l'état d'urgence sanitaire. Des délibérations du conseil municipal peuvent être indispensables pour certains points, notamment pour autoriser le maire à signer des contrats de prêt. En matière d'occupation du domaine public, le cocontractant voit le versement des redevances momentanément suspendu.

DUBREUIL C.-A., « Conditions de versement d'une indemnité d'imprévision », AJDA, 2020, p. 796

CE, 21 octobre 2019, Sté Alliance, n°419155

En l'espèce, « le déficit subi par le délégataire ne trouvait pas son origine principale dans un fait extérieur et imprévisible, excluant dès lors la théorie de l'imprévision ».

Le juge définit l'imprévision mais il subsiste une interrogation sur la formule retenue et sur son application aux faits : « une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat ».

En jurisprudence, l'imprévisible est déterminé par rapport à ce qui n'est pas prévisible (fréquence des événements, précédents) : c'est une définition de façon négative.

« L'indemnité d'imprévision peut être demandée du moment où soit la cause du bouleversement du contrat soit ses conséquences sont jugées imprévisibles ». Les aléas propres à la vie des affaires sont exclus.

Il semble dans cet arrêt que l'élément invoqué ne soit pas extérieur à l'entreprise, déjà fragile. Le Conseil d'Etat estime que l'imprévision entraîne le versement d'une aide financière que si sa cause est indépendante de l'action du cocontractant. Il existe une disparité de la doctrine sur la condition d'extériorité : soit aux deux parties, soit elle trouve sa cause dans un fait de l'administration. L'auteur dénonce le « sempiternel débat » sur la frontière entre le fait du prince (réparation intégrale du préjudice, clause exonératoire de responsabilité possible) et l'imprévision (indemnisation partielle). Le juge doit rechercher si le bouleversement tient sa cause directe et certaine dans le fait invoqué par le partenaire ou une autre cause. La théorie de l'imprévision peut être invoquée après que le contrat a cessé d'exister, fût-ce du fait d'une résiliation prononcée par le juge.

En matière de responsabilité contractuelle, le requérant peut demander l'indemnisation des pertes subies durant la période d'exécution du contrat sur ce fondement après avoir invoqué l'imprévision. Pour l'auteur, « la frontière séparant imprévision et responsabilité peut parfois sembler poreuse, notamment lorsque l'on envisage la faute que pourrait commettre l'administration en refusant obstinément de négocier avec son cocontractant des conditions nouvelles permettant la poursuite du contrat ».

ECKERT G., « Covid-19 et commande publique : 3 questions à... Laure Bédier », Contrats et Marchés publics, n° 5, Mai 2020, entretien 2

L'objectif de l'ordonnance est de répondre aux difficultés rencontrées par les entreprises dans l'exécution de leur contrat mais aussi d'assurer la continuité de la satisfaction des besoins des personnes publiques. Toutes les mesures prises doivent être liées à l'épidémie.

Les principales difficultés concernent les contrats en cours. L'ordonnance prévoit des mesures d'adaptation pour les procédures en cours ou en cas de défaillance du titulaire.

Les acheteurs publics et les autorités concédantes peuvent anticiper les difficultés de trésorerie des opérateurs économiques et proposer des solutions temporaires : déverrouiller les conditions des versements des avances, maintenir le paiement des marchés à prix forfaitaire, interrompre les versements des concessionnaires au concédant.

ECKERT G., « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », Contrats et Marchés publics, n°6, Juin 2020, étude 4

Le droit spécial temporaire, adapté pour faire face à la crise sanitaire, marque un recul de la liberté contractuelle. Le droit spécial est combiné avec le droit commun des contrats. La condition de nécessité de lien avec l'épidémie « est amenée à être plus difficilement remplie au fur et à mesure de la mise en œuvre des modalités de confinement et de la reprise des activités économiques ». L'adaptation du droit de la commande publique vise la continuité de la satisfaction des besoins publics. Les contrats peuvent notamment être adaptés ou prolongés. Les dispositions visent également le soutien des opérateurs économiques. Le régime des avances est revu, de même que la règle du service fait.

Le droit spécial préfigure peut-être des évolutions plus profondes du droit de la commande publique. Le droit de la commande publique pourrait être davantage interventionniste « dans le Monde du "jour d'après" » : politique environnementale, sociale, industrielle.

FOULQUIER N., « Les occupants de la propriété publique et la Covid-19 », RDI, 2020, p. 364

- Occupants du domaine privé

Il n'y a pas de dispositions pour les occupants du domaine privé. Ils bénéficient de l'ordonnance 2020-316 (relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises) et du fonds de solidarité créé par l'ordonnance 2020-317. Toutefois, « le législateur a pensé à tout sauf aux occupants du domaine privé titulaires de contrats administratifs » car ils paient des redevances et non des loyers.

- Occupants du domaine public

Le champ d'application de l'ordonnance 2020-319 oublie les titres unilatéraux : « les titulaires d'autorisation domaniale unilatérale n'auront pas droit à la dispense temporaire de paiement de leur redevance domaniale ».

L'ordonnance 2020-319 « autorise une prolongation des contrats domaniaux sans procédure de sélection pour pallier l'impossibilité pour l'administration d'en mettre une en place dans un délai proche. Il faudra s'en souvenir une fois passée cette crise sanitaire ».

Concernant la suspension des sanctions pour non-paiement des loyers, c'est la capacité financière à payer ses loyers qui détermine l'octroi de la dispense, et pas seulement l'impossibilité d'exercer son activité.

GARNIER C., « Covid-19 : les contrats de la commande publique fortement impactés ! », Revue Lamy de la concurrence, n° 93, Avril 2020

La loi du 23 mars 2020 impacte les contrats de la commande publique. En matière de passation, les délais de publicité sont réduits. Les contrats de concessions peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence (R.3121-6CCP) en cas d'urgence et d'impossibilité à faire assurer le service concédé. Il faut deux conditions : la continuité pour motif d'intérêt général et la durée ne doit pas excéder celle requise pour une nouvelle procédure. La crise de Covid-19 répond aux conditions de la force majeure mais sa mise en œuvre doit être réalisée conformément au CCAG.

GAUCH G., MILLARD R., « L'exécution des différentes catégories de marchés publics à l'épreuve du Covid-19 », Contrats Publics, n°209, Mai 2020, p. 40

La pandémie empêche l'exécution des obligations contractuelles, interrompt l'activité du fait du confinement et engendre une pénurie de main d'œuvre et des difficultés d'approvisionnement. L'ordonnance du 25 mars tente de limiter les conséquences sur les contrats publics. Afin de soutenir les titulaires en difficulté, les pénalités sont suspendues. Toutefois, leur responsabilité peut être engagée s'ils n'apportent pas la preuve que les difficultés sont liées à la crise sanitaire. Les délais d'exécution peuvent être prolongés, les parties modulant la durée. La prolongation passe par un ordre de service ou un avenant. Les avances sont également déplaçonnées et les parties peuvent modifier les conditions de versement de l'avance. Si un bon de commande est annulé ou que le marché est résilié, le titulaire chiffre son préjudice et démontre son caractère certain.

L'auteur rappelle les conditions dans lesquelles doit être prononcé l'ajournement d'un marché de travaux, et les conséquences qui en découlent. La décision doit être mûrement réfléchie.

Côté acheteurs, ces derniers peuvent prolonger la durée des contrats arrivant à terme pendant la période de l'état d'urgence sanitaire. Un tiers peut exécuter le marché si celui-ci ne peut souffrir d'aucun retard. Enfin, dans la limite des conditions fixées par le code de la commande publique, les conditions d'exécution du marché peuvent être modifiées.

GUELLIER P., EKINCI A., « Passation des contrats de la commande publique en situation d'urgence », Contrats publics, n° 209, Mai 2020, p. 25

Les modalités de passation des marchés publics peuvent être assouplies en cas d'urgence « simple ». Les acheteurs devront veiller à respecter les procédures accélérées et la transparence. L'urgence « impérieuse » quant à elle permet de dispenser la passation de toute publicité. L'acheteur doit faire attention à évaluer correctement le besoin. L'obligation d'information est maintenue, ainsi que le rapport d'information et l'obligation du respect du délai de *stand still*.

HEYMANS X., SERY L., « Poursuite des chantiers en période de Covid-19 : prolongation de délai, indemnisation et résiliation », JCP A, n° 27, 6 Juillet 2020, 2193

L'interruption du chantier par le maître de l'ouvrage est un préjudice théoriquement indemnisable au titre du sous-amortissement des frais généraux du fait du décalage de trésorerie provoqué par l'ajournement, des frais d'immobilisation du personnel qui ne peut pas être réaffecté sur d'autres chantiers, des frais de stockage de fourniture, de l'immobilisation du matériel.

En ce qui concerne l'indemnisation après reprise des marchés, l'article 14 du CCAG Travaux s'applique si le maître d'ouvrage est disposé à indemniser. Si le maître d'ouvrage n'est pas disposé à indemniser, une indemnisation partielle peut être versée au titre de la théorie de l'imprévision, ou une indemnisation totale au titre des sujétions imprévues. Demeurent toutefois des incertitudes sur cette notion en jurisprudence (au niveau du seuil et de savoir si la difficulté est d'ordre matériel ou non car « technique » n'est pas toujours accolé à « sujétion »).

HOEPFFNER H., « Du confinement au déconfinement : l'urgence sanitaire jusqu'à quand ? », Contrats et Marchés publics, n° 7, Juillet 2020, repère 7

A la suite de l'adoption de l'ordonnance 2020-319, on peut se demander si le droit dérogatoire est source de sécurité ? Plusieurs temps dans l'épidémie :

1/Croissance de l'épidémie : recherche de solutions de droit commun (contrats et CCAG, théories jurisprudentielles, CCP)

2/Réactions à l'épidémie, confinement : mise en place d'un droit dérogatoire temporaire sans automaticité.

3/Recul de l'épidémie, déconfinement : retour du droit commun et extinction progressive du droit dérogatoire. C'est une période de zones d'ombres.

« L'après », qui ne sera pas « l'avant » dès lors que la situation sanitaire dure, n'a pas été suffisamment pensé. Il manque, dans le code de la commande publique, un principe de bonne foi fondant une obligation de négocier et de collaborer.

HOEPFFNER H., « L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publics, n°8-9, Août-Septembre 2020, étude 6

L'exécution des contrats reprend mais de manière très dégradée. De nombreux surcoûts sont identifiés : des surcoûts directs, liés à la période d'interruption et des surcoûts liés aux nouvelles modalités d'exécution (liés à la mise en œuvre des préconisations sanitaires et aux pertes de rendement). Ces derniers seront difficiles à chiffrer et à répartir.

Les ordonnances sont le vecteur d'une politique interventionniste mais ne règlent pas le droit à indemnité des entreprises. Tout repose sur la négociation et le devoir d'exemplarité (dispositifs de concertation). En matière d'application des dispositions contractuelles, nombre de contrats proposent des solutions en cas de force majeure. Il est possible le cas échéant de conclure un avenant pour fixer la répartition des surcoûts. Les dispositions sont applicables si elles sont plus favorables au titulaire. Le droit dérogatoire peut également être appliqué, mais les ordonnances apparaissent moins protectrices que la jurisprudence à propos de l'indemnisation en cas de résiliation. Enfin, en matière de droit commun, le code de la commande publique organise notamment la modification du contrat. « La solution pérenne est de négocier une solution équitable permettant la poursuite de l'exécution du contrat grâce à sa modification ».

IDOUX P., « Les interventions publiques économiques urgentes dans la crise du Covid-19 », Droit Administratif, n°5, Mai 2020

L'auteur appelle à la distinction entre « les mesures d'extrême urgence et les mesures qui seront prises pour remédier à plus long terme aux effets de la crise économique et pour en tirer les leçons » Trois constantes fondamentales de l'intervention publique dans l'économie sont dégagées. Les mesures adoptées témoignent d'une action pragmatique disposant de leviers variés, des forces et faiblesses d'une organisation à plusieurs niveaux, et la recherche d'un équilibre entre garantie collective et responsabilité individuelle. Les mesures européennes et nationales sont complémentaires. L'UE dessert des contraintes, notamment en matière budgétaire et d'aides d'État. Au niveau national, ce sont les mesures de garanties d'emprunt qui visent à aider les entreprises. L'auteur appelle à une réponse collective à la crise entre les États membres.

IGD, « L'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire », Les Précis de l'IGD, n°2, Juillet 2020

Le juge administratif n'a jamais eu à se prononcer sur la qualification de force majeure d'une pandémie, contrairement au juge judiciaire. L'application du régime juridique de la force majeure (qui n'est pas d'ordre public) dépendra des stipulations contractuelles. La prévisibilité s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Si une épidémie pouvait être envisageable, les mesures drastiques qui l'ont suivie, non. S'il existe des désaccords, l'opérateur économique pourra saisir le médiateur des entreprises, le Comité consultatif de règlement amiable des différends ou le juge administratif.

D'après la théorie de l'imprévision, l'exécution du contrat doit être assurée. L'administration doit accorder une aide au cocontractant de droit privé. Le titulaire prend « à sa charge le coût de l'aléa économique normal inhérent à tout contrat ».

En ce qui concerne le fait du prince, il est probable que les mesures liées à la crise sanitaire aient pour effet de créer un préjudice économique pour les cocontractants. La mesure doit émaner de l'autorité publique contractante. Il faut une altération d'une donnée essentielle du consentement du cocontractant. Il y aura une indemnité compensatrice du préjudice causé.

La compensation des surcoûts doit couvrir l'ensemble des périodes pendant lesquelles les mesures sanitaires supplémentaires sont justifiées. Celles-ci sont au nombre de trois : confinement, déconfinement, retour à une exécution « optimale » du contrat. Les surcoûts couvrent la perte de productivité, les coûts supplémentaires et la dégradation des recettes commerciales pour les concessionnaires.

La crise sanitaire ne pouvait pas faire partie de l'équation économique de départ. Il faut se référer au contrat ou aux textes adoptés pour gérer la crise. Mais il est difficile pour le moment de mesurer l'impact sur les recettes, notamment à long terme.

Les pénalités contractuelles doivent être prévues dans le contrat ou ses avenants. Elles ont une fonction réparatrice (du préjudice subi par l'administration).

Une approche au cas par cas pour chacune des obligations pouvant donner lieu à l'application de pénalités contractuelles est préconisée, et ce en fonction de la nature des obligations (exécutables dans les délais contractuels ; momentanément inexécutables [pas de pénalités] ; momentanément inexécutées [à négocier pour étalement dans le temps]). La voie de la négociation contractuelle est préférable.

JACOT N., « La notion de force majeure dans les contrats publics », Mélanges M. Guibal, 2006, p. 275

L'auteur rappelle la notion classique de force majeure qui est exonératoire. Les conditions de recevabilité sont les mêmes qu'en droit privé : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité. La force majeure administrative quant à elle est un motif de résiliation de contrat. Les conditions de recours sont réduites à deux : circonstances extérieures et imprévisibles. L'auteur propose une nouvelle catégorie : la force majeure indemnitaire. Le juge administratif retient parfois la force majeure seulement pour indemniser le cocontractant sur lequel elle fait peser des charges nouvelles. La force majeure justifie des aménagements qui permettent de poursuivre le contrat. C'est une combinaison des conditions de la force majeure exonératoire et de l'effet indemnitaire de l'imprévision.

JEGOUZO L., « L'application de la force majeure en droit des contrats », Mélanges en l'honneur de L. Richer, LGDJ, 2013, p. 355

L'auteur étudie l'application de la force majeure dans les contrats privés. En droit public, la force majeure revêt un caractère exonératoire en matière de responsabilité contractuelle. Ses conditions de recours sont les mêmes qu'en droit privé. La force majeure n'a de réel intérêt que pour une seule des deux parties : le cocontractant qui seul cherche à s'en prévaloir pour éteindre ses obligations contractuelles, qui est bien évidemment la partie la plus faible.

JOURDAN F., « Comment la commande publique s'adapte-t-elle à la crise sanitaire ? », JCP G, n° 15 – 13, Avril 2020, 473

L'ordonnance ne vise qu'à répondre aux conséquences de la crise covid-19 et toutes les dérogations devront être appréciées au cas par cas sous le contrôle du juge. L'ordonnance prévoit une prolongation des procédures de consultation.

Une entreprise qui ne peut pas ou plus exécuter son contrat doit le consulter afin de vérifier ce qu'il prévoit en cas de force majeure. Elle doit ensuite constituer des preuves afin de démontrer qu'elle ne peut plus exécuter ses prestations. Si les conditions de la force majeure sont réunies, il conviendra de vérifier les stipulations du contrat pour déterminer si les entreprises sont bien déchargées de leur responsabilité contractuelle dans cette hypothèse.

LAURET R., VIGIER M., « La modification des contrats de la commande publique consécutive à l'épidémie de Covid-19 », Contrats publics, n°209, Mai 2020, p. 51

Le cadre juridique de la modification contractuelle est marqué par la dualité du droit commun. Les consultations engagées avant 1^{er} avril 2016 sont encadrées par l'article 20 du CMP. L'attention portera sur l'objet du marché et son possible bouleversement. Pour les consultations engagées après 1^{er} avril 2016, la modification ne pourra intervenir que selon trois hypothèses. La clause de réexamen ou de RDV aura dû prévoir une modification « claire et univoque » en amont. Les circonstances imprévues (sauf si le contrat a été conclu après les mesures sanitaires) pourraient justifier la modification du contrat. Enfin, des modifications non substantielles peuvent être envisagées.

A titre dérogatoire, des modifications sont permises. Ainsi, la durée du contrat peut être modifiée au profit d'une prolongation contractuelle. Enfin, l'ordonnance autorise une modification des conditions de versement de l'avance ainsi que son taux.

LICHERE F., « Catastrophes naturelles, calamités publiques et droit des contrats publics », AJCT, 2020, p. 407

Les calamités publiques sont rarement prises en compte en droit des contrats publics. Il y a une occurrence dans le CCP (R.2322-4) et dans le CCAG Fournitures (pas dans le CCAG Travaux). Il n'y a que très peu d'occurrences dans la jurisprudence. Le Code civil ne reconnaît pas ces notions. Les catastrophes naturelles et les calamités publiques « se retrouvent englobées dans d'autres notions, à l'image de l'imprévision et de la force majeure ». Les points communs des notions sont qu'elles sont imprévisibles, empêchent ou affectent l'exécution des contrats.

L'article traite de « savoir en quoi et comment les catastrophes naturelles et les calamités publiques empêchent l'exécution des contrats administratifs ».

- *La résiliation pour force majeure prononcée par la personne publique :*

Il n'y aura résiliation que si la force majeure rend le contrat sans objet. En ce sens, les mesures gouvernementales peuvent rendre certain ce fait-là. En présence de circonstances exceptionnelles, un report est possible, sans qu'il soit nécessaire de résilier le contrat et de relancer la procédure, même si cette dernière solution est certainement plus sûre juridiquement. Les modifications

financières devront tenir compte du CCP tandis que pour les concessions, il n'y a pas réellement d'hypothèse de résiliation.

Du point de vue procédural, la personne publique doit pouvoir résilier unilatéralement sans recourir au juge (prévu dans CCP) ; ce sera une résiliation sans indemnisation du manque à gagner (mais indemnisation de la part non amortie du bien).

- *La résiliation pour force majeure demandée par le cocontractant*

Elle est acceptée de longue date par la jurisprudence administrative, bien que les conditions soient rigoureusement interprétées du fait de l'intérêt général du contrat. L'auteur précise que l'irrésistibilité s'apprécie au regard des capacités du cocontractant et que l'imprévision qui s'inscrit dans le temps autorise les parties à demander au juge administratif la résiliation pour « force majeure administrative ».

- *Les dispositions de l'ordonnance n°2020-319 relative à la suspension*

Les pénalités sont dispensées au-delà des conditions de la force majeure, notamment s'il y a une « charge manifestement excessive » pour le titulaire ; l'interprétation de la notion est subjective.

L'ordonnance contient des formules énigmatiques et ne permet pas de savoir s'il existe un droit à avenant pour le cocontractant. Elle ne fait que répéter qu'on peut toujours modifier un contrat par avenant, sous réserve de respecter les règles relatives à la modification des marchés publics.

Toutes les concessions sont visées dans l'ordonnance.

- *Les questions liées à la suspension du contrat pour cause de force majeure laissées en suspens*

L'une des questions est la formalisation de la demande de suspension et à la personne à l'origine de cette formalisation : normalement, ce devrait être à la partie qui invoque la force majeure et demander la suspension. Il peut y avoir une suspension de fait.

L'autre question est relative à l'indemnisation des frais liés à la suspension et à l'incidence de la personne à l'origine de la suspension : si la personne publique suspend, les frais supportés seront supportés par elle. Sinon, sauf clause contractuelle contraire, il n'y aura pas d'indemnisation des surcoûts.

Il est souhaitable que les futurs CCAG puissent proposer des modèles de clauses « épidémie » ou « pandémie ».

LICHERE F., « La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique », AJDA, 2020, p. 1105

La question des surcoûts liés à l'exécution dégradée des contrats n'est pas suffisamment réglée par le droit actuel.

- *Insécurité juridique des règles particulières* : peu de solution dans les CCAG et amphibologie de l'ordonnance.
- *Insécurité dans l'application de l'imprévision* : quand dater l'imprévisibilité ? Appréciation du bouleversement du contrat ? Quelle répartition de la prise en charge financière des surcoûts, et comment établir ces derniers ?

La théorie actuelle de l'imprévision ne répondra pas à l'objectif de relance économique.

- *Création disposition légale sur imprévision* : application chronologique selon conclusion avant ou après état d'urgence sanitaire, modulation de la prise en charge des surcoûts. Calcul des surcoûts laissé aux parties qui devraient se mettre d'accord sur le montant des surcoûts. Filtre constitutionnel de cette disposition contournable.

- *Répartition de la charge finale des surcoûts* : assumées par l'État (mais rationalisation des dépenses incompatible) ou par les autorités contractantes (risque de résiliation de contrat faute de moyen) ? solution intermédiaire pour une répartition vertueuse des surcoûts.

La circulaire du 1^{er} Ministre en date du 9 juin 2020 a invité les ministres à prendre en charge l'indemnisation, au moins en partie, de ces surcoûts. Une note de la Direction des achats de l'Etat du 16 juin 2020 s'avère plus restrictive, en particulier en condamnant toute indemnisation forfaitaire des surcoûts. Ces textes ne valent que pour les services de l'État. Le gouvernement a renoncé à créer un droit à la prise en charge des surcoûts

LICHERE F., « L'exécution des contrats publics au risque de la crise sanitaire », à paraître

Le contrat est avant, selon la formule d'Hauriou, « la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ». Or, la crise sanitaire est précisément de ces faits qui bouleversent profondément les prévisions établies par la volonté humaine. Face à un tel événement, le contrat doit d'adapter. La crise sanitaire a été le témoin d'adaptations contractuelles à tous niveaux, que l'on peut égrener *decrecendo* et analyser, ce qui est proposé dans l'article.

- *Adaptation par la résiliation* ;
- *Adaptation par la suspension* ;
- *Adaptation par la modification* ;
- *Adaptation par l'indemnisation*.

LINDITCH F., « Crise sanitaire et contrats publics : libres propos sur la force majeure », JCP A, n° 16, 20 Avril 2020, p. 2123

Le régime juridique de la force majeure constitue une norme jurisprudentielle. Elle est toutefois un fait juridique, donc elle a une existence propre et indépendante de l'intervention des acteurs juridiques. Elle n'a pas besoin d'un acte juridique pour exister et produire des effets.

D'après l'article 1218 C.civ., si la force majeure dispense de l'exécution de l'obligation, elle n'entraîne pas nécessairement la disparition du contrat. Ce n'est donc que si l'empêchement est définitif que le contrat est résolu. La force majeure a un effet relatif sur le contrat. Les effets sont non sur le contrat mais sur ses obligations. L'appréciation de l'empêchement se fait obligation par obligation. Le juge du contrat pourrait se prononcer sur l'effet de la force majeure sur tout ou partie du contrat.

LINDITCH F., « Crise sanitaire et marchés publics : FAQ de la Fédération nationale des travaux publics », Contrats et Marchés publics, n°6, Juin 2020

Il est possible de solliciter un report de remise d'offre. Il faut toutefois veiller à l'égalité d'accès entre les concurrents. Un report est également possible pour attester la régularité fiscale et sociale, sauf si dissimulation par le candidat. Le suivi des marchés est assuré par les maires et présidents

des EPCI. L'ajournement du marché est possible à la demande des entreprises ou des donneurs d'ordre. Il faut garder toute trace écrite des échanges et un constat contradictoire. En cas de non-respect des obligations contractuelles, une prolongation des délais est envisageable, ainsi que la possibilité de conclure de marché de substitution, sans attribuer de sanction au titulaire. L'annulation d'un bon de commande ou la résiliation d'un marché de la commande publique est indemnisée. L'interruption du chantier doit être suivie d'une clarification des conditions de garde du chantier. Les contrats liés peuvent être interrompus pour cause de force majeure. Les contrats arrivant à échéance entre le 12 mars et la fin de l'état d'urgence sanitaire peuvent être reconduits. Sous certaines conditions, les factures peuvent être envoyées en PDF sans envoi postal.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « La théorie de l'imprévision est-elle dépassée ? », Contrats-Marchés publics, Mars 2018, repère 3

L'imprévision « peut encore servir de garde-fou dans des périodes de crise exceptionnelles. Mais force est d'admettre que son utilité pratique est inversement proportionnelle à la renommée dont elle jouit ».

Les textes issus de la transposition des directives prévoient la possibilité d'insérer des clauses de réexamen. Il est possible d'y prévoir les conséquences de circonstances imprévisibles ou d'assouplir les conditions d'indemnisation du cocontractant posées par la jurisprudence.

Les textes prévoient également la modification du contrat en cas de circonstances que l'autorité contractante ne pourrait prévoir. L'imprévision peut voir sa survie dans les outils mis à disposition dans les textes.

L'imprévision au sens de 1195 C.Civ. va plus loin :

	<i>Droit privé</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Conditions de l'imprévision</i>	Exécution onéreuse excessivement	Bouleversement de l'économie du contrat
<i>Droit des parties</i>	Adaptation du contrat par renégociation Liberté contractuelle plus large	Renégociation uniquement si situation définitive de déséquilibre
<i>Pouvoirs du juge, droit des parties d'y recourir</i>	Les parties peuvent demander au juge d'adapter le contrat	Le juge administratif ne se reconnaît pas un tel pouvoir

MESTRES J., « L'impact de la crise sanitaire sur l'exécution des marchés publics de travaux », Contrats publics, n°209, Mai 2020, p. 45

Les ordonnances ainsi que le guide de l'OPPBTP facilitent l'exécution des travaux. Les acheteurs peuvent apporter un soutien financier aux entreprises. Le contrat peut être suspendu ou résilié. L'ordonnance ne précise pas si l'indemnisation présente un caractère exhaustif ou non. Le pouvoir de sanction est limité par l'ordonnance 2020-319. Les textes et les réponses de la DAJ restent toutefois silencieux sur la période de réception des travaux. Les dispositions générales sont donc ici applicables. Des difficultés peuvent survenir après la réception des travaux, qu'aucun texte ne règle. Il faudra donc être prudent et attendre les premières jurisprudences.

MORICE E., « Les obligations et les risques encourus en matière de sécurité par le maître de l'ouvrage public lors de la reprise des chantiers », Contrats publics, n°211, Juillet 2020, p. 46

Le maître de l'ouvrage doit veiller à la prévention et à la protection de la santé des intervenants. Il doit désigner un coordonnateur compétent et organiser les rapports entre ce dernier, le maître d'œuvre et les entreprises. Le maître de l'ouvrage a la possibilité de désigner un référent Covid-19. La responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage pourrait être engagée s'il s'avère qu'il a négligé ses obligations de sécurité. Il risque également d'engagement de sa responsabilité civile ou pénale vis-à-vis des tiers.

NICINSKI S., « Le droit public des affaires face à la crise sanitaire », AJDA, 2020, p. 1717

Les mesures de confinement se sont heurtées aux libertés économiques ; s'en sont suivis nombre de contentieux. Le droit des aides d'État a également fait l'objet de communications de la part de la Commission européenne. Le droit de la commande publique a été mobilisé de 2 manières : pour faciliter l'achat public et comme soutien aux entreprises. L'ordonnance prévoit un marché public de substitution si défaillance du titulaire. L'auteur s'interroge ; cela ne s'apparente-il pas un régime spécifique de résiliation pour inexécution non fautive ? La notion de charge manifestement excessive est peu utilisée en droit des contrats administratifs. L'auteur suppose « qu'il faut l'interpréter à la lumière des stipulations du contrat, qui doivent permettre de déterminer jusqu'à quel point il incombe au titulaire d'absorber les conséquences d'évènements extérieurs venant impacter l'exécution du contrat. On peut aussi supposer qu'elle s'apprécie différemment en fonction des diverses phases de confinement, puis de déconfinement ». L'auteur espère que l'ordonnance ne déclenche ni abus, ni contentieux excessifs.

NOGUELLOU R., « Les marchés publics et concessions face à la crise sanitaire », RDI, 2020, p. 360

L'objectif des dispositions est de soutenir les entreprises, de faire de la commande publique un outil de relance économique et d'exécuter correctement les contrats conclus. Demeure toutefois une grande incertitude sur la notion de « contrat public » de l'ordonnance 2020-319.

- Règles sur la conclusion des contrats

Jusqu'au 10 juillet 2021, une entreprise admise à une procédure de redressement judiciaire mais bénéficiant d'un plan de redressement ne peut être exclue. Cela est discutable pour les concessions car « ces contrats supposent des entreprises particulièrement robustes, sur une durée longue, ce qui paraît peu compatible avec une situation de redressement judiciaire ».

- Règles sur l'exécution des contrats

En ce qui concerne la durée, le juge devrait se montrer conciliant avec les avenants de prolongation. En matière de trésorerie, rien n'oblige les acheteurs à retenir des règles plus favorables au versement des avances. La circulaire du 9 juin 2020 soulève deux questions : la première, savoir comment il convient de raisonner en cas de prise en charge insuffisante par l'État maître de l'ouvrage ? La seconde, comment raisonner pour les marchés passés par les collectivités territoriales ?

Il faut s'assurer que les dispositions temporaires n'ont pas conduit à des effets d'aubaine ou à l'application de règles trop strictes pour les entreprises. Un bilan chiffré de la mise en œuvre des dispositions et une étude comparative européenne seraient les bienvenus.

PIGNON S., BRACONNIER S., « Covid-19 : onde de choc sur les contrats de la commande publique », La lettre juridique Lexbase, n°818, 26 mars 2020

Les services sont dans l'incapacité de réunir les instances décisionnelles, tandis que les entreprises, surtout les plus petites, sont dans l'incapacité de remettre leurs candidatures ou leurs offres. Il y a une difficulté de mobilisation du personnel, et un approvisionnement aléatoire des titulaires.

Au niveau de la passation, certaines difficultés tiennent au fait que les exécutifs des communes ont dû rester du fait du report des élections mais leurs pouvoirs sont limités à l'expédition des affaires courantes (donc impossible de lancer de nouvelles procédures de passation). La théorie des circonstances exceptionnelles afin de passer à une légalité de crise n'offre pas la sécurité juridique et l'agilité de l'action publique attendues dans ces temps de crise.

La théorie de la force majeure n'offre qu'une réponse partielle et fortement conditionnée. L'ordonnance va faire naître un « droit de la commande publique de crise », bien que la situation des contrats de longue durée ne puisse être totalement réglée par l'ordonnance.

PIGNON S., « Coronavirus et force majeure en droit des contrats publics », Contrats et Marchés publics, n° 4, Avril 2020, veille 11

L'article tente de vérifier si l'épidémie de Covid-19 revêt les caractéristiques de force majeure. La qualification de force majeure de cette épidémie ne peut être automatique et doit être appréciée au regard des circonstances de l'espèce. Sauf si les parties s'entendent entre elles, le juge administratif apprécie l'existence d'un cas de force majeure et détermine les conséquences. Mais l'auteur émet des doutes sur la condition d'irrésistibilité, qui ne serait pas remplie par l'épidémie de Covid-19.

En ce qui concerne l'imprévision, le cocontractant assume le coût de l'aléa économique « normal » mais il peut percevoir une indemnité pour permettre la poursuite du contrat, le cas échéant fixée par le juge administratif. L'auteur reste prudente sur l'application de la théorie du fait du Prince. Si elle a l'avantage d'indemniser intégralement le cocontractant, son application à la pandémie actuelle est aléatoire. La dernière piste explorée est la théorie de la responsabilité sans faute, qui serait difficilement mise en œuvre en raison de l'exigence d'anormalité du préjudice subi.

PLESSIX B., « La force majeure administrative : une occasion manquée ? », Droit administratif, n°2, Février 2019, repère 2

L'arrêt CE, 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* est sorti du GAJA début des années 2000. Pourtant, la jurisprudence est l'élément le moins discutable du « droit vivant ».

Dans le contrat relatif à la construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, la force majeure avait été contractualisée à l'article 81 du cahier des charges. Mais le Conseil d'Etat rejette les conditions de la force majeure, donc fait échec à l'application de cette disposition. L'irrésistibilité à laquelle fait référence le Conseil d'Etat n'est pas une condition de la force majeure dans l'arrêt de 1932. Il est également très sévère sur l'extériorité par rapport aux parties, alors que le juge judiciaire

se montre de moins en moins exigeant. Josse sous-entendait dans ses conclusions de 1932 que c'est une « une théorie jurisprudentielle autonome et pragmatique, destinée à s'appliquer occasionnellement, pour permettre seulement à des parties de sortir équitablement d'un contrat administratif devenu manifestement inéquitable, sous le contrôle du juge administratif ». La force majeure est une voie intermédiaire entre la résiliation unilatérale pour faute et la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

PONTIER J.-M., « L'imprévisibilité », RDP, n°1, 1986, p. 5

Le côté « heureux » de l'imprévisible n'apparaît pas au contentieux. Est imprévu ce qui n'a pas été prévu, est imprévisible ce qui ne pouvait être prévu au moment où l'événement s'est produit. Les caractéristiques de l'imprévisibilité sont la soudaineté, l'intensité, la probabilité, la durée (ex : durée de pluies). Le cocontractant doit envisager avant la signature les difficultés qu'il peut rencontrer. L'imprévisibilité peut être supprimée par la répétition. Ce qui s'est déjà produit peut se produire à nouveau, même si la probabilité est faible. Mais on ne peut raisonner que sur des événements qui ont des probabilités suffisantes de survenir, et ne peuvent entrer en ligne de compte les tremblements de terre, certaines épidémies. L'imprévisibilité peut être limitée par la prévention, à l'instar des pouvoirs de police du maire.

REES P., « Le droit de la commande publique en état d'urgence », Contrats et Marchés publics, n°5, Mai 2020, repère 5

Le droit de la commande publique en état d'urgence est un « objet sans précédent ». Les objectifs de l'ordonnance sont la volonté de ne pas pénaliser les acteurs économiques et de permettre la continuité des contrats publics. Ce nouveau droit empêche l'accroissement des difficultés provoquées par l'épidémie. Le résultat est mitigé et le soutien financier laisse dubitatif. Pourquoi un soutien aux seuls titulaires d'un contrat public ? Les acheteurs publics « vont-ils se précipiter pour abonder la trésorerie de leurs cocontractants, à plus forte raison sans garantie de revoir la couleur de leur argent ? ». Concernant la passation, l'effet rétroactif était-il vraiment nécessaire ?

Les repères de l'ordonnance restent flous. « Ce droit dérogatoire de la commande publique ne se substitue pas à son droit commun : les deux coexistent le temps de la crise, sans que leur ligne de démarcation, y compris d'ailleurs pour la passation ou l'exécution d'un même contrat, ne soit objectivement déterminée, ni même que l'on sache si elle coïncide ou non avec la force majeure ».

RICHER (L.), LICHERE (F.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2019, 11^e édition

• *Fait du prince* §601

L'intervention de la puissance publique peut être source de responsabilité sans faute ; elle cause un préjudice, donc il y a une indemnisation. Il existe des controverses sur l'autorité, bien qu'il semble que l'acte doit émaner de celle qui a contracté. Pour les mesures particulières, le préjudice doit être certain et direct, et la responsabilité est admise. Pour les mesures générales, la responsabilité difficilement admise. « Ces mesures qui affectent toute une catégorie de personnes font partie des aléas normaux du contrat ». Il y a un droit à réparation seulement si un élément essentiel du contrat est touché. Concernant le législateur, une indemnité est due dans le cas de bouleversement du

contrat sauf si le texte législatif a exclu cette possibilité. Cela ne vise que les actes administratifs émanant de la personne publique contractante.

- *Imprévision* §555 et s.

Elle est une cause d'exonération de responsabilité. Le contrat doit continuer à être exécuté. La demande d'indemnité peut être postérieure à la fin du contrat. Dans la pratique, il est judicieux de verser des acomptes. L'indemnité d'imprévision est une indemnité extracontractuelle pour charges extracontractuelles. Le calcul se fait à partir des pertes subies : du moment du bouleversement jusqu'à cessation de l'imprévision (circonstances normales, modification ou résiliation du contrat). A défaut d'accord amiable, le juge administratif est saisi. Si la modification est encadrée par les règles du CCP, l'indemnisation ne peut dépasser 50% du montant initial.

- *Force majeure* §562 et s.

La force majeure cause d'exonération de responsabilité. Elle ne doit pas être confondue avec la force majeure administrative. Il n'est pas exigé que l'exécution soit rendue impossible (ex : poursuite avec efforts financiers). A défaut d'un accord amiable, le cocontractant peut demander au juge la résiliation (avec des indemnités qui correspondent à l'ensemble des charges extracontractuelles).

RUELLAN A., HUGÉ A., « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », AJDA, 2006, p. 1597

Le contexte qui a marqué l'apparition des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision était marqué par une prise en compte des risques peu sophistiquée dans les contrats administratifs. Aujourd'hui, les risques sont davantage contractualisés. Les clauses de variations des prix sont nombreuses. Des matrices des risques répertorient les risques et leur prise en charge respective par les contractants. Les « clauses miroir » répercutent les risques entre le partenaire privé et ses fournisseurs et prestataires (clauses de *back to back*). Les partenariats publics privés refondent la conception des transferts de risque. Dans les contrats publics, il faut fixer précisément l'assiette de l'indemnisation du partenaire privé selon la survenance d'un cas de force majeure, de fait du prince ou d'imprévision.

SERY L., COULANGE J., « Épidémie de Covid-19 et protection des intérêts financiers des concessionnaires », Contrats publics, n°209, Mai 2020, p. 66

Le délai pour signaler la force majeure par le concessionnaire doit intégrer le temps de préparation du dossier mais se heurte à l'explication de conséquences sur le contrat alors qu'on ne sait pas comment va évoluer l'épidémie. Il est conseillé aux concessionnaires d'anticiper les choses sur le terrain financier : ils peuvent formuler une demande de soutien ou d'indemnité, au préalable à l'amiable. En matière de droit à l'équilibre du contrat, le concessionnaire doit se soumettre aux nouvelles obligations et en retour, il obtiendra la compensation des surcoûts (perte subie et manque à gagner). Le fait du prince pourrait être applicable aux concessions autoroutières. La fixation du montant de l'avance va susciter des débats ; l'appréciation de la « hauteur des besoins » (6-5°) du concessionnaire devra-t-elle être effectuée au regard du seul contrat ou de la situation générale de

trésorerie du concessionnaire ? L'autorité concédante pourra-t-elle solliciter, si la concession ne le prévoit pas, la constitution de garanties en contrepartie des avances versées ?

La résiliation pour force majeure n'est pas celle qui présente le plus d'intérêt financier pour le concessionnaire : le droit à indemnisation exclut toute autre indemnité que celles des pertes subies imputables à l'événement de force majeure. Pour une résiliation pour motif d'intérêt général, le préjudice subi est intégralement indemnisé. Pour une résiliation en cas de faillite du concessionnaire, les règles en matière de procédure collective s'appliquent.

SIGMA, Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement, 8 avril 2020

- *Allemagne*

Procédure négociée ; si un seul opérateur peut répondre, possibilité de se rapprocher de lui. Dates limites très restreintes acceptées. Au niveau des Länders, prorogation des marchés en cours si nécessaire et suspension des règles relatives aux sous-seuils.

- *Balkan occidental*

Bosnie, Macédoine du Nord, Monténégro et Serbie ont prévu une adaptation des procédures négociées.

- *Belgique*

Avances sur paiement, non application de pénalités, délais supplémentaires.

- *Bulgarie*

Non application de la loi sur les marchés publics pour le matériel médical. Suspension de l'écoulement des délais.

- *Croatie*

Mécanismes de sécurisation des appels d'offres

- *Espagne*

Procédures d'urgence, réduction des délais ; passation sans publicité si urgence. Contrats en cours : indemnisation.

- *Irlande*

Si urgence, possibilité d'attribution directe ; accélération des délais... garder une trace écrite de ces justifications. Réduction du temps de mise en paiement : passe à 15j (au lieu de 30).

- *Italie*

Déroghations aux obligations de publicité et de mise en concurrence, en dessous des seuils européens. Possibilité de paiement en avance.

- *Lituanie*

Déjà dotée d'une législation sur les situations d'urgence. Les autorités contractantes peuvent ne pas appliquer la loi relative aux MP pour les biens et services liés à la lutte contre le covid-19. Si urgence extrême, possibilité d'utiliser les procédures afférentes.

- *Malte*

Procédures négociées sans publicité si urgence ; dotée depuis 2016 d'une réglementation spéciale sur l'urgence en matière de MP. Procédures d'urgence si montant inférieur à 135000€ si lié à sécurité, santé nationale ou importance stratégique.

- *Pologne*

Loi relative aux MP non applicable si nécessité de lutte c/ le covid-19. Les parties aux contrats en cours doivent sans attendre s'informer mutuellement sur les conséquences sur le contrat. Modification du contrat en conséquence (délai, modalités d'exécution, csq financières).

- *Portugal*

Nouvelles dispositions adoptées, y compris attribution directe.

- *Roumanie*

Achat direct du matériel et équipement de lutte c/le covid-19.

- *Royaume-Uni*

Adaptation des règles de passation en urgence. Assouplissement des paiements.

- *Slovénie*

Publication d'une FAQ. Adaptation de la loi : seuils élevés du 15 avril au 15 novembre. Dispositions spéciales jusqu'au 10 avril 2021 au niveau de municipalités (peuvent contracter séparément).

TERNEYRE P., « Responsabilité contractuelle. Fait de force majeure », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Mai 2018

La force majeure est faites de circonstances imprévisibles qui ont eu pour effet de bouleverser le contrat, les conditions économiques nouvelles créant une situation définitive.

L'irrésistibilité s'apprécie *in concreto* compte tenu des moyens dont dispose le cocontractant et de l'importance de la mission qui lui est confiée.

Les conditions de forme des clauses contractuelles relatives à la force majeure à respecter strictement sont les suivantes :

- La clause doit être expressément prévue,
- Le délai doit être respecté

L'objet essentiel est d'assurer la continuité du service public.

UBAUD-BERGERON M., « Contrat administratif, fait du prince et responsabilité administrative », AJDA, 2019, p. 2553

• *Responsabilité administrative et fait du prince extérieur au contrat*

Se pose la question de l'indemnisation du préjudice au cocontractant du fait d'une loi nouvelle applicable et préjudice au cocontractant.

→ Allocation d'une indemnisation par l'administration (sauf exclusion par la loi et sous réserve du respect des règles de modification du contrat)

→ Préjudice grave et anormal, engagement de la responsabilité sans faute, indemnisation du préjudice

• *Responsabilité pour fait du prince et mesures de l'administration contractante.*

Mesure prise en dehors des pouvoirs contractuels : le fait du prince se distingue de la responsabilité extracontractuelle sans faute (d'ordre public).

Mesure dans le cadre des pouvoirs contractuels : elle se rattache à la responsabilité contractuelle. Si la mesure est légale, il s'agira de responsabilité contractuelle sans faute, se rapprochant du fait du prince.

Fait du prince et mesures d'exécution sont de nature différente. « Les parties peuvent organiser les conditions d'indemnisation consécutive à l'usage du pouvoir de modification ou de résiliation

unilatérale alors que, au contraire, le pouvoir de police ou de réglementation générale de l'administration ne pourrait en aucun cas faire l'objet d'un tel aménagement contractuel ».

UBAUD-BERGERON M., « Urgence sanitaire et droit de la commande publique : la tentation protectionniste ? », Contrats et marchés publics, n°12, Décembre 2020, repère 11

Une première question doit être clarifiée : la place du droit dérogatoire dans une crise qui s'installe dans le temps, et notamment la question de l'indemnisation des contractants. Une autre question est relative à la tendance protectionniste des États qui se profile. L'Union européenne a publié un livre blanc à propos des subventions étrangères des entreprises européennes. Au niveau national, un projet de loi propose l'intégration d'un critère géographique dans les procédures de commande publique afin de favoriser les PME locales.

VILA J.-B., « Imprévision ou faute de l'autorité déléguée : la responsabilisation du cocontractant », JCPA, n° 20, 18 Mai 2020, 2147

CE, 21 octobre 2019, Sté Alliance, n°419155

La question posée au juge administratif est la suivante : « les pertes du cocontractant trouvaient-elles leur origine dans un événement imprévisible à la date de la signature du contrat ou devaient-elles être considérées comme un élément d'exécution du contrat en lien avec la situation financière du cocontractant ? ». Si la théorie de l'imprévision s'applique, l'indemnisation est calculée à partir des pertes subies, qui s'apprécient à la date où l'événement imprévisible et extérieur se produit jusqu'au moment précis où il cesse. Le cocontractant est normalement plus compétent que l'autorité concédante pour établir des prévisions. D'après la formulation du Conseil d'Etat, il semblerait que si l'entreprise avait formulé une demande subsidiaire, elle aurait pu obtenir une indemnisation couvrant ses pertes sur le fondement d'une faute de l'État (en l'espèce, rejet de l'imprévision).

VILLENEUVE P., « La commande publique de l'Etat au soutien du BTP », JCP A, n° 25, 22 Juin 2020, 352

Avec les ordonnances, « le droit de la commande publique a fait preuve d'adaptabilité ». La circulaire du 20 mai 2020 du Premier ministre recommande une approche solidaire des surcoûts liés à l'exécution dégradée, entre les entreprises du BTP, les maîtres d'ouvrages publics et les maîtres d'œuvre. Pour la circulaire du 9 juin 2020, seuls les marchés publics de travaux de l'État sont concernés. Un avenant peut régler les surcoûts (« prestations effectivement réalisées augmentées le cas échéant d'indemnité pour suspension par le titulaire ») liés à la suspension d'un marché à prix forfaitaire. Deux types de surcoûts sont à relever : ceux spécifiques à la période d'interruption des travaux, d'autres relatifs aux nouvelles modalités d'exécution des chantiers. Tandis que le maître d'ouvrage public fait chiffrer les coûts directs, les entreprises assument une part importante des surcoûts indirects. « Les parties au contrat doivent objectiver les surcoûts, maîtriser et limiter les impacts financiers et le calendrier en adaptant par exemple l'organisation du chantier ». Il y a une incitation à inclure le risque pandémie dans les futurs contrats.

II. Guide de conduite des entretiens de l'enquête qualitative

- ⇒ *L'entretien n'est pas enregistré ; Toutes les infos recueillies sont anonymisées ; Je suis soumise à une obligation de confidentialité ;*
- ⇒ *L'entretien va se dérouler comme suit : nous allons envisager la suspension, la résiliation, l'exécution dégradée et enfin je vous demanderai votre avis sur l'état du droit .*

Question préliminaire : présentez-vous, votre structure, à quel titre intervenez-vous dans les contrats publics (autorité contractante, titulaire de marchés publics ou de concessions, les deux, conseil juridique) et quelle est la nature des contrats auxquels vous êtes intéressé ?

SUSPENSION

- Avez-vous eu à connaître des hypothèses de conseil à propos de suspension de contrat ? Quelle forme juridique a pris la suspension des contrats ? ("Notification par l'opérateur économique de son impossibilité d'exécuter ; Notification par l'autorité contractante de sa décision de suspendre spontanément (Exemple ajournement de l'article 49 CCAG Travaux) ; Suspension par l'autorité concédante après constat de l'inexécution par le titulaire ; Si autre forme/ motif, précisez : ...")
- Quelle proportion des contrats ont été formellement suspendus ? Et suspendus de fait ?
- Quels préjudices conseillez-vous d'indemniser au titre de la suspension ?
- Quelles pénalités conseillez-vous au titre de la suspension ?
- Avez-vous eu à connaître l'article 6.4 de l'ordonnance ?
- Y a-t-il eu des difficultés d'application ou d'appréciation (de la part de vos clients) ?
- Aimerez-vous voir se pérenniser cet article ?
- Avez-vous eu à connaître l'article 6.5 de l'ordonnance ?
- Y a-t-il eu des difficultés d'application ou d'appréciation ?
- Aimerez-vous voir se pérenniser cet article ?

RESILIATION

- Avez-vous eu à connaître des hypothèses de conseil à propos de résiliation de contrat ? Le cas échéant, quelle était le motif principal de ces résiliations ?
- Quels préjudices conseillez-vous d'indemniser au titre de la résiliation ?

- Avez-vous eu recours à l'article 6.3 de l'ordonnance ?
- Y a-t-il eu des difficultés d'application ou d'appréciation ?
- Aimerez-vous voir se pérenniser cet article ?

EXECUTION DEGRADEE

Imprévision

- Pensez-vous qu'il faudrait préciser les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision (par exemple la notion de bouleversement et la part laissée à la charge du cocontractant) ?

Appréhension du risque

- Selon vous, comment contractualiser le risque « épidémie / pandémie » ?
- Comment appréhendez-vous les clauses de rendez-vous, en insérez-vous dans les contrats en cours d'exécution ?
- Le cas échéant, comment appréhender la notion de risque dans les concessions désormais ?

Surcoûts

- Avez-vous eu recours à l'article 6.6 de l'ordonnance ?
- Y a-t-il eu des difficultés d'application ou d'appréciation ?
- Aimerez-vous voir se pérenniser cet article ?
- Quel est le fondement de l'indemnisation des surcoûts ? quels préjudices seront indemnisés ?
- Comment calculez-vous cette indemnisation, constatez-vous le déficit d'exploitation ?
- Quelle démarche conseillez-vous pour la répartition des surcoûts ?
- Quelle articulation faites-vous entre les indemnisations et le droit des aides d'État et l'interdiction des libéralités ?

Mise en concurrence

- Les procédures de mise en concurrence commencées avant le confinement ont-elles dû être adaptées ? Si oui comment ?
- Si vous travaillez avec des autorités contractantes, leur avez-vous conseillé d'adapter leurs procédures de mise en concurrence lancées postérieurement au confinement et si oui comment ?

- Si vous travaillez avec des titulaires, leur avez-vous conseillé d'adapter leurs offres pour les procédures de mise en concurrence lancées postérieurement au confinement ? Si oui comment ?

Autre

- Le cas échéant, pensez-vous que les règles relatives aux contrats privés sont mieux adaptées pour répondre à la situation actuelle ?

- Pensez-vous qu'il faudrait modifier l'état du droit ? Évolutions législatives et réglementaires, ou dans les clauses types CCAG ?

- Remarque générale ?

III. Questionnaire de l'enquête quantitative

Ce questionnaire s'inscrit dans le cadre de la Chaire Droit des Contrats publics.

Les réponses font l'objet d'un traitement automatisé réalisé sous la responsabilité de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et en conformité avec la loi « Informatique et Libertés » modifiée.

Vos réponses seront lues par le Pr Lichère ainsi que les chercheurs de la Chaire. Elles sont totalement anonymisées, aucun élément (ou ensemble d'éléments) ne permettra indirectement de vous identifier.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés », vous disposez d'un droit d'accès, de rectification et de suppression des données vous concernant. Pour l'exercer, veuillez contacter le correspondant Informatique et Libertés de l'Université Jean Moulin : cil@univ-lyon3.fr.

Glossaire :

Autorités contractantes : acheteurs ou autorités concédantes

Titulaire : entreprise ou particulier cocontractant de l'autorité contractante.

Suspension : toute interruption temporaire de l'exécution du contrat. Suspension de droit : suspension ayant fait l'objet d'une décision explicite ; suspension de fait : interruption temporaire de l'exécution du contrat sans décision explicite

Exécution dégradée : toute exécution (après suspension ou non) impliquant des surcoûts ou des difficultés d'exécution ou des modalités de réorganisation liées à la crise sanitaire.

Attention :

Si vous êtes à la fois autorité contractante pour certains de vos contrats et titulaire de contrats publics pour d'autres (cas des SEM et SPL par exemple), merci de répondre deux fois au questionnaire, une fois en tant qu'autorité contractante, une autre fois en tant que titulaire. L'idée est de répondre en ayant à l'esprit tous les contrats publics concernés (marchés, concessions, conventions d'occupation du domaine public) et de donner une vision d'ensemble des contrats concernés.

Il y a 101 questions dans ce questionnaire.

GÉNÉRALITÉS

Quel est l'objet de vos marchés / concessions concernés par les difficultés d'exécution en période de pandémie ? *

Cochez la ou les réponses

Veuillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- Marchés publics de Travaux
- Marchés publics de Fournitures
- Marchés publics de Services
- Marchés publics mixtes / globaux
- Marchés publics de défense
- Marchés de partenariat
- Concessions de Travaux
- Concessions de Service

Plusieurs réponses possibles

Quelle est la nature de vos principaux marchés publics/concessions ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Droit public, relevant du juge administratif
- Droit privé, relevant du juge judiciaire
- Les deux

Quelle est la taille de votre structure ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Moins de 50 personnes
- Moins de 500 personnes
- Plus de 500 personnes

Quelle est la nature de votre structure ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Commune
- EPCI
- Département
- Etat
- Autre établissement public de l'Etat ou de collectivité territoriale
- Hôpitaux
- Société à capitaux publics (SEM, SPL ou autres)
- Personne publique sui generis
- Entreprise purement privée titulaire de contrats publics
- Maître d'oeuvre
- Conseil en contrats publics (société de conseil, avocat)
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Précisez la nature uniquement si vous cochez "autre"

Quelle est votre ancienneté dans la pratique du droit des contrats publics (marchés, concessions ou conventions d'occupation) ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Moins de 5 ans
- Entre 5 et 10 ans
- Plus de 10 ans

Répondez-vous à ce questionnaire en tant que : *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Acheteur public
- Autorité concédante
- Titulaire de marchés publics
- Titulaire de concessions
- Conseil juridique

Vous êtes : *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Autorité concédante' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Un pouvoir adjudicateur
- Une entité adjudicatrice

SUSPENSION

Les suspensions de droit ont pris quelle forme juridique ?

*Plusieurs réponses possibles. Précisez uniquement si "autre" **

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Notification par l'opérateur économique de son impossibilité d'exécuter
- Notification par l'autorité contractante de sa décision de suspendre spontanément (ex : ajournement au sens de l'article 49 CCAG Travaux)
- Suspension par l'autorité concédante après constat de l'inexécution par le titulaire
- Autre, précisez

Vos contrats publics ont-ils fait l'objet de suspension de fait (interruption de l'exécution du contrat pendant au moins plusieurs jours, sans acte formel de suspension) ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Non
- Oui, de 0% à 25%
- Oui, de 25% à 50%
- Oui, de 50% à 75%
- Oui, de 75% à 100%
- Oui, 100%

Quelle proportion approximative de vos marchés / concessions a fait l'objet de suspension de droit (c'est à dire après acte formel de suspension) ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%

- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

Combien de temps a duré la suspension de vos contrats ?

Plusieurs réponses possibles *

Cochez la ou les réponses

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- Moins de temps que le 1er confinement (16 mars / 11 mai 2020)
- Le temps du 1er confinement à 1 semaine près
- Plus de temps que le 1er confinement

En combien de temps la suspension formelle a-t-elle été généralement adoptée ?

Précisez le nombre de jours *

Veillez écrire votre réponse ici :

A-t-il été fait des constats de prestations déjà réalisées en cas de suspension de contrat ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Dans la positive, avez-vous rencontré des difficultés dans la mise en œuvre de ces constats (difficultés matérielles, sanitaires...) ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '13 [Suspension6]' (A-t-il été fait des constats de prestations déjà réalisées en cas de suspension de contrat ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous dû apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de concessions' ou 'Titulaire de marchés publics' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Si oui, avez-vous eu des difficultés à prouver l'impossibilité d'exécuter temporairement ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '15 [suspension8]' (Avez-vous dû apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter temporairement ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui

- Non

Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de la suspension ?

Plusieurs réponses possibles *

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Frais de garde ou de surveillance
- Frais d'entretien ou de maintenance
- Autre, précisez :
- Aucune indemnisation n'est envisagée

Des pénalités de retard ont-elles été prononcées ou sont-elles envisagées au titre de la suspension ?

Plusieurs réponses possibles *

Cochez la ou les réponses

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- Oui, déjà prononcées
- Oui, envisagées
- Non

Quels sont les fondements juridiques à l'indemnisation des surcoûts liés à la suspension ? *

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Clauses contractuelles, précisez
- Autre, précisez

Avez-vous eu recours à l'article 6.4 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Marchés de partenariat' ou 'Marchés publics de défense' ou 'Marchés publics mixtes / globaux' ou 'Marchés publics de Services' ou 'Marchés publics de Fournitures' ou 'Marchés publics de Travaux' à la question '1[Contrats]' (Quel est l'objet de vos marchés / concessions concernés par les difficultés d'exécution en période de pandémie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

4° Lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. A l'issue de la suspension, un avenant détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ;

Si oui, pour quels marchés ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '20 [suspension13]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.4 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Cochez la ou les réponses

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- Marchés de travaux
- Marchés de fourniture
- Marchés de service
- Marchés mixtes / globaux

Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontré pour cet article 6.4? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '20 [suspension13]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.4 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020?)

Veillez écrire votre réponse ici :

Avez-vous eu recours à l'article 6.5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Concessions de Travaux' ou 'Concessions de Service' à la question '1 [Contrats]' (Quel est l'objet de vos marchés / concessions concernés par les difficultés d'exécution en période de pandémie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

5° Lorsque le concédant est conduit à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée ;

Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontré pour cet article 6.5 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '23 [Suspension16]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Veillez écrire votre réponse ici :

L'appréciation de la « hauteur des besoins » (6-5°) est-elle effectuée au regard du seul contrat ou de la situation générale de trésorerie du titulaire ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '23 [Suspension16]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Hauteur des besoins
- Situation générale de l'entreprise

5° Lorsque le concédant est conduit à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée ;

RESILIATION

Quelle proportion approximative de marché / concession ont fait l'objet de résiliation ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

Ces résiliations ont-elles été faites par l'autorité contractante ou à la demande du titulaire ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'De 0% à 25%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 75% à 100%' ou '100%' à la question '26 [Resili1]' (Quelle proportion approximative de marché / concession ont fait l'objet de résiliation ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Par l'autorité contractante
- A la demande du titulaire
- Les deux (si plusieurs de vos contrats sont concernés)

Quel était le motif de ces résiliations ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'De 0% à 25%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 75% à 100%' ou '100%' à la question '26 [Resili1]' (Quelle proportion approximative de marché / concession ont fait l'objet de résiliation ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Force majeure car mesure de police administrative rendant impossible l'exécution
- Annulation d'une prestation par l'autorité contractante par mesure de précaution
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Avez-vous du apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter définitivement (résiliation) ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' *ou* 'Titulaire de concessions' *ou* 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :) *et* La réponse était 'De 0% à 25%' *ou* 'De 25% à 50%' *ou* 'De 50% à 75%' *ou* 'De 75% à 100%' *ou* '100%' à la question '26 [Resili1]' (Quelle proportion approximative de marché / concession ont fait l'objet de résiliation ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous eu des difficultés à prouver l'impossibilité d'exécuter définitivement (résiliation) ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '29 [Resili4]' (Avez-vous du apporter la preuve de l'impossibilité d'exécuter définitivement (résiliation) ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

S'agissait-il de : *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '30 [Resili5]' (Avez-vous eu des difficultés à prouver l'impossibilité d'exécuter définitivement (résiliation) ?)

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Difficultés matérielles à démontrer les empêchements (manque de personnels ou d'approvisionnement par ex.)
- Difficultés à prouver les répercussions sur le contrat
- Autre, précisez :

Avez-vous eu recours à l'article 6.3 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Marchés de partenariat' *ou* 'Marchés publics de défense ' *ou* 'Marchés publics mixtes / globaux' *ou* 'Marchés publics de Services' *ou* 'Marchés publics de Fournitures' *ou* 'Marchés publics de Travaux' à la question '1 [Contrats]' (Quel est l'objet de vos marchés / concessions concernés par les difficultés d'exécution en période de pandémie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

3° Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié ;

Quels autres préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de la résiliation ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'De 0% à 25%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 75% à 100%' ou '100%' à la question '26 [Resili1]' (Quelle proportion approximative de marché / concession ont fait l'objet de résiliation ?)

Veillez écrire votre réponse ici :

EXECUTION DEGRADEE

Avez-vous appliqué au moins une disposition de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 aux contrats en cours ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Quelle proportion de contrats ont fait l'objet de délai prolongé au sens de l'article 6.1 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

1° Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ;

Avez-vous mis en place un délai de prolongation inférieur, égal ou supérieur à la durée de l'état d'urgence sanitaire ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'De 0% à 25%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 75% à 100%' ou '100%' à la question '35 [Delai1]' (Quelle proportion de contrats ont fait l'objet de délai prolongé au sens de l'article 6.1 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Inférieur
- Égal
- Supérieur

La modification unilatérale (exemple : ordre de service) ou l'avenant a-t-il été privilégié pour prolonger le délai d'exécution ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Modification unilatérale
- Avenant
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Votre cocontractant (opérateur économique ou administration) a-t-il refusé de prolonger la durée d'exécution ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Y a-t-il des litiges sur les causes d'allongement des délais (crise sanitaire face aux fautes des parties) ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Ces avances de trésorerie ont-elles été faites au titre de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '40 [Avance1]' (Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Quel pourcentage du montant initial représentent-elles ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '40 [Avance1]' (Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Moins de 15% du montant initial
- Entre 15% et 50% du montant initial
- Plus de 50% du montant initial

Avez-vous eu des difficultés sur la fourniture des justificatifs pour demander une avance sur les sommes dues ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' ou 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :) et La réponse était 'Oui' à la question '40 [Avance1]' (Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous eu des difficultés d'obtention de l'avance obligatoire ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' ou 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :) et La réponse était 'Oui' à la question '40 [Avance1]' (Avez-vous bénéficié / fait bénéficier d'avances de trésorerie ?)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

En cas de recours aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020, avez-vous constitué / dû constituer des garanties en contrepartie des avances versées ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Titulaire de marchés publics' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Les acheteurs peuvent, par avenant, modifier les conditions de versement de l'avance. Son taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Ils ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

Quelle proportion de contrats a fait l'objet d'une modification de l'avance par avenant ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '45 [Avance6]' (En cas de recours aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020, avez-vous constitué / dû constituer des garanties en contrepartie des avances versées ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%

- 100%

Les modifications des contrats sont principalement des modifications unilatérales ou des modifications conventionnelles ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Modifications unilatérales
- Modifications conventionnelles
- Les deux
- Pas de modification pour le moment

Quelles ont été les motivations de la modification unilatérale ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Désaccord avec le cocontractant sur les modifications
- Refus de sa part de continuer le contrat
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Quelle proportion de vos contrats publics a fait ou va faire l'objet de modification conventionnelle pour tenir compte d'une exécution dégradée (en dehors de l'indemnisation des surcouts) ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

Quelle proportion de vos contrats a fait l'objet ou va faire l'objet d'une modification unilatérale pour tenir compte d'une exécution dégradée (en dehors de l'indemnisation des surcouts) ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

Y a-t-il eu ou y a-t-il des limites juridiques à l'avenant ? Par exemple, les règles de modification des contrats prévues dans le Code de la commande publique ont-elles été ou

sont-elles actuellement un frein ? Ou les règles relatives aux aides d'Etat ? Ou les règles relatives à l'interdiction des libéralités ? *

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Modification des contrats publics
- Aides d'État
- Interdiction des libéralités
- Autre, précisez

Quel est l'objet de l'avenant : régler des difficultés passées, ou à venir, ou les deux ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Difficultés passées
- Difficultés à venir
- Les deux

L'indemnisation des surcoûts a-t-il fait ou fera-t-il l'objet d'un avenant ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Quelle proportion de vos contrats ont fait ou vont-ils faire l'objet de transactions par rapport à l'ensemble de vos contrats publics ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%

En marché public de travaux, la demande du titulaire est-elle considérée comme une réclamation au sens de l'article 50 CCAG Travaux ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Marchés de partenariat' *ou* 'Marchés publics mixtes / globaux' *ou* 'Marchés publics de Travaux' à la question '1 [Contrats]' (Quel est l'objet de vos marchés / concessions concernés par les difficultés d'exécution en période de pandémie ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Réclamation au sens de l'art.50 CCAG
- Hors article 50 CCAG
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Avez-vous eu recours aux clauses de rencontre, de revoyure ou de rendez-vous dans le contrat ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Si cela était juridiquement sûr, ajouteriez-vous par avenant des clauses de rencontre, de revoyure ou de rendez-vous pour ajuster les futurs surcoûts ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Y a-t-il eu ou est-il envisagé une indemnisation des surcoûts dans l'hypothèse où le cocontractant a spontanément adopté des mesures d'organisation nouvelles vis-à-vis des règles sanitaires ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser dans l'hypothèse où les mesures d'organisation nouvelles ont été imposées par l'autorité contractante ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Précisez les préjudices :
- Non concerné(e) par la question

Faites le commentaire de votre choix ici :

Quels préjudices ont été indemnisés ou est-il envisagé d'indemniser au titre de l'exécution dégradée en dehors de mesures imposées par l'autorité contractante ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Précisez les préjudices :
- Non concerné(e) par la question

Faites le commentaire de votre choix ici :

Quels sont les fondements de l'indemnisation ? *

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Clause, y compris prix nouveau
- Avenant
- Théorie de l'imprévision
- Autre, précisez

Êtes-vous facilement enclin à indemniser ou abonder la trésorerie des titulaires ? Si oui est-ce par souci de sauvegarde du titulaire ? Ou pour soutenir l'économie locale ou nationale ? Les deux ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Autorité concédante' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Cochez la ou les réponses

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- Non
- Oui, par souci de sauvegarde du titulaire
- Oui, par soutien de l'économie locale
- Oui, par soutien de l'économie nationale

Avez-vous eu recours à l'article 6.6 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Autorité concédante' ou 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

6° Lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte 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 représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire.

Quelles difficultés d'interprétation ou d'application avez-vous rencontré pour cet article 6.6 ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '63 [Indem6]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.6 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Veillez écrire votre réponse ici :

Tenez-vous un décompte régulier des surcoûts induits par la poursuite du contrat afin d'obtenir une indemnisation sur le fondement de l'article 6, 6° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ? A un autre titre ? Précisez svp *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :) et La réponse était 'Oui' à la question '63 [Indem6]' (Avez-vous eu recours à l'article 6.6 de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 ?)

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Oui
- Non

- Autre, précisez

Avez-vous privilégié l'article 6 de l'ordonnance ou des clauses contractuelles plus favorables pour gérer l'exécution de vos contrats ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Autorité concédante' ou 'Titulaire de concessions' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Dispositions de l'ordonnance
- Clauses contractuelles

En cas de refus de négociation (sur l'indemnisation des surcoûts ou pour adapter le contrat) du contrat par l'acheteur/l'autorité concédante, envisagez-vous de saisir le juge administratif afin d'engager sa responsabilité contractuelle et obtenir des dommages et intérêts ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' ou 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Y a-t-il eu ou y a-t-il encore des désaccords dans le calcul des surcoûts entre le titulaire et l'autorité contractante ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Quel pourcentage de surcoûts a-t-il été laissé ou est-il envisagé de laisser à la charge du titulaire ? *

Veillez écrire votre réponse ici :

Quel est le principal fondement de la demande d'indemnité liée à l'exécution dégradée ? *

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Clauses, précisez lesquelles
- Théorie de l'imprévision
- Autre, précisez

En matière de marchés publics, à partir de quel pourcentage de surcoûts a-t-il été considéré ou est-il envisagé de considérer qu'il y avait un bouleversement du contrat ? Précisez le pourcentage : *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Titulaire de marchés publics' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez écrire votre réponse ici :

En matière de concession, sur quelle durée le déficit d'exploitation a-t-il été apprécié ou est-il envisagé d'être apprécié pour apprécier le préjudice ? Précisez : *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Autorité concédante' ou 'Titulaire de concessions' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez écrire votre réponse ici :

En matière de concession, l'indemnité d'imprévision a-t-elle été calculée ou est-elle envisagée d'être calculée à partir d'un bénéfice raisonnable ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Autorité concédante' ou 'Titulaire de concessions' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Le comportement du cocontractant (efforts, négligences ou insuffisances, qualité de sa gestion) a-t-il influencé ou est-il susceptible d'influencer le calcul de l'indemnité ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Autorité concédante' ou 'Conseil juridique' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous eu des difficultés d'interprétation de la notion de « charge manifestement excessive » contenue dans l'ordonnance ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

La "charge manifestement excessive" a représenté quel pourcentage du contrat initial ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Jusqu'à 10% du montant initial
- Entre 10 et 50% du montant initial
- Plus de 50% du montant initial
- Non concerné par la question

Avez-vous des litiges naissant devant le juge à propos de cette notion ?

Ex : refus de considérer que l'adaptation est une charge manifestement excessive. *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous conclu des marchés de substitution ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Les procédures de mise en concurrence commencées avant le premier confinement ont-elles été adaptées ? Si oui comment ?

*

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui, précisez (délai, prix...) :
- Non

Faites le commentaire de votre choix ici :

Les procédures de mise en concurrence lancées postérieurement au premier confinement ont-elles été adaptées, et si oui comment ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui, précisez (délai, prix...) :
- Non

Faites le commentaire de votre choix ici :

CONTENTIEUX ET PRECONTENTIEUX

Certaines réclamations ont-elles fait l'objet de recours devant les tribunaux ?

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Pouvez-vous quantifier la proportion de vos contrats publics qui ont fait l'objet d'un recours devant les tribunaux ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '81 [Contx1]' (Certaines réclamations ont-elles fait l'objet de recours devant les tribunaux ?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui, 0%

- Oui, de 0% à 25%
- Oui, de 25 % à 50 %
- Oui, de 50 à 75 %
- Oui, de 75% à 100%
- Oui, 100%
- Non

Pouvez-vous estimer la proportion de vos contrats qui vont faire l'objet de recours contentieux ? *

Cochez la ou les réponses

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent :

- 0%
- De 0% à 25%
- De 25% à 50%
- De 50% à 75%
- De 75% à 100%
- 100%
- Non

Devant quel ordre juridictionnel principalement ? *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui, de 0% à 25%' ou 'Oui, de 25 % à 50 %' ou 'Oui, de 50 à 75 %' ou 'Oui, de 75% à 100%' ou 'Oui, 100%' à la question '82 [Contx2]' (Pouvez-vous quantifier la proportion de vos contrats publics qui ont fait l'objet d'un recours devant les tribunaux ?) et La réponse était '100%' ou 'De 75% à 100%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 0% à 25%' à la question '83 [Contx3]' (Pouvez-vous estimer la proportion de vos contrats qui vont faire l'objet de recours contentieux?)

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Juge administratif
- Juge judiciaire

Quels sont les motifs avancés ?

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '81 [Contx1]' (Certaines réclamations ont-elles fait l'objet de recours devant les tribunaux ?) et La réponse était '100%' ou 'De 75% à 100%' ou 'De 50% à 75%' ou 'De 25% à 50%' ou 'De 0% à 25%' à la question '83 [Contx3]' (Pouvez-vous estimer la proportion de vos contrats qui vont faire l'objet de recours contentieux?)

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Insuffisance d'indemnisation
- Absence de décision de suspension ou de résiliation
- Autre, précisez

Quels types de recours contentieux ont été déposés ou sont susceptibles de l'être ?

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Recours indemnitaires
- Recours en reprise des relations contractuelles
- Recours en résiliation
- Autre, précisez

Avez-vous saisi le juge d'une demande de résiliation pour force majeure ou imprévision durable (force majeure administrative) ?

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' *ou* 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous introduit ou envisagez-vous d'introduire des recours en indemnisation pour exécution dégradée ?

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' *ou* 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous introduit ou envisagez-vous d'introduire des recours en indemnisation pour des frais liés à la suspension ?

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Titulaire de marchés publics' *ou* 'Titulaire de concessions' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous saisi ou envisagez-vous de saisir le médiateur des entreprises et/ou le Comité consultatif de règlement amiable des différends ou un autre organe de conciliation ?

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Les négociations à l'amiable ont-elles abouti ?

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Avez-vous recherché à engager la responsabilité d'un titulaire qui n'aura pas apporté de preuve que ses difficultés sont liées à la crise sanitaire ?

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Acheteur public' ou 'Autorité concédante' à la question '6 [Profil4]' (Répondez-vous à ce questionnaire en tant que :)

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

BILAN

Si vous avez matière à comparer, les règles applicables aux contrats privés vous semblaient-elles plus à mêmes de répondre aux difficultés rencontrées ?

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Les règles relatives aux contrats privés font davantage preuve de : *

Répondre à cette question seulement si les conditions suivantes sont réunies :

La réponse était 'Oui' à la question '93 [BilanContratprive]' (Si vous avez matière à comparer, les règles applicables aux contrats privés vous semblaient-elles plus à mêmes de répondre aux difficultés rencontrées ?)

Ajoutez un commentaire seulement si vous sélectionnez la réponse.

Veillez choisir toutes les réponses qui conviennent et laissez un commentaire :

- Souplesse
- Diversité des outils contractuels disponibles, y compris dans les assurances
- Autre, précisez

Quel a été l'impact de la circulaire du 9 juin 2020 sur votre pratique ? *

Veillez écrire votre réponse ici :

L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 vous a-t-elle été : *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Inutile
- Utile mais insuffisante
- Suffisante

Avez-vous eu des difficultés à combiner l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 avec l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 sur les délais ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Pensez-vous qu'il faudrait préciser les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision (par exemple notion de bouleversement et part laissée à la charge du cocontractant) ? *

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Oui
- Non

Selon vous quand finit la période d'imprévisibilité liée à la crise sanitaire ? *

Veillez sélectionner une réponse ci-dessous

Veillez sélectionner une seule des propositions suivantes :

- Déclaration de l'OMS du 30 janvier 2020
- Déclarations gouvernementales annonçant le premier confinement
- Autre, précisez

Faites le commentaire de votre choix ici :

Quelles dispositions (dans les textes législatifs ou réglementaires ou dans les CCAG) serait-il utile d'introduire ou de réintroduire à votre avis ? *

Veillez écrire votre réponse ici :

Quelle autre remarque pensez-vous utile de faire compte tenu de votre expérience de la crise sanitaire ? *

Veillez écrire votre réponse ici :

Merci d'avoir pris le temps de répondre à ce questionnaire.

Les réponses sont anonymes et feront l'objet d'un traitement statistique. Un rapport sera publié au courant du premier semestre 2021.

Pour toute question ou réclamation, merci d'écrire à :

chairedcp@univ-lyon3.fr

IV. Questionnaire envoyé aux correspondants étrangers

COMPARATIVE LAW SURVEY THE IMPACT OF COVID-19 ON PUBLIC CONTRACTS

This survey is made for the Research Chair in Public Contracts Law of the University of Jean Moulin Lyon 3. It will give a comparative law perspective of the Covid-19 health crisis impacts on public contracts. Therefore, we ask you to respond from the perspective of your state's legal system. If you give an example of another state, please let us know which one it is. Please be as comprehensive as you can in answering these questions. Sometimes you have to choose an answer and sometimes you have to fill in the blanks.

I would like also to inform you that only Pr. François Lichère, director of the chair, and the chair researchers will read your answers. All collected data are made anonymous for the research reports that will follow. The duty of confidentiality shall apply to all persons who work for the Research Chair in Public Contract Law.

GENERAL QUESTIONS

- 1- Information about the person answering the survey: *Name, Surname, Position*
- 2- In which country perspective are you responding to this survey?
- 3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State?
- 4- What is the legal status of public contracts ? : contracts of private law; contracts of public law; both private and public law; Irrelevant distinction; Other:.....
- 5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category? Please give examples (public procurement, concessions...)
- 6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...)
- 7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts?

YES	NO
-----	----
- 7a- If yes, please specify what they consist of exactly? Are they still in force? If not, when did they end?
- 7b- If no, were there guidances given by the State or local authorities? If yes, please specify what they were/are.

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures?

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future?

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties)? It may also be that there was sometimes no official decision i.e. de facto suspension. Were public contracts suspended de facto because of practical difficulties to suspend them by a formal decision?

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract? Were there difficulties to provide such evidence?

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract?

11- What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

12- What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract? Contract terms. Please specify which ones; usual legal mechanisms (law, regulation, case law). Please specify which ones; Other

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts?

YES

NO

13a- If yes, who decided to terminate the contract: contracting authorities, economic operators... ? And what was the main reason for it?

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract? Were there difficulties to provide such evidence?

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis?

17- What was the preferred way to extend the contract deadline: unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement?

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline?

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic? If so, what is the legal basis?

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority or modification by agreement, or both?

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract?

Additional costs

22- During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority?

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

24- What is the legal basis for the additional costs compensation?

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered? Or are they generally considered to be borne by the economic operator?

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders? If so, what was their purpose: to support the contractual partner, to support the economy, or both?

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (*imprévision*) exist in such circumstances.

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them?

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts?

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems?

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations? And State aid EU rules?

Litigation

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance? if so please specify.

33- What are the grounds of these litigation claims?

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc)?

35- Do you know of any successful out-of-court settlement?

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts?

37- In your opinion, is it necessary to modify the law? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution?

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts?

V. Réponses des correspondants étrangers

A. Allemagne

GENERAL QUESTIONS

1- Information about the person answering the survey : *Name, Surname, Position*

Professor Dr. Martin Burgi

Chair of Public Law, Economic Administrative Law, Environmental and Social Law

Research Centre for Public Procurement Law and Administrative Cooperation

Ludwig Maximilian University Munich, Germany

2- In which country perspective are you responding to this survey?

Germany

3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State ?

§ 103 Abs. 1 GWB: “Public contracts are contracts for pecuniary interest concluded between contracting authorities or sectoral contracting authorities and undertakings for the purchase of services involving the supply of products, the execution of works or the provision of services.”

4- What is the legal status of public contracts ?

- contracts of private law
- contracts of public law
- both private and public law **X (but mostly private law)**
- Irrelevant distinction
- Other :.....

5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category ? Please give examples (public procurement, concessions...)

Works, supply and service contracts (private or public law)

Framework agreements

Concessions

Mixed contracts between public contracts and concessions (§§ 110 ff. GWB)

6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic ? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...).

- **Spring 2020 (mid-March to May): everything dense, only essential shops open (supermarkets, pharmacies) and contact restrictions**
- **Relaxation/opening over the summer**
- **October: Hotspot lockdowns**
- **Since 1st November: all entertainment and leisure activities closed, no culture, contact restrictions, retail remains open, gastronomy closed**
- **Since end of November: reinforced lockdown, business and schools to remain open**
- **Probably end of December: Full lockdown with also business closed**

7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts ?

YES

NO

7a- If yes, please specify what they consist of exactly ? Are they still in force ? If not, when did they end ?

7b- If no, were there guidances given by the State or local authorities ? If yes, please specify what they were/are.

See for example the “Binding guidelines for the Federal Administration for the award of public contracts to Acceleration of investment measures to address the economic consequences of the COVID 19 pandemic”, especially below the thresholds:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/H/handlungsleitlinien-vergr-corona.pdf?__blob=publicationFile&v=4

It is particularly important to raise the value thresholds in order to rapidly translate public investment support measures into concrete investment projects.

A number of countries have followed this example and have also introduced procurement facilitation measures, particularly with regard to direct awards.

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures?
Not to my knowledge

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future ?

No, it should be limited to the extraordinary time of the pandemic.

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts ? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties) ? It may also be that there was sometimes no official decision i.e. *de facto* suspension. Were public contracts suspended *de facto* because of practical difficulties to suspend them by a formal decision ?

Not to my knowledge, I don't have access to this kind of information.

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract ? Were there difficulties to provide such evidence ?

The public contract holder has a duty to inform the contracting authority if there is a shortage of supply. In doing so, he must establish causality with the Corona pandemic.

There is no obligation to perform in case of force majeure

§ 6 Para. 2 No. 1 c) VOB/B and § 5 No. 2 Para. 1 S. 2 VOL/B stipulate that the execution periods of construction, supply or service contracts must be extended appropriately if force majeure is the reason for the contractor's hindrance.

The concept of force majeure has been defined by case law (cf. e.g. BGH, 12.03.1987, VII ZR 172/86) as

"an event that comes from outside and has no operational connection, is unforeseeable and cannot be averted even by extreme care".

The uncontrolled outbreak of epidemics and diseases has been repeatedly recognized by courts as a case of force majeure in other contexts, particularly in the field of travel law. As official warnings have already been issued by the WHO and the Federal Government, the spread of the coronavirus must also be recognized as a case of force majeure.

If the contractor is unable to perform the construction, delivery or services owed in due time due to the consequences associated with the coronavirus, he may therefore demand an extension of the execution deadlines by a reasonable period of time. This is conceivable in the event of plant closures or the ordering of quarantine for a large proportion of the workforce. It is also possible that authorities may order the closure of day-care centers or schools in accordance with § 33 of the Infection Protection Act and that parents cannot come to work because of this or because their children are already ill.

If the obstacle to performance ceases to exist, the contractor must notify this and resume performance without delay (§ 6 para. 3 sentence 2 VOB/B, § 5 No. 3 VOL/B).

However, all this shall only apply if the contractor is not (co-)culpable for the situation. Co-fault would be conceivable, for example, if the contractor sends employees on business trips to crisis areas contrary to official warnings, does not give leave to visibly ill employees or does not ensure adequate hygiene and disinfection facilities in the company, especially if there is increased public traffic.

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract ?
Contractual penalties and compensation for damages due to delay require fault. In the event of force majeure, this must regularly be denied if the delay in performance is due to the Corona measures.

10. What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

If force majeure occurs on the part of the public Client, the public Client shall not be in default of acceptance or debtor's delay if the failure to cooperate is based on the restrictions associated with the Corona crisis. In this case, the contractor shall not be entitled to claims for damages pursuant to § 6 VI VOB/B (German Construction Contract Procedures) due to no fault of the customer. The requirements of the no-fault § 642 BGB (German Civil Code) should also not apply.⁴⁰ Default of acceptance is excluded if the failure to perform the cooperative act is based on force majeure and thus does not fall within the sphere of the Customer. Otherwise the same requirements apply as for the contractor. He may only

invoke force majeure if he can demonstrate that replacement measures are not possible due to the Corona measures.

12. What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract?

- Contract terms. Please specify which ones : **Supply contracts and construction contracts usually contain a force majeure clause (e.g. as general terms and conditions), which, if worded accordingly, regulates the legal consequences in the course of corona measures.**
- Usual legal mechanisms (law, regulation, case law). Please specify which ones : **If German law is applicable, recourse can be made to the general legal institutions of the impossibility of performance or the elimination of the basis of the transaction (civil law law law on breach of contract, since contracts are predominantly concluded under private law). At the primary level, it is necessary to identify whether a case of "genuine" impossibility actually exists or merely a case of "economic" impossibility which, in our view, would have to be solved by means of the instrument of elimination of the basis of the transaction. In the latter case, the risk allocation of the contracting parties assumed in the contract should be carefully worked out, as the reference to the discontinuation of the basis of the transaction is excluded if the impeding circumstance unilaterally falls within the risk sphere of the affected party.**
- Other :....

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts ?

YES

NO

13a- If yes, who decided to terminate the contract : contracting authorities, economic operators... ?
And what was the main reason for it ?

It there were contracts terminated, this was done within the framework of the existing contract and its provisions or with recourse to known termination rules. In the case of civil law contracts under the regulation of the Civil Code.

If the delay lasts for more than three months, the contracting authority has the option of full or partial termination (§ 6 (7) sentence 1 VOB/B, § 5 No. 2 (2) sentence 1 VOL/B).

If, on the other hand, performance is permanently impossible or cannot reasonably be expected of the contractor, he shall be released from the obligation to perform in accordance with § 275, paragraph 1 of the German Civil Code (BGB). To the same extent, the obligation to pay remuneration on the part of the contracting authority (§ 326 (1) sentence 1 BGB) is then also waived. Whether and which replacement measures are reasonable for the contractor and how additional costs are to be dealt with is to be assessed for each individual case.

However, it must always be checked whether the right of withdrawal has been restricted by contractual provisions. For example, the usual force majeure clauses stipulate that delivery dates or deadlines are postponed for as long as the obstacle lasts.

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?
If the contract has been legally terminated, there is no right to compensation.

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract? Were there difficulties to provide such evidence?
Not to my knowledge, but I don't have access to this kind of information.

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis?

The usual force majeure clauses stipulate that delivery dates or deadlines are postponed for as long as the obstacle lasts, same with impossibility of delivery. However, it is a matter of individual case how the respective lockdowns affect it.

17- What was the preferred way to extend the contract deadline: unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement?
I don't have access to this kind of information.

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline?
I don't have access to this kind of information.

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic? If so, what is the legal basis?

Not to my knowledge, but I don't have access to this kind of information.

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority modification by agreement, or both?

Significant changes to a public contract during the contract period require a new award procedure, see § 132 GWB.

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract?

- The contractual partner did not agree with the contract change
- The contractual partner refused to keep performing the contract
- Other :

Additional costs

22- . During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority ?

The federal government contributes to the additional costs that contractors in federal building construction incur as a result of the corona pandemic. It is about health protection and hygiene measures, as emerges from a decree of the Federal Ministry of the Interior that has now come into force. The federal government wants to ensure that the construction work continues as undisturbed as possible.

https://bingk.de/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_17_BWI7_70406_211_Hygienekosten.pdf

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract ? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

I don't have any information about this topic.

24- What is the legal basis for the additional costs compensation ?

- Contract terms. Please specify which ones :
- Usual legal mechanisms law, regulation, case law). Please specify which ones : **In view of the concept of cooperation on which the VOB / B is based, in order to maintain an appropriate balance of interests between the contracting parties for the exceptional situation of the COVID-19 pandemic in the area of the federal building construction, Section 4 (1) No. 1 VOB / B is therefore also interpreted as meaning that the pandemic affecting the contractor Additional hygiene and health protection measures, which are spatially related to the construction site, serve the federal interest after ensuring an undisturbed construction process and are therefore to be regarded as a cost-related measure within the meaning of § 4 Paragraph 1 Number 1 VOB / B.**
- Amendment to the contract.
- Other :....

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered ? Or are they generally considered to be born by the economic operator ?

I don't know how it works in practice. But the contracting authority is not obliged to contribute to the costs. In order to guarantee a further fulfillment of the contract, however, it is in his interest.

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders ? If so, what was their purpose : to support the contractual partner, to support the economy or both ?

I can't evaluate this practical question.

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances ? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (*imprévision*) exist in such circumstances.

See for force majeure clause above.

In this context, the new "Act on the Mitigation of the Consequences of the COVID 19 Pandemic in Civil, Insolvency and Criminal Law" of 27 March 2020 (hereinafter referred to as "COVID 19 Act") must also be taken into account. Article 5 § 1 of the COVID-19 Act introduced Article 240 of the Introductory Act to the Civil Code (EGBGB). Among other things, it grants the micro-enterprises designated therein a right to refuse performance, Art. 240 § 1 II EGBGB. The right to refuse performance is very narrowly defined in terms of personal and material aspects. Under Article 240 § 1 II 2 EGBGB, it applies only to essential contracts. As a matter of principle, this should only cover services of the basic supply, i.e. electricity, gas, telecommunications and also water.³¹ If the narrow scope of application is opened up, the service can be refused until 30 June 2020 in the case of contracts concluded before 8 March 2020. However, the COVID-19 Act provides for the possibility to extend the right to refuse performance until 30.9.2020. For all other companies or supply contracts that are not covered by the new Art. 240 EGBGB, the above mentioned explanations apply.

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them ?

I think in Germany the Covid-19 crisis was handled very well and there is no further need to adapt or specify.

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts ?

The question whether the failure to deliver or the delay in delivery due to the corona virus constitutes force majeure depends on the circumstances of the individual case, in particular on the specific wording of the force majeure clause. In any event, companies and contracting authorities should, as part of their risk management, examine the relevant contractual provisions, taking into account the risk allocation assumed. In order to create legal certainty in supply relations, it is advisable to include a force majeure clause in future supply contracts explicitly for epidemics and other unforeseeable events.

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems ?

That always depends on the respective structure of the civil law contract. With the general civil law on sales contracts and contracts for work and services as well as their right to disrupt performance, there is a wide range of options for action, even if individual contractual regulations are missing.

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations ? And State aid EU rules ?

No, I don't think so.

LITIGATION

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance ? if so please specify

That cannot be judged at the moment. But as far as I can tell now, not yet.

33- What are the grounds of these litigation claims ?

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc) ?

In the case of existing contracts, it is a matter of civil law and action can be taken for the performance of the contract or for damages. If a potential contractor feels disadvantaged because of a direct award, he can initiate a review process.

35- Do you know of any successful out-of-court settlement ?

Not to my knowledge, this is a practical question.

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts ?

No, I don't think so.

37- In your opinion, is it necessary to modify the law ? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution ?

At the moment I do not see any need for fundamental changes to the procurement regulations. In a few months' time, looking back, you may see a need for minor changes here and there. For municipalities, what has always been true applies: It is necessary to professionalize procurement through intensive advanced training. Well-staffed and factually well-equipped registration offices get through every crisis well; others quickly reach their limits.

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts ?

The Federal Government has taken measures to eliminate the shortages of protective equipment and disinfectants that occurred at the beginning of the year and the corona

pandemic: First of all, protective equipment was procured through CPBs like the PO of the Federal Ministry of Defense, of the Federal Ministry of Finance and of the Federal Ministry of the Interior (later also of the Federal Ministry of Health) and then distributed according to a fixed key to the federal states, which passed the goods on, primarily to hospitals and care facilities. In addition to a large number of individual procurement measures, the PO of the Federal Ministry of Health initiated a temporary open-house procedure which worked as follows: Every company that accepted the specified contractual conditions (e.g. a minimum quantity) and prices had a right to conclude a contract. The deadline for submitting offers corresponded to a specified period of just under two weeks. In total, the federal government will receive deliveries for a total of 233 million FFP-2-masks and 63 million surgical masks from this open-house procedure. Regarding the procurement on the Chinese market, the instrument of framework agreements with large German companies was concluded: The companies bought on behalf of the Federal Ministry of Health and for transport there was a cooperation with an airline arranged that could fly e.g. to Shanghai every day.

Similar central procurement measures could be located at the state level: For example, in Bavaria the State Office for Health and Food Safety (“Bayerisches Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit”) took over the procurement of protective equipment at the peak of the pandemic. After the national and international markets eased, central procurement was terminated by the end of June.

While the structure of CPBs was not modified, there was a tendency towards increased centralization recognizable, but no will to establish this as a permanent structure.

*B. Espagne***GENERAL QUESTIONS**

1- Information about the person answering the survey: *Name, Surname, Position*

Patricia Valcárcel Fernández, Associate Professor of Administrative Law (with qualification for Full Professor), University of Vigo.

Beatriz Gómez Fariñas, Research Assistant in Law, Nottingham Trent University.

2- In which country perspective are you responding to this survey?

Spain

3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State?

In Spain, the current Law in force that must be considered is the Law 9/2017, 8th November, on Public Sector Contracts, that transposes the European Parliament and the Council Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU, of 26 February 2014, into the Spanish legal system, (herein after LCSP). LCSP is the Law that transposes the content of European Directives on public procurement. But this Law has a more extensive content. Only one part of the same corresponds to said transposition. But the Law is also made up of other rules applicable to public sector procurement and that are in line with the Spanish tradition on the matter.

Article 2 of the LCSP defines its “objective scope of application” stating that are included under the same:

- a) ‘public sector contracts’: contracts for pecuniary interest -whatever their legal nature- concluded in writing between one or more economic operators and one or more of the public sector entities included in the subjective scope of application of the LCSP for the execution of works, the supply of products or the provision of services.

The LCSP also determines that a contract has pecuniary interest when the economic operators involved in the same obtain some type of economic benefit, either directly or indirectly.

- b) Under some circumstances, contracts subsidized by entities considered to be contracting authorities concluded by other natural or legal persons are also under the scope of application of the LCSP, (only if the subsidized contracts are above EU thresholds).

4- What is the legal status of public contracts?: contracts of private law; contracts of public law; both private and public law; Irrelevant distinction; Other:.....

In Spain, since many decades ago there has been a specific Public Law to regulate the purchases made, originally, by Public Administrations, or, nowadays, according to the updated terminology, by entities -with public nature or not- linked to the public sector. This terminological updating is not only a matter of names. Many years ago, public purchasers were mainly Public Administrations. Nowadays and for different reasons, many of the purchases we are interested in are made by entities linked to the public sector, but

not necessarily Public Administrations.

In the Spanish legal tradition on this topic, the contracts concluded by public sector entities -mainly Public Administrations- have their own regulation separated from the Civil Law. There is a Law on Public Sector Contracts (currently, the aforementioned LCSP). Although this is not to say that Civil Law is never applicable, because depending on different factors a contract concluded by a public sector entity could even be mainly regulated by Civil Law.

The Spanish tradition on the topic is based on the French tradition, and it is built on the basis of the so-called “administrative contracts” as a category. A category that, in principle, has nothing to do with the European Law.

In the current Spanish Law on Public Sector Contracts, only Public Administrations can celebrate “administrative contracts”. Originally an administrative contract was a contract concluded by a Public Administration to meet needs in the general interest. Nowadays, an “administrative contract” are a works contract, a supply contract, a service contract, a services concession contract or a works concession contract concluded by a Public Administration. But all these types of contracts can be also concluded by entities that are not considered Public Administrations, but contracting authorities. In this later case, all of them are considered private contracts, but, in part, are under the scope of application of the Law on Public Sector Contracts.

Private contracts: mainly, those signed by entities of the public sector, which are not Public Administrations. But also, in some cases, contracts concluded by Public Administrations. In order to understand the regulation of the Spanish LCSP it must be highlighted that the intensity in the application of the current LCSP depends on the combination of three different factors:

- i. The nature of the contracting entities
- ii. The nature of the contract (administrative or private), and
- iii. The amount of the contract (European thresholds)

The combination of these three aspects leads to many possibilities.

Regarding contracting entities under its subjective scope of application, the LCSP quotes three different groups (Article 3):

- a) Public Administrations: a group of territorial and non territorial-based entities endowed with public nature. It is worth noting that there are entities with a public nature that this Law does not consider “Public Administrations”. That is, to this Law the public nature of an entity does not mean that the entity is a “Public Administration”. But to this Law all Public Administrations are considered “contracting authorities” *per se*.
- b) Contracting authorities: in the sense of the concept determined by the EU Directives on Public Procurement. “State, regional or local authorities, bodies governed by public law or associations formed by one or more such authorities or one or more such bodies governed by public law”. ‘bodies governed by public law’ means bodies that have all of the following characteristics:
 - a. they are established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character.
 - b. they have legal personality

- c. they are financed, for the most part, by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law; or are subject to management supervision by those authorities or bodies; or have an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law.

According to Spanish LCSP All the Public Administrations are contracting authorities, but not vice versa. Most of the entities with a public nature that this Law does not consider “Public Administrations” are contracting authorities because observe the requirements envisaged by EU Directives.

- c) Other entities of the Public Sector: residual category where are included entities not belonging to the two above categories (e.g.: a public enterprise).

As said, only Public Administrations conclude administrative contracts, and only administrative contracts are completely under the scope of application of the LCSP: Maximum application of the LCSP Preparation-award-formalization-execution/performance-termination.

Minimum application of the LCSP is for contracts concluded by Public Sector Entities that do not have the status of Public administrations or contracting authorities. These contracts shall be governed in their preparation and award by particular public rules but with regard to their effects, modification and termination is totally applicable the Civil Law.

5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category? Please give examples (public procurement, concessions...)

A discussion arisen with occasion of the transposition of the current Directives had to do with the option contained in the current Spanish Law to match the contractual types envisaged in the same, with those in the Directives. That meant to make disappear some traditional and characteristic contractual types from the Spanish legal order. Significantly, the “contract for the management of public services”, which would be redirected to the “service contract” or to the “service concession contract”, depending on whether or not the transfer of operational risk occurs. Many authors, including the Council of State, considered that this measure should had be re-thought because was not required by European Directives and might undermine the provision of important “public services”. In any case, finally the current Law on Public Sector Contracts approved in 2017, includes a general regulation, common to all 5 contract types it regulates: works contract, supply contract, service contract, service concession contract, and works concession contract. These contract types are those recognized in EU Directives. In addition to this common regulation, it contains specific provisions adapted to the “idiosyncrasy” of each one thereof. In the case of works and services concessions, these specificities are reflected, for example, in the provision of specific rules which affect the provision of specific preparatory actions for the same, or the system for the performance and termination thereof.

Through Directive 2014/23/EU, for the first time EU Law regulates service concessions. Notwithstanding, in Spain, even before Directive 2014/23/EU the Law on Public Sector Contracts already included these kinds of contracts in its objective scope of application. Unlike in other States, in Spain, it has long been the case that there has been no problem whatsoever in including “works concessions” and “services concessions” into the

framework of general provisions on public contracts. Nonetheless, the adoption of Directive 2014/23/EU, has entailed modifications which have had a bearing on the configuration made of these two types of contracts. Thus, the current Spanish Law incorporates the requirements of Directive 2014/23/EU (and in doing so, introduces far-reaching modifications); nonetheless, this did not entail a drastic systematic change.

The traditional regulation of “works concessions contracts” and “services concessions contracts” in Spain has revolved around the legal nature attributed to the work or service which is the subject of the “public works” and “public services” contract. The legal regime for both types of contract was conditioned by the type of (“public”) works or services which constituted the object thereof.

Directive 2014/23/EU defines “works concessions” and “services concessions” on the principal basis of economic-budgetary considerations; i.e., without taking into account the essence of the provision which is placed in the hands of the successful tenderer. In order for there to be concessions, concessionaires must be remunerated for the provision of the services they assume through the right to exploit the activity subject to the concession or through said exploitation accompanied by a price, and said exploitation must entail the transfer to the concessionaire of the so-called “operating risk”. In Spain, in particular, the “public services management contract” (into which services concessions were included) implied that the concessionaire assumed the operation of a “public” service, but it was not required for that exploitation to entail the assumption by the same of the “operating risk”, as required by EU Directive. As the EU had not regulated services concessions until the adoption of Directive 2014/23/EU, the full scale of the divergence had not been demonstrated. With the inclusion of a regulation for “services concessions” into Directive 2014/23/EU, the need to adapt Spanish Law has become inescapable.

In any case, the approval of Directive 23/2014/EU has indeed entailed a significant innovation in the way works and service concession contracts are conceived in Spain. It has already been pointed out that, although the conclusion of such contracts always implied recognition of a right to exploit the works or services that are the object of the business in favor of the concessionaire, they did not necessarily entail the transfer to the same of the “operating risk”, in the sense required by the Directive. In accordance with European law, the new LCSP requires that, in concessions, the “operating risk” always be assumed by the concessionaires.

The solution adopted by the Spanish legislator has been to “reconfigure” the types of contracts envisaged in the national public procurement legislation in order to bring them fully into line with those regulated by the EU Directives. The main practical effect of this reform lies in the fact that, with the new conception, many contracts which were previously considered “public service concessions”, as they entailed the exploitation by the concessionaire of service of this nature, can no longer be catalogued as “services concessions”, as they do not entail the transfer of “operating risk” and must now be classified as “service contracts”. In brief, nowadays for the Spanish legislation concession contracts are only those ones that imply, both, the exploitation of a work or service and the assumption of the operating risk by the concessionaire. In fact, the qualification that a contracting authority makes of a contract in the tender documents may be challenged if it is understood that the type of contract does not correspond to that which the contents of the aforesaid documents show it to be. Well, it is possible find different decisions from

special appeal tribunals in the field of procurement in which the qualification of a contract made by the contracting authority is invalidated. Some of these decisions had to do with the fact that the contracting authority had qualified as a “public services concession” a business in which, subsequent to the analysis thereof, it was evident that, even though an exploitation right was acknowledged for the concessionaire, this did not entail the transfer of the operating risk and, accordingly, the contract had to be qualified as a services contract.

Finally, it is worthy to note that the rules for works and services concessions are applied irrespective of the amount that each business may attain. The European thresholds, for example, affect the need to publicize the contract on a European level, but not the essential conception of the business.

In brief, the types of contracts envisaged in the Spanish public procurement legislation is fully into line with those regulated by the EU Directives.

6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...)

In March 14th 2020, the Government of Spain approved the Royal Decree 463/2020 declaring the state of alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19¹⁰⁷. This state of alarm implied restriction of movements for the citizens, and *de facto* a lockdown. This state of alarm was extended every 15 days until June 21st, 2020. Thus, through Royal Decree 476/2020, of March 27, which extends the state of alarm declared by Royal Decree 463/2020, of March 14, the extension was extended until 00:00 hours on 12 April 2020; through Royal Decree 487/2020, of April 10, the extension was arranged until 00:00 hours on April 26, 2020; Royal Decree 492/2020, of April 24, established a new extension until 00:00 hours on May 10, 2020; Royal Decree 514/2020, of May 8, ordered the extension of the state of alarm until 00:00 hours on May 24, 2020; Royal Decree 537/2020, of May 22, extended the state of alarm until 00:00 hours on June 7, 2020; and finally Royal Decree 555/2020, of June 5, extended the state of alarm until 00:00 hours on June 21, 2020. In these Royal Decrees the central government also designed a de-escalation plan divided into different phases for transitioning towards a “new normal”.

As explained, the first state of alarm ended on June the 21st, and was totally commanded by the central state Government. After the 21st of June, the regional governments were the ones that have mainly managed the de-escalation.

In view of the evolution of the pandemic, the Royal Decree 926/2020, of October 25, declared a new state of alarm to contain the spread of infections caused by SARS-CoV-2, that, in principle, will be in force until May 2021.

In this Royal Decree a limitation was imposed on the freedom of movement of people at night, in such a way that between 23:00 and 6:00, people would only be able to circulate on the roads or spaces of public use because of limited and justified reasons.

In the second state of alarm there is no longer a single/unique command assumed by the central government. The Autonomous Communities, respecting the limits set by the state

¹⁰⁷ <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>

parliament and within the framework of their powers, have been able to enact regulations to specify the limitations imposed by the State. For example, the Autonomous Communities, depending on the incidence of the epidemic, have approved perimeter confinements that have prevented citizens from leaving certain areas of a city or a specific town or group of neighboring towns.

7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts?

YES

NO

7a- If yes, please specify what they consist of exactly? Are they still in force? If not, when did they end?

The *Independent Public Procurement Regulation and Supervision Office (Oirescon)* has highlighted that in the specific field of public procurement the regulatory impact of this historical stage has been especially intense. To the point that the already normally changing state and regional regulatory framework in this matter experienced even greater activity. This frenzied activity was monitored by the *Oirescon* through the preparation of a “dynamic” document that was reviewed weekly until the end of the first state of alarm. The first publication of the document took place on April 1, 2020 and the last on June 22, 2020, and shows that in the period under review, up to 700 regulations related to the field of public procurement were approved¹⁰⁸. Most of them are still in force, although some circumstances will be difficult to justify in an administrative file (e.g.: the pandemic is not an unforeseen circumstance any more). In any case, the measures included throughout this legislation had an impact in the different phases of public procurement, that is to say: the awarding, execution and termination of contracts. The main rules adopted were:

1. The First measure affecting public contracts was included in the Royal Decree that declared the state of alarm in Spain (Royal Decree 463/2020). Its Third Additional Provision declared the suspension of administrative deadlines. It established that deadlines in administrative procedures were suspended and that would be resumed at the moment in which that Royal Decree or, where appropriate, the extensions of the same expired.

Of course, this general suspension of administrative deadlines, also affected to the administrative procedures related to the awarding of public contracts. Notwithstanding the foregoing, if the awarding of a particular contract was considered of general interest, the competent contracting body, by means of adopting a reasoned decision, had the power to order the continuation of its awarding. The use or none use of is possibility have caused some litigation between contracting authorities and economic operators (see answer to question number 32).

This general suspension of the administrative procedures was lifted on May the 8th, 2020.

2. Royal Decree-Law 7/2020, of March 12, on adopting urgent measures to face the economic impact of Covid-19. This Royal Decree-Law included some “Measures for the

¹⁰⁸ The latest version of the “dynamic document” is available at: [https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/COVID-19/V-13%20\(22-06-2020\)/22-06%20OIRESCON%20COVID-19%20-CIERRE.pdf](https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/COVID-19/V-13%20(22-06-2020)/22-06%20OIRESCON%20COVID-19%20-CIERRE.pdf).

efficient management of Public Administrations”. Its article 16 referred to measures in the field of public procurement. Basically, this Article stated that to:

a) Public sector entities may use the emergency procedure to award contracts concluded to face Covid-19. This “emergency solution” is regulated in the Article 120 of the Spanish Law on Public Sector Contracts (LCSP). This solution means that when a public administration needs to act immediately due to catastrophic events or situations that pose serious danger (and the pandemic for Covid-19 was assimilated to these circumstances¹⁰⁹), a contracting authority may directly award the contracts needed to face the extraordinary situation, without observing neither the ordinary award procedures nor other formal requirements established in the LCSP.

In short, the award procedures foreseen in the Law on Public Sector Contracts were not modified during to the pandemic. However, in this period the vast majority of contracts concluded in order to acquire medical products or health devices but also other kind of goods and services in any way useful to deal with the situation created by the pandemic have been awarded by using the “emergency procedure”. And this regardless the contracts were above or below the European thresholds.

Commonly, the real application of the “emergency procedure” regulated in Article 120 of the Spanish LCSP is very low. However, with the pandemic, Article 16 of the Royal Decree Law 7/2020 expressly declared the adequacy of the same for the purchase of all types of goods and services required by public sector entities to deal with Covid-19.

But the emergency procedure possibility has not been conceived or described in the general LCSP having in mind a pandemic, but natural catastrophic events, such as, a fire generated by a thunder, floods caused by heavy rains, rockslides, and so on. In any case, the pandemic of Covid-19 was assimilated to these circumstances.

It is important to highlight again that the application of the emergency procedure to fight against Covid-19 was designed in a very broad way. Actually, it could be used to award the contracts needed to adopt “*any type of direct or indirect measure*” to deal with Covid-19. That is to say not only to award contracts related to the acquisition of medical products and health tools. Of course, it has been used for these kinds of purchases, but, moreover, it has also been used by way of example: to award supply contracts of videoconferencing systems, methacrylate sheets in order to separate office tables, laptops to telecommuting, and so on. The emergency procedure speeds up and simplifies the award of contracts. And the use of this solution can be justified in some circumstances (such as in this pandemic). But once the contract is concluded, there is no justification for not giving information about it. In other words, the regulation about this procedure does not establish specialties in terms of transparency regarding the publication of data about the contracts concluded through this exceptional procedure. Therefore, all contracts that are being formalized following this exceptional measure should be, at least, listed in the Public Sector Procurement Platform. This guarantee of transparency is even more relevant since these are contracts directly awarded without publicity and without real concurrence.

¹⁰⁹ Article 16 of Royal Decree Law 7/2020 expressly declared the adequacy of the emergency procedure provided for in Article 120 of the Law on Public Sector Contracts for the purchase of all types of goods and services required by public sector entities to deal with Covid-19.

And what has happened in Spain?. At least initially, the main problem emerged with the use of this emergency procedure during the Covid-19 pandemic was that the information about the contracts concluded this way was not published, or not well-published. This problem has somehow been “solved” and currently there are different websites that give information about these contracts¹¹⁰.

b) In these cases, if it will necessary to make payments on account for preparatory actions to be carried out by the contractor, the common provisions regarding guarantees in the LCSP will not apply (see answer to question 19).

c) When contracting these needs must take place abroad, the formalization of the contracts will correspond to the Head of the Mission or Permanent Representation, and it will be subjected to the conditions freely agreed by the Public Administration with the foreign contractor.

3. Royal Decree-Law 8/2020, of 17 March, on extraordinary urgent measures to address the economic and social impact of Covid-19. Among other things, Article 34 of this Royal Decree-Law adopts different measures to mitigate the effects of Covid-19 on public contracts. Some parts of Article 34 were amended or clarified by means of the Royal Decree-Law 11/2020, of 31st March and Royal Decree-Law 17/2020, of 5th May.

In the Statement of Motives of this Royal Decree-Law it was explained that to prevent Covid-19 and to avoid that the measures adopted by the State, the CCAA or the local Administrations to combat it could lead to the termination of public sector contracts, it was approved a specific regime through which contracting authorities could opt, where appropriate, for the total or partial suspension of contracts. If a total or partial suspension of a contract is adopted, this measure can be complemented with the possibility for the contractor of requesting, -depending on the type of contract- an extension of the term of the contract, the compensation for certain damages, or, if applicable, the re-establishment of the financial balance in concession contracts.

The different measures would be applied depending on the type of contract: continuous service contracts, continuous supply contracts; single performance supply or service contracts; works contracts; works or services concession contracts. In brief, the settled rules were as follows:

a) In the case of continuous provision supply or service contracts, when the existing situation created by Covid-19 and the measures adopted to combat it make it impossible to perform them:

-They can be suspended as of when the existing situation arises until the contracting body notifies the lifting of the suspension, because it is possible to resume them. As such, an administrative decision will be required for the lifting of the suspension.

¹¹⁰ By way of example:

- a) https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/Contratos/Contratos/TotalUrgentes.html
- b) <https://transparencia.aragon.es/content/contrataci%C3%B3n-de-emergencia>
- c) <https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/contratos-emergencia-covid19>
- d) <https://transparencia.madrid.es/portales/transparencia/es/Portada/Especial-Covid-19/Contratos-de-emergencia-tramitados-durante-la-COVID-19/?vgnnextoid=00fa1dc2dcac1710VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=e8d97cbbafd71710VgnVCM2000001f4a900aRCRD>

- The suspension is not automatic. The contractor should request for the suspension and accreditation recognition of the impossibility of performance of the contract (with a term of five calendar days for reply and non-reply constituting rejection). Hence, there is the possibility that the contract must resume if the contracting body replies that performance is not impossible or if it simply fails to reply by the deadline.

-Contractors had to make a special effort to justify the needed of suspension of the contract. There is no specific term for presenting the application, because the five-day term is for deciding on the application, not for presenting it.

-If the contractor does not request for the suspension of the contract, the correspondent contracting authority could declare it *ex officio*.

-This suspension will not constitute grounds for termination of the contract.

-It will be possible to request compensation for loss and damage to the items and within the limits established in the Royal Decree-Law 8/2020 (salaries of personnel attached to the contract at 14 March already paid, maintenance costs of the definitive guarantee, leases and maintenance of machinery and equipment, where it is accredited it cannot be used for other purposes and cost of insurance envisaged in the bidding specifications for the performance of the contract).

-Regarding the loss and damage, the RD-Law 11/2020 resolved some doubts that were raised initially, such as:

a) The salary costs include the cost of Social Security contributions.

b) The suspension of the contract (and therefore the compensation) can be total or partial, when so specified by the contracting body, determining the part that is suspended.

Meanwhile, there is no provision for compensation for loss of profit in the form of a liability claim against the State, in other proceedings, but this approach would be complicated. In fact, the State Attorney's Office Reports state that if performance of the contract is not impossible, no compensation of any kind will apply, since the measures adopted by means of the Covid-19 RDL are general measures adopted in an exceptional situation that the contractor would have the legal duty to observe.

The determination of such loss and damage will, in all likelihood, be a point of friction with companies.

b) In the case of other supply and service contracts (that is, those that are not continuous provision), that do not lose their purpose due to the existing situation created by Covid-19 or the measures adopted to combat it, there is no suspension. In these cases, when the contractor suffers a delay in the execution of the contract:

-The contracting body may be asked for an extension for the time lost, which will be granted on the basis of a prior report from the Contract Manager confirming that the delay is the result of the existing situation created by Covid-19 or the measures adopted to combat it and it is not attributable to the contractor. In this case, no deadline is set for the application or the decision, and no provision is made for a failure to reply.

-The contractor will be able to apply for payment of additional salary costs borne for this reason, up to a maximum of 10% of the initial price of the contract.

-This claim will require a special verification procedure by the contracting body.

-In these contracts, if the delay caused as a result of the Covid-19 crisis means the purpose of the contract is lost, it will have to be terminated.

-These extraordinary rules do not apply to the same contracts that are excluded in the case of continuous provision supply or service contracts.

c) With regard works contracts in which it is impossible to continue performing the contract, but which do not lose their purpose due to the existing situation created by Covid-19 or the measures to combat it, the contractor:

-May request suspension of the same as of when the existing situation arose that prevented provision of the service and until it can be resumed (the contracting body will notify the contractor of the end of the suspension). Suspension is not automatic. It must be requested by the contractor, who must justify the impossibility of performing the contract, and indicate the means affected by the suspension (the personnel, dependencies, vehicles, machinery, facilities and equipment linked to the execution of the contract at that time)

-May request damages limited to the items indicated and within the restrictions established in the Covid-19 RDL, which are the same as for the continuous provision supply and service contracts, unless the increased salary costs are calculated according to the collective agreement and personnel remain attached to the contract when it resumes. With regard to loss and damage, the same rules explained regarding to the continuous provision service and supply contracts apply here.

-The contractor must offer to honour its commitments if the final deadline is extended and provide official confirmation that both the contractor and subcontractors, suppliers and providers hired for the performance of the contract are up-to-date in compliance with their labour and social obligations at 14 March and that the contractor is up-to-date with its payment obligations for subcontractors and suppliers.

-The State Attorney's Office Reports state, moreover, that the contract need not be amended due to these circumstances because the Covid-19 RDL did not equate them with force majeure or unforeseeable circumstances.

d) In the case of works or services concession contracts, the measures adopted to combat Covid will entitle the concessionaires to reestablish the economic balance of the contract. If there are grounds for rebalancing, this will consist of a potential exceptional extension of the term by up to a maximum 15% of its initial duration, or the modification of the financial conditions of the contract. The right to the re-establishment of the balance is recognized in order to compensate: i) a fall in income; and ii) an increase in costs (including salary costs). This will only apply when the contracting body finds that it is impossible to perform the contract due to such circumstances, at the request of the contractor. No deadline is set, for either requesting re-establishment or for requesting the declaration of impossibility of performance which, moreover, creates difficulties for application.

e) Exceptions: These extraordinary rules will not apply to some contracts that were considered essentials:

-Contracts for services or supplies in the area of healthcare, pharmacy or other areas where the object is linked to the health crisis caused by Covid-19.

-Contracts for security, cleaning or IT systems maintenance services.

-Contracts for services or supplies necessary to guarantee the mobility and security of transport infrastructures and services.

-Contracts awarded by those public entities listed on official markets and not financed by the General State Budget.

No specific term of validity is set for these measures, which will depend on the timeframe of the impact of Covid-19 or of the measures adopted by the State, the autonomous regions or the local administration to combat it. The State Attorney's Office has issued at least two reports stating its position on certain matters raised by the cited Royal Decree-Laws.

7b- If no, were there guidances given by the State or local authorities? If yes, please specify what they were/are.

This question does not apply to the Spanish case.

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures? **Yes, in some cases, there have been difficulties in implementing or assessing all these measures. By way of example:**

-Regarding the suspension of public contracts there have been contractors who did not request the total or partial suspension of their contracts and stopped executing the contract without the previous approval of the correspondent contracting authority.

-In contracts concluded by using the emergency procedure (direct award) the formalizations of the same were not published. And during the pandemic this emergency solution became widespread. As explained, the rules related to the emergency procedure do not establish specialties in terms of transparency of the formalization of contracts. Therefore, all contracts concluded by means of this exceptional measure should be, at least, listed in the Public Sector Procurement Platform.

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future?

There are aspects whose need for improvement in the general LCSP may have been evidenced because of the pandemic. For instance:

-It is needed a simplification and flexibilization of award procedures for extraordinary circumstances. But having said that, in our view, today it is difficult to justify in many cases the application of the “emergency procedure” to combat Covid-19. In contrast to what happened in March 2020, nowadays it is difficult to maintain that Covid-19 pandemic fits in the concept of unforeseen event.

-The *force majeure* can not only affect work contracts, but also others.

Generally speaking, it does not seem appropriate to maintain the measures adopted during the pandemic once the pandemic ends. At least not in the so broad way for their application that has been designed to fight the pandemic. That is, from our point of view it would be necessary to deeply reflect on what concrete aspects could be included in the LCSP. (e.g: the admissibility of the full payment of the contract in advance has caused important problems. See answer to question 19)

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties)? It may also be that there was sometimes no

official decision i.e. de facto suspension. Were public contracts suspended de facto because of practical difficulties to suspend them by a formal decision?

a) **Yes, the execution phase of many public contracts was suspended. E.g.: public kindergartens concession contracts; restaurant and coffee service concession contracts; supply contracts for provision of menus to public schools, etc.**

b) **In general, the suspension was decided by the correspondent contracting authorities at the request of the contractors.**

c) **Yes, there were cases in which the suspension just occurred *de facto*, due to practical difficulties at least initially in requesting and obtaining a formal decision by the contracting authority. This circumstance could generate impossibility of a compensation of damages being recognize.**

See answer to question 7.a), in particular number 3 of the answer.

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract? Were there difficulties to provide such evidence?

As explained (see answer to question 7.a), according to Article 34 of the Royal Decree-Law 8/2020, contracts would be suspended when their execution were impossible. In that case, the general rule was that it would be the contractor who should request the suspension to the contracting authority. Although the contractor's request had to explain why the performance of the contract could not go ahead, the contracting authorities were the ones that had to analyzed whether such impossibility existed or not.

Although to our knowledge, in general, there were not particular problems to provide evidence of the inability to temporarily perform the contracts, those difficulties emerged in some kind of contracts. Indeed, in some contracts the contractors have had problems provide evidence about the impossibility of fully compliance the contract, a circumstance that could lead to the partial suspension of the same. By way of example, this difficulty occurred with regard to home care services contracts. Many users of these services did not want to continue receiving the service because of fear of contagion and this caused a very significant decrease in the number of users, what affected the contractor. In any case, many Autonomous Communities solved these problems by complementing the State regulations (e.g. Andalusia or Catalonia).

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract?

Not to our knowledge.

11. What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

As explained, Article 34 of the Royal Decree-Law 8/2020 establishes the possibility of suspension continuous provision supply or service contracts, and works contracts. In these cases, the damages that can be compensated are:

- **The salary costs that have been paid by the contractor to the personnel assigned to the execution of the contract during the period of suspension. The salary costs include the cost of Social Security contributions.**
- **The costs for maintenance of the final guarantee during the period of suspension.**

- The costs for renting or maintaining machinery, installations and equipment directly assigned to the execution of the contract, provided that the contractor proves that these means could not be used for other purposes during the suspension of the contract.
- The costs of insurance policies provided for in the contract documents and linked to the object of the contract, which have been signed by the contractor and are in force at the time of the suspension of the contract.

In the event of partial suspension, the damages to be paid will be those corresponding to the part of the contract suspended in accordance with this section of this article.

The determination of such loss and damage will, in all likelihood, be a point of friction with companies.

12. What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract? Contract terms. Please specify which ones; usual legal mechanisms (law, regulation, case law). Please specify which ones; Other

The legal base is Art. 34 of the RDL 8/2020

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts?

YES

NO

13a- If yes, who decided to terminate the contract: contracting authorities, economic operators... ? And what was the main reason for it?

Contracting authorities are the ones that have to assess if once the contracts can be resumed, their performance has lost its purpose. In this case, Article 211.1.g) of the LCSP establishes as a cause for termination of public contracts: “g) The impossibility of executing the object of the contract in the initially agreed terms, when it is not possible to modify the contract within the limits of admissible modifications; or when, the modifications imply, individually or jointly, alterations in the price thereof, in an amount greater, more or less, than 20 percent of the initial price of the contract, excluding VAT”.

In general, the termination of contracts has been exceptional, and only have affected some sectors (e.g.; contracts for the provision of services for artistic interpretation and that had been concluded for local celebrations were terminated due to cancellation of these kind of celebrations. See answers to questions 14 and 15).

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?

The regulations on Covid-19 have not established great news in this regard. Therefore, the general rule is the ordinary one stated in Art. 213.4 of the LCSP. According to this Article, the contractor would be entitled to request for the payment of the services already performed and to a percentage of 3% of the amount of costs of the services, works, or supplies finally not performed.

However, Article 4 of the Royal Decree Law 17/2020, established a particular rule applicable to a sort of contracts that have been affected by termination: services contracts

for artistic interpretation and entertainment (many contracts for the provision of services for artistic interpretation and that had been concluded for local celebrations were terminated due to cancellation of these kind of celebrations). The mentioned Article 4 established that when the termination of contracts for artistic interpretation and entertainment -whose amount did not exceed 50,000 euros- was adopted as a result of Covid-19, or the sanitary measures adopted to combat it, the contractors may request for a compensation that may not be less than 3% nor higher than 6% of the contract price. In this case, the provisions of article 213.4 of LCSP shall not apply.

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract? Were there difficulties to provide such evidence?

To our knowledge, for now there have only been cases of contract termination in the aforementioned field of services contracts for artistic interpretation and entertainment. But there have been no major probative difficulties about the inability to perform the contract, since they were entertainments cancelled by the Administrations themselves (e.g., local/municipal summer festivals that were cancelled)

In other types of contracts, we are not aware of cases in which termination has occurred. In any case, litigation claims that can be pose, could make appear evidences of such probatory difficulties.

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis?

The extension of the initial deadline of contracts was a measure foreseen in Article 34 of the Royal Decree-Law 8/2020 for some types of contracts: single performance supply or service contracts; works contracts and works or services concession contracts

Generally speaking, as far as we know the application of this measure it is not being problematic in practice nor in single performance supply or service contracts, nor in works contracts.

In the particular case of works contracts, our practical experience let us state that when an extension has been requested by the contractor, the extension has been recognized by the contracting authority for a term equal to or greater than that affected. In fact, if, for example, it was detected that there could be problems with the supply of certain materials used in the execution of the works, this circumstance has been taken into account when determining the extension of the new term.

In the case of continuous provision supply or service contracts, the extension of the deadline does not apply. For those ones that were totally or partially suspended, were appropriate, it applies the explained compensation regime.

Finally, with regard to services and works concession contracts the right to restore the economic balance of the contract could be implemented by means of an extension of the initial duration of the contract to a maximum of 15% or by means of the modification of

the economic clauses. (This regime is explained in detail answer to question 26). However, this are usually long terms contracts in whose performance must be observed the principle of sole *risk and venture* of the concessionaire. Therefore, the extension of concession contracts is not as “automatic” as regarding other contracts. It only can be recognized when the balance of the concession has really been broken. That’s why although some concessionaires (big companies) have announced their intention to request for the economic rebalance of highways concessions, some administrative authorities in different reports have already pointed out that a decrease of income not necessarily implies the right to rebalance the financing of the concession¹¹¹. It is necessary a case by case study. In any case, it is true that during the alarm state the highways remained open, and that because of the mobility restrictions have suffered a drastic reduction in the number of users, and this may result in the restoration of the economic balance of the contract when the gross operating margin has been negative during the period of the alarm state (Article 25 of Royal Decree-Law 26/2020 of 7 July), that could lead to the extension of the initial term.

17- What was the preferred way to extend the contract deadline: unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement?

In the context we are interested in now, the extension of a public contract must be declared by a unilateral administrative act adopted by the correspondent contracting authority within the framework of an administrative procedure that, in principle, begins at the request of the contractor.

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline?

To our knowledge, nor economic operators nor contracting authorities have refuse to extend the contract deadlines in works contracts.

As explained in question 16, contracting authorities are more reluctant to extend the concessions deadlines to restore their economic balance, at least in some cases such as highways concessions. In the latter cases, what contracting authorities are sometimes doing is not answering the concessionaires’s request for extension, and no answering means rejection.

On the other hand, in some contracts, in spite the contractors could obtain an extension of their contracts term, they are not interested in so. In fact, they would like the termination of the contract since the Covid-19 has significantly increased the contracts performing costs, and the costs are not easily compensated by contracting authorities. For instance, this has happened in some health transport services contracts, or in some cleaning services contracts. In these cases, a mandatory extension of the term will be imposed to the contractor only if at the term of the contract a new contract has not yet been awarded.

¹¹¹Report of the Galician Competition Authority IPRO 2/2020 on eventual compensations to the highway concessionaires for the reduction of income during the state of alarm from the perspective of the competition. Available at: http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/cgc/IPRO_2_2020_cast.pdf
See also the report of the General State Attorney 394/20 of Abril, the 2nd.

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic? If so, what is the legal basis?

In Spanish Public Procurement Law, the general rule is that the Administration has to pay the price of the contract within 30 days from the date of approval of the work certificates or documents that prove the conformity of the goods or services with the provisions of the contract (Article 198.4 Law 9/2017, of 8th November, on Public Sector Contracts – LPSC)¹¹². However, the pandemic led to the approval of a set of exceptional legal provisions to adapt public procurement to the new scenario and ensure the immediate supply of essential equipment. In particular, the Royal Decree-Law 9/2020 of 27th March¹¹³ enables contracting authorities to make some of the payments, or even paying the full price, prior to the performance of the contract when absolutely indispensable. This circumstance will be assessed in view of the market situation and commercial traffic of the State in which the procurement is carried out.

This measure responds to the requirements of some economic operators to receive cash in advance in exchange for the urgent supply of essential products to hospitals, such as masks or ventilators. However, it also creates significant problems when the contractor does not provide the products, or they do not meet the minimum health requirements. To give an example, in March the Spanish Government purchased more than 8,8 million masks from Hangzhou Ruining Trading Co., Ltd. The contractor required the full payment of the contract in advance (31.291.547,08 euros) but when the masks arrived at the hospitals the health staff found that their capacity to filter particles was lower than that specified for that model.

For these situations, the mentioned Royal Decree-Law establishes that the risk of loss arising from these operations shall be borne by the State budget.

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority or modification by agreement, or both?

The health crisis caused by Covid-19 has led the Spanish Government to declare the suspension of all public contracts, apart from those which are essential to face this extraordinary situation (supply of health equipment, cleaning and disinfection services, etc.). Article 34 of Royal Decree-Law 8/2020 of 17th March¹¹⁴ states that, when the performance of a public contract is not possible given the situation created by the pandemic, it will be suspended totally or partially. An example of a public contract that may be suspended only in part is the cleaning or security services of a public building that is partially open.

The mentioned provision determines the consequences of the suspension in terms of change in the initial conditions or compensation of damages to the contractor. These consequences may be different depending on the type of contract, as indicated below:

A. Services and supply contracts

¹¹² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

¹¹³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4152>

¹¹⁴ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3824

In the event of a suspension, the contractor may only be awarded the following damages:

- The salary costs that have been paid by the contractor to the personnel assigned to the execution of the contract during the period of suspension.
- The costs for maintenance of the final guarantee during the period of suspension.
- The costs for renting or maintaining machinery, installations and equipment directly assigned to the execution of the contract, provided that the contractor proves that these means could not be used for other purposes during the suspension of the contract.
- The costs of insurance policies provided for in the contract documents and linked to the object of the contract, which have been signed by the contractor and are in force at the time of the suspension of the contract.

In the event of a partial suspension, the damages to be awarded to the contractor will be those related to the suspended part of the contract.

B) Other services and supply contracts

In services and supply contracts other than the above, it may happen that the contractor delays in meeting the deadlines set out in the contract. If the contractor offers to meet his commitments in case the deadline was extended, the contracting authority will grant that extension. It will be at least equal to the time lost due to Covid-19 unless the contractor requests another minor. No penalties will be imposed on the contractor nor will the contract be terminated.

In addition, the contractor has the right to be compensated for the additional salary costs incurred as a result of the time lost due to this situation, up to a maximum limit of 10 percent of the initial contract price.

C) Works contracts

When the completion of the work is expected after March 14 (the date of the beginning of the alarm state) and during the period of the alarm state, and the delivery of the work cannot take place, the contractor can request an extension of the delivery period.

In works contracts, only the following concepts will be compensated as a result of the suspension:

- The salary costs that have been paid by the contractor to the personnel assigned to the execution of the contract during the period of suspension.
- The costs for maintenance of the final guarantee during the period of suspension.
- The costs for renting or maintaining machinery, installations and equipment directly assigned to the execution of the contract, provided that the contractor proves that these means could not be used for other purposes during the suspension of the contract and those costs are lower than the cost of terminating the renting or maintaining contracts.
- The costs of insurance policies provided for in the contract documents and linked to the object of the contract, which have been signed by the contractor and are in force at the time of the suspension of the contract.

However, the compensation will only occur when the contractor proves that he complies with the following requirements: (i) the contractor, subcontractors and suppliers are up to date with the fulfilment of their labour and social obligations; and (ii) the contractor is up to date with the fulfilment of his payment obligations to the subcontractors and suppliers. **Both requirements should be met on 14 March 2020.**

D) Works and services concessions

In these cases, the contracting authority must restore the economic balance of the contract by agreeing to an extension of the initial duration of the contract to a maximum of 15% or the modification of the economic clauses. This regime is explained in detail in question No. 26.

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract?

The reason for the adoption of the suspension of the contract was to give a general response to the difficulties of performing a public contract in a situation of alarm state. At the same time, the explained provision aimed to avoid a massive resolution of public contracts and ensure the satisfaction of public interests.

Additional costs

22- During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority?

As explained above, the main measure adopted was the suspension of public contracts during the alarm state. However, the Administration also imposed some other restrictions and organisational actions that go beyond that period and may have a negative impact on specific contracts. For example, road transport contractors have experienced a significant reduction in their activity due to mobility restrictions imposed by the Government, but at the same time they have been required to make substantial investments to ensure sanitary measures in vehicles (disinfection, social distancing, ventilation equipment installation, etc.).

In this situation, the Government has declared the right of the contractors to get the economic balance of the contract restored. This measure intends to mitigate the impact of the administrative measures in terms of income reduction due to the decrease of the demand and cost increase to adapt the vehicles to the sanitary requirements (Article 24 of Royal Decree-Law 26/2020 of 7 July)¹¹⁵.

The mobility restrictions had also the same impact on concessions for the construction, maintenance and operation of toll roads, concessions for the conservation and operation of highways, and concessions for service areas. Even though during the alarm state the highways remained open, the drastic reduction in the number of users may result in the restoration of the economic balance of the contract when the gross operating margin has been negative during the period of the alarm state (Article 25 of Royal Decree-Law 26/2020 of 7 July).

On the other hand, the Government has also approved a special legal regime for contracts concerning artistic interpretation and entertainment (Royal Decree-Law 17/2020 of 5 May, Article 4)¹¹⁶. The modification or suspension of these contracts will involve the right of the

¹¹⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-7432

¹¹⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4832#:~:text=Real%20Decreto%20de%2017%2F2020,Publicado%20en%3A&text=126%2C%20de%2006%2F05%2F2020.>

contractor to receive an advance payment, provided that the amount of the contract does not exceed 50.000 euros. That payment will be up to 30% of the price of the contract.

If the organisational actions lead to the termination of the contract given the impossibility of performing it in the terms initially agreed, then the contracting authority may award damages to the contractor. The amount shall not be less than 3 or more than 6% of the contract price. As above, this provision only applies when the amount of the contract does not exceed 50.000 euros.

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

Apart from organisational measures, the only action to mitigate the damages in the performance of the contract is the cost compensation set out in Article 34 of Royal Decree-Law 8/2020 of 17th March (see question No. 20). It has been claimed, however, that the salary costs include situations in which the contractor must hire the necessary staff for the conservation and maintenance of the work or service during the situation created by the Covid-19. This provision also refers to costs for renting or maintaining machinery, installations and equipment directly assigned to the execution of the contract, but it does not cover new acquisitions.

24- What is the legal basis for the additional costs compensation?

The basis for the cost compensation is the extraordinary legal mechanisms enacted by the Spanish Government to face the pandemic. Among them, the Royal Decree-Law 8/2020 of 17th March is particularly relevant in relation to damage and cost compensations.

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered? Or are they generally considered to be borne by the economic operator?

As a general rule, the relations between the Administration and the contractor are determined by the principle *pacta sunt servanda*. In accordance with this principle, obligations arising from the contract have the force of law between the contracting parties and must be fulfilled under the agreed terms (Article 189 LPSC). Thus, the contract is based on the immutability of the conditions accepted by the parties by mutual agreement.

In addition to the immutability of the contract, another essential premise inherent to public contracts in the Spanish legal system is the attribution to the contractor of the *risk and venture of the contract* (Article 197 LPSC). This involves that the contractor assumes the normal risks that are associated with the performance of the contract, so that a mere variation in the circumstances under which the contract was concluded would not allow him to unilaterally request the amendment of the contract. According to the Spanish Supreme Court, the contractor not only benefits from the greater advantages that the dynamics of the contract bring to him compared to those initially foreseen, but also has to bear the increased costs that its execution may entail (Judgement of 20 July 2016). The principle of risk and venture carries with it an element of uncertainty in the economic results of the contract – it means that the frustration of the economic expectations that the

contractor took into consideration in order to consent to the contract does not release him from the strict compliance of the contract conditions.

However, there are some specific situations in which the contracting authority must restore the economic balance of the contract. This occurs when it is disturbed for reasons attributable to the contracting authority, e.g. unilateral modification of the contract (*ius variandi*) or other actions which, due to their mandatory nature, directly determine the rupture of the economy of the contract (*factum principis*), or for reasons of force majeure or unforeseeable circumstances.

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders? If so, what was their purpose: to support the contractual partner, to support the economy, or both?

The Royal Decree-Law 8/2020 of 17th March establishes a special regime to compensate for the rupture of the economic balance of the concessions due to the factual situation created by Covid-19 and the measures adopted by the Administration to deal with it. Article 34.4 stated that, when the contractor can prove the impossibility of performing the contract, he will have the right to be compensated by an extension of the initial duration of the contract to a maximum of 15% or the modification of the economic clauses included in the contract.

The main purpose of this measure is to ensure the satisfaction of the public interests. Moreover, the rebalancing of the reciprocal obligations aims to prevent all the damage from falling on one of the parties. It is a requirement for loyalty and good faith which must inspire the relations between the administration and the contractor.

However, in practice, the scope of application of the mentioned provision has been rather limited. Initially, the Administration made a restrictive interpretation of this possibility and claimed that the compensation in the works and services concessions was only pertinent when the impossibility entails the absolute unfeasibility of executing the contract. This did not happen, in its opinion, when the performance of the contract could continue, even if the way in which it could be done varies due to the alarm state. The problem is that the absolute impossibility is not compatible with essential works and public services, such as water supply, public transport, etc.

The new wording of the last paragraph of Article 34.4, introduced by Royal Decree-Law 17/2020 of 5th May, calls for a more flexible interpretation. It admits the application of the exceptional regime of restoring the economic balance of the concession when the impossibility of performing the contract is only partial, not absolute or total.

A second problem arises in relation to those cases in which the contractor cannot prove the impossibility of performing the contract, either total or partial, but he can evidence the rupture of the economic balance. In this scenario, the Administration can propose to the contractor an “adjustment of the provision” to the current circumstances, both in terms of substantive content and remuneration, by exercising its prerogative to interpret the terms of the contract set out in Article 190 LPSC. This leads to a new interpretation of the impossibility of performing the contract, i.e., the impossibility of performing the contract in the terms initially agreed.

One clear example of the above is the compensation to infrastructure concession companies in Spain (highways, car parks, transport of passengers, etc.). Although the first

reaction of the Spanish Government was to refuse any compensation, then changed its mind in view of the flood of complaints. Now the Royal Decree-Law 26/2020 of 7 July accepts the restoration of the economic balance in public contracts for regular passengers' transport by road to mitigate the consequences of Covid-19 (Article 24). The rebalancing shall be determined taking into account income reduction due to a decrease in passenger demand, as well as cost increase due to disinfection of vehicles during the state of alert.

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (*imprévision*) exist in such circumstances.

In Spanish law, Article 239 LPSC refers to the force majeure in relation to work contracts, which exists when an unforeseeable, inevitable and irresistible event occurs. This provision establishes the right of the contractor to be awarded compensation for damages that occurred in the execution of the contract, provided that there is no imprudent act on his part. It is worth noting, however, that the law specifies the cases in which it is possible to claim the concurrence of force majeure:

- a) Fires caused by atmospheric electricity.
- b) Catastrophic natural phenomena, such as seaquakes, earthquakes, volcanic eruptions, ground movements, sea storms, floods or similar.
- c) Violent damage caused in time of war, tumultuous robbery or serious affrays.

The mentioned situations should be interpreted in a restrictive manner. It means that the concept of force majeure cannot be extended to other situations. As we will discuss in the next question, this interpretation of the concept makes it unsuitable for responding to new realities, such as a global pandemic.

Furthermore, Article 254 LPSC admits the realization of adjustments in the economic plan of work concessions when the concurrence of force majeure results in an increase in costs for the contractor. In the event that the force majeure completely hinders the performance of the works, the contract will be terminated and the contracting authority will be required to pay the concessionaire the total amount of the works performed, as well as the increased costs incurred as a result of the indebtedness to a third party.

On the other hand, the LPSC refers to the doctrine of unforeseeable risk as a cause for modification or termination of public contracts. It applies when a risk that could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract appears and, as a consequence, the performance conditions of the contract change substantially, so that it becomes much more onerous for one of the parties than originally envisaged.

As stated in Article 205 LPSC, the concurrence of unforeseeable circumstances justifies a modification of the contract that has not been provided for in the initial procurement documents when the following conditions are met:

- a) The need for the modification arises from circumstances that a diligent Administration could not have foreseen.

- b) The modification does not alter the overall nature of the contract.
- c) Any increase in price is not higher than 50% of the value of the original contract, either alone or together with other modifications agreed in accordance with this article.

If the modification of the contract is not possible, then the contract must be terminated (Article 211 LPSC).

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them?

Generally speaking, the use of the force majeure and the doctrine of unforeseeable risk to deal with the health crisis raises certain difficulties that must be borne in mind. As we have already mentioned, the concept of force majeure should be interpreted in a restrictive manner and cannot be extended to situations other than those provided by law. The first problem is that Article 239 LPSC does not address a scenario where there is a global pandemic. The only possibility would be to understand that this situation is included in the open clause “or similar”, stated in letter (b) concerning catastrophic natural phenomena. Moreover, this mechanism only operates in relation to work contracts, but not to services or supply contracts, which are also affected by the extraordinary situation.

It is reasonable to include the pandemic in the concept of force majeure, even though the legal provisions are not entirely clear in this regard, but its suitability to respond to tackle Covid-19 is subjected to a more flexible interpretation of this concept. In particular, it should be extended to all public contracts to ensure a homogeneous response to the health crisis.

However, there is another difficulty that must be sorted out: The requirement of a direct causal relationship between the event and the contractual damage. This relation is clear when a natural phenomenon damages the public infrastructures (e.g. when a flood destroys a highway), but it may be questioned in the case of the pandemic. In the latter, the damages are not caused by the pandemic itself, but by the rules issued by the public authorities to combat it. Again, we need to make a generous interpretation of this requirement to make it fit in the concept of force majeure.

The doctrine of unforeseeable risk seems to be more suitable for this situation since it enables the modification or even the termination of public contracts affected by the pandemic. But it raises the same problems as the force majeure when it comes to compensating the damages in services or supply contracts.

From the above, it can be concluded that neither of the mentioned mechanisms is fully appropriate to tackle the health crisis. The new scenario demands a specific legislative response to deal with the impact of the pandemic on contract performance. The different Royal Decrees enacted by the Spanish Government during the alarm state aimed to achieve that objective, but it would be desirable to regulate the “new normal” of public procurement.

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts?

Providing that the different Governments have now a certain experience in combating the pandemic, the best solution would be to anticipate the possible problems that could arise during the contract performance and write them down in the contract documents. If the preparation of the contract has always been essential for the successful completion of the contract, now it is even more relevant. Contracting entities should include the estimated costs that the contractor will have to face in order to comply with the required health measures or as a result of new restrictions imposed by the authorities.

On the other hand, they should specify the conditions that would justify an eventual modification of the contract and the more suitable way to adapt its terms without harming the contractor's interests in excess. This would solve the problem of the legal limitations to modify the contract when it has not been expressly included in the documents.

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems?

I consider that the amendment clauses included in Article 205 LPSC, in relation to those cases where the modification of the contract has not been provided for in the initial procurement documents, are not suitable for solving the problems linked to the pandemic. The only provision that could be used in that context is section 2(b) of the mentioned Article, in accordance to which the concurrence of unforeseeable circumstances may justify the modification of the contract when the following conditions are met:

- a) The need for the modification arises from circumstances that a diligent Administration could not have foreseen.
- b) The modification does not alter the overall nature of the contract.
- c) Any increase in price is not higher than 50% of the value of the original contract, either alone or together with other modifications agreed in accordance with this article.

The problem is that the health crisis cannot be considered as an unforeseeable event anymore, and it precludes the possibility of using this path to adjust the terms of the contract to the new circumstances. Moreover, the limit of 50% in the modification of the contract might not be enough to address the specific situation, especially when more than one modification is needed. So, once again, we must resort to the extraordinary solutions stated in the legal provisions approved by the Government during the alarm state. It seems to be a good moment for the legislator to think about including some of these provisions in the ordinary public procurement law.

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations? And State aid EU rules?

The legal regime of modifications included in the European Directive on Public Procurement reveals the same difficulties as the Spanish regulation, particularly concerning the (un)foreseeable nature of the pandemic and its consequences. However, it leaves more space for significant modifications of the contract since the limit of 50% applies in relation to each amendment individually.

Concerning the State aid, generally we can claim that compliance with EU procurement rules suppresses any undue economic advantage. It would mean that the State aid rules do not impose more restrictions to contract adaptation than those established in the Directive.

However, it does impose constraints on other domestic measures to support the national industry that are not compatible with such a severe situations, and that is why the European Commission has adopted a Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current Covid-19 outbreak [C(2020) 1863 final, 19.03.2020].

Litigation

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance? if so please specify.

There is no doubt that the impact of Covid-19 on public procurement has led to many disagreements between the contracting authorities and the contractors. The measures adopted by the Government to mitigate the negative consequences of the pandemic on contract holders have been deemed insufficient and have drawn quite a few criticisms. It is early to know whether these criticisms have resulted in litigation claims since most of the administrative procedures to claim for compensation are still open. However, it is reasonable to anticipate that the litigation claims will arise sooner than later. To give an example, various big companies in charge of the operation of highways have already released their intention to go to court to seek further compensation.

From a procedural perspective, the main difficulties are related to the general suspension of administrative procedures and the mandatory extension of contracts. The Catalan Administrative Body for Contractual Appeals has disclosed several pronouncements in this regard which give us an insight into the premature complaints. Thus, in its decision 198/2020 of 28 May¹¹⁷, it had to deal with the decision of the contracting authority of non-suspension of the deadline for submission of tenders, despite the fact that Royal Decree 463/2020 of 14 March has declared the general suspension of most procedures. It pointed out that, because of this provision, the contracting authority should have frozen the deadlines instead of continuing with the procedure.

In the decision 210/2020 of 10 June¹¹⁸, the dispute arises from the intention of the contracting authority of extending a service contract for lifeguarding and rescuing at the beach. Under Article 34.1 of Royal Decree-Law 8/2020 of 17th March, the extension of the contract will be possible where, at the expiration of a contract, a new contract guaranteeing the continuity of the service has not been concluded as a result of the suspension of the contracting procedures, and it is not possible to conclude it. In this case, an economic operator who was interesting in the new contract challenged the contracting authority's decision of extending the services of a contract awarded in 2019 to 2020. The administrative body understood that the requirements to use this mechanism were not met and the contracting authority could easily award a new contract.

33- What are the grounds of these litigation claims?

As mentioned before, by way of example, in the decision 198/2020 of 28 May the ground was the decision of the contracting authority to continue with the deadline to submit tenders instead of adopting the suspension.

117 <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/2020/resolucio-num-198-2020.pdf>

118 <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/2020/resolucio-num-210-2020.pdf>

In the decision 210/2020 of 10 June, the ground was the non-compliance with the conditions to adopt the mandatory extension of the contract to ensure the continuity of the service.

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc)?

In both cases, the complainant requests the annulment of the administrative decision. Specifically, in the first case the suspension and subsequent extension of the deadline for submitting tenders is requested. In the second case, the petition is the suspension and annulment of the decision to award the contract to the previous economic operator using the extension mechanism.

35- Do you know of any successful out-of-court settlement?

No.

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts?

In the Spanish legal system, public contracts have a different regulation and purpose than those celebrated between two or more private parties. The key factor in the formers is the appropriate satisfaction of public interests and, for that reason, they are subjected to more rigorous requirements in their award and performance. So, in our opinion, these contracts should be disciplined for a specific regulation as they are nowadays, which is the most accurate to give solutions to the different problems that may arise in practice.

Nevertheless, it is worth noting that extraordinary situations require extraordinary solutions. Even though the Spanish Public Procurement Law establishes several mechanisms to deal with unforeseen and severe circumstances that may threaten the performance of public contracts, the truth is that these provisions have been revealed as insufficient in the most crucial stage of the pandemic. It should be complemented, thus, with specific legislation that enables to regulate and give a swift response to the various vicissitudes that may affect the different parties of the contract. For example, as we have mentioned before, the Spanish Government approved extraordinary legal provisions to award damages to the contractor and restore the economic balance of the concessions.

37- In your opinion, is it necessary to modify the law? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution?

The Spanish Public Procurement Law, like the European Public Procurement Directive, includes mechanisms to adapt public contracts to very severe circumstances that might alter the terms and conditions of the contract, as well as having a negative impact on the side of the contractor. The problem is that the procedures and solutions included in the Spanish legislation are characterised by a concerning red tape that makes it difficult to comply with the objective of giving a quick response to the needs of the different groups (population, economic operators, public authorities, etc.). For example, the regulation of negotiated procedure without publication is much more cumbersome than the one contained in the Directive, so that it led in practice to excessive use of the emergency procedure.

The “new normal” clearly needs a Public Procurement Law flexible enough to address future waves of the Covid-19 and its consequences. Considering that the pandemic is not an unforeseen event anymore, the legislation should specify – among other issues – the procedural mechanisms to award new contracts and the allocation of costs between parties.

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts?

At this point, we believe that it is important to highlight one of the most concerning problems that arise during the pandemic: the absence of reliable data regarding the public contracts that have been awarded during that period, in particular by using the emergency procedure. Since the beginning, the Spanish Government has been reluctant to publish this information at the State’s contracting platform even though it is mandatory. However, the acquisition of faulty equipment – such as masks and tests – and the pressure of the media forced the public authorities to inform about the spending of the public funds. The problem is that, even at present, it is difficult to ascertain the number and quantity of the contracts that have been awarded. Indeed, many voices are claiming that not all of them have been published as required.

On the other hand, the organisation of the information uploaded to the mentioned platform is confusing and the search mechanisms are not very intuitive. Unlike other countries, such as Portugal or Ukraine, the Spanish Government has not articulated special technological mechanisms to identify the contracts awarded to face the health crisis. This circumstance makes the search for information a tedious task and runs against the duty of transparency that should inspire public procurement.

*C. Italie***GENERAL QUESTIONS**

1- Information about the person answering the survey: *Name, Surname, Position*

Roberto Caranta, Prof., University of Turin

Mario Comba, Prof., University of Turin

Benedetta Biancardi, PHD, University of Turin

2- In which country perspective are you responding to this survey?

Italy

3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State?

Very much in line with EU directives, in Italy ‘public contracts’ correspond to the rather generic meaning of contracts one of whose parties is the State or another contracting authority.¹¹⁹ This notion is less discrete than notions of public (law) contract known to the legal traditions of some Member States such as France (contrats publics) or Germany (Verwaltungsvertrag).

4- What is the legal status of public contracts?

Contracts of public law, but private law is relevant concerning aspects in contract implementation

5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category? Please give examples (public procurement, concessions...)

Public procurement, concessions, PPPs, sponsorship contracts, sales contracts. Employment contracts

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici (Public contracts Code) gives detailed rules for the award of procurement and concession contracts. Article 4 thereof provides that a number of general principles (mostly corresponding to those of EU law) are applicable to all contracts for the acquisition of works, goods and services and to the contracts from which a revenue accrues to contracting authorities (e.g. sale contracts)

6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...).

**March-May, national total lockdown, only essential services and grocery shops open
Beg of November-present, regional lockdowns, modulated on the gravity of the situation based on a number of parameters (number of cases, growth ratio, impact on health services etc), with different types of mainly commercial activities involved (all shops closed, but grocery and essential stuff in red zones; all shops open in orange ones, bar and restaurants**

¹¹⁹ R. CARANTA, *Contratti pubblici* (2nd, Giappichelli, 2012).

open until 6 PM in yellow ones; theaters, museums and gyms closed everywhere; schools open only up to 6th graders). Classment revised every two weeks. Most of Italy yellow now.

7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts?

YES

NO

7a- If yes, please specify what they consist of exactly? Are they still in force? If not, when did they end?

I. Decreto del Presidente Consiglio dei Ministri (DPCM) of the 17 March 2020 suspended deadlines for all administrative procedures pending from 23 of February till 15 april 2020; the suspension has later been prorogated by the DPCM of 8 April 2020 till the 15 of May 2020.

II. Decreto Legge 16 July 2020, n. 76, ratified by L. 11 September 2020, n. 120 imposed several specific measures. Some are permanent, while other are just temporary and the Decree has set a time limit of validity. These include:

(a) prorogation till 31 December 2021 of some measures already enacted in 2019 to jumpstart procurements by temporarily lifting some of the strictures in the 2016 Code, including allowing the joint award of design and build contracts and allowing procurement outside stringent planning schemes.

(b) simplified rules for below the thresholds procurements:

- normally no tender bond required

- direct award allowed below EUR 150.000 for works and EUR 75.000 for goods and services; negotiated procedure without notice and limited number of invited economic operators between those and the EU thresholds.

Even in such cases though, the tender notice shall be published on the websites of the contracting authority.

This derogation applies to procurement procedures started till 31 December 2021.

(c) deadlines to award the procedure (two months from the beginning of the procedure; four months for special negotiated procedures). This measure applies to procedures started up to 31 December 2021. Also deadlines to sign the contract (two months from the award). This latter measure is permanent.¹²⁰

(d) above the thresholds, shorter terms may be used for all procedures because of COVID; concerning works for schools, hospitals etc. negotiated procedure without prior may be used if urgency requirements are met. This measure is applicable to procedures started up to 31 December 2021.

¹²⁰ See Article 32, paragraph 8 of the Code of Public Contracts.

(e) rules to minimize delays in the execution of public contracts were enacted as well, including the possibility for members of consortia to step in in case one is bankrupt.

(f) rules to limit the declaration to ineffectiveness of public contracts above thresholds when the award measure is annulled or suspended: unless in case of major breaches (i.e. no publication of tender notice when required, use of negotiated procedures when is not allowed; violation of standstill periods¹²¹), the judge cannot declare the contract ineffective and only damages can be awarded. The measure is not temporary.

For further analysis on the impact of the COVID to Italian public procurement see G.L. Albano, “*Homo homini Lupus: On the consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 crisis*” forthcoming in *Public Procurement Law Review* and C. Furgo and M. Comba, “Protecting People’s Life and Health in COVID 19 Response: A Comparative Study of the Role of Government Procurement Law in China and Italy” currently under peer review for *Public Procurement Law Review* .

7b- If no, were there guidance given by the State or local authorities? If yes, please specify what they were/are.

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures? **In practice, most of procurements for purchasing of devices needed to fight Covid were passed under extreme urgency clause provided by art. 32(2)(c), as interpreted by EC communication of 1st april 2020, which allows any kind of purchase, included direct purchase.**

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future?

Yes, except maybe the measures concerning the limitation to the declaration of ineffectiveness of the contract that might have a negative impact and countereffects.

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties)? It may also be that there was sometimes no official decision i.e. *de facto* suspension. Were public contracts suspended *de facto* because of practical difficulties to suspend them by a formal decision?

Suspension is generally regulated in Article 107 of the 2016 Code. Basically, both the Director of the contract and the subject responsible of the procedure (RUP), both of their own initiative or following the request of the contractor, may suspend the execution of the contract when execution is technically impossible for unforeseeable reasons.

¹²¹ These major breaches are identified in Article 121 of the Code of administrative procedure. Notably, its second paragraph rules that even in such instances the contract might not declared ineffective when there are overriding reasons of public interest; in this case though, the judge will condemn the public authority to pay a sanction.

Early in the first wave, the central government enacted DPCM of the 22 March 2020 suspending all building activity, including public works, until the pandemics had abated. An exception was made for the Genoa bridge.

Article 5 Decreto Legge 16 July 2020, n. 76, ratified by L. 11 September 2020, n. 120 instead provides that above the EU threshold public works may be suspended **ONLY** for the time strictly necessary and for specific reasons (when it is provided under criminal law, ordre public or measures taken to protect health, including because of Covid, technical and public interest reasons).¹²²

In public works, suspension was generally motivated with the declaration of the responsible for safety stating that some workers were affected by Covid and therefore the construction site was to be closed.

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract? Were there difficulties to provide such evidence?

Yes.

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract?

Not to our knowledge, unless under normal rules for procurements.

11. What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

No information on practice available.

12. What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract?

The usual legal mechanisms apply. Article 106 of the 2016 Code mainly replicates Art. 72 of Directive 2014/24/EU, including when “the need for modification has been brought about by circumstances which a diligent contracting authority could not foresee”. However, Article 106 failed to replicate the 3rd condition requiring “any increase in price is not higher than 50 % of the value of the original contract or framework agreement”.

No specific information on practice available.

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts?

Not to our knowledge, but no specific information on practice available.

13a- If yes, who decided to terminate the contract: contracting authorities, economic operators...?

And what was the main reason for it?

No specific information on practice available.

¹²² For general discussion see S. Fantini, ‘Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell’emergenza’ in *Urbanistica e Appalti*, 5/2020, 641 ss.

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?
No specific information on practice available.

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract? Were there difficulties to provide such evidence ?
No specific information on practice available.

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis ?
No specific information on practice available.

17- What was the preferred way to extend the contract deadline : unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement ?
No specific information on practice available.

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline ?
No specific information on practice available.

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic? If so, what is the legal basis?

Article 35(18) of the 2016 Code generally allows payment of 20% cash advance even when implementation started before contract signature due to the standstill period. The percentage has been raised to 30% by the Decreto Legislativo n.76/2020. Moreover, a number of Regions provided for immediate payment of already executed partial works at the moment for the suspension during the first lockdown.

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority or modification by agreement, or both?
No specific information on practice available.

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract?

- The contractual partner did not agree with the contract change
- The contractual partner refused to keep performing the contract
- Other:

No specific information on practice available.

Additional costs

22. During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority?

Article 106 of the 2016 Code on contract modification is applicable here as well. The application is somewhat facilitated since in Italy costs related to security at the workplace are calculated beforehand by the contracting authority and cannot be lowered by tenderers. No specific information on practice available.

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract ? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

This again should be covered by Article 106 of the 2016 Code.

24- What is the legal basis for the additional costs compensation?

Article 106 of the Code of public contracts should apply, allowing an amendment to the contract.

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered ? Or are they generally considered to be born by the economic operator ?

No specific information on practice available.

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders ? If so, what was their purpose : to support the contractual partner, to support the economy or both ?

No specific information on practice available.

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances ? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (*imprévision*) exist in such circumstances.

Force majeure in Italy as well, following civil code rules There are measures under civil law rules (eg. Art. 1467 c.c. and art. 1664 c.c. with specific regard to private procurement). However, it is debated whether such measures are also applicable to public contracts.¹²³

¹²³ See analysis in S. FANTINI, *op. cit.*; see also F. PIRAINO, 'La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti' in *I contratti*, 4/2020, 485 ss.

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them ?

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts?

Arguably, no specific clause would help, and next time it might be earthquake or floods.

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems?

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations ? And State aid EU rules ?

Article 72 has margins of flexibility, maybe not wide enough for a COVID scale disaster. Without being experts, our impression is that State aid rules have been relaxed enough in this juncture. It is a pity that the Communication from the Commission ‘Guidance from the European Commission on using the public procurement framework in the emergency situation related to the COVID-19 crisis’ (2020/C 108 I/01) only focused on award and did not covered contract changes.

Litigation

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance ? if so please specify

There seem to be not yet cases concerning the performance phase (possibly because the p.a. and the contractual operator have managed to reach an agreement concerning suspension/modification/execution of the contract.

Few cases have instead dealt with the award phase. In particular, in case n. 5667/2020¹²⁴, the administrative Court of Campania had to assess the legitimacy of the revocation both of the award to an economic operator and of the whole procurement procedure for the provision of cleaning services for the international airport of Naples. The revocation measure had been justified by the outburst of the pandemic and, in particular, by the consistent reduction of traffic and movement within the airport due the restriction measures imposed to travelling. Hence the service no longer needed to be provided under the terms designed by the tender notice, which considered an estimated traffic of people no longer applicable due to Covid-19 restrictions). Contestant claimed that the measure was not legitimated and filed a complaint *pour excès de pouvoir* since – allegedly – the pandemic problem was already almost over and consequently there would have not been further restrictions for the future. Unsurprisingly, instead the administrative court held that the measure was legitimate and proportionate to the pursuit of the public interest; the Court however condemned the contracting authority to reimburse the awarded tenderer of the costs of participating in the procedure. (*indennizzo* ex art. 21-quinques of the Administrative Procedure Act.)

¹²⁴ T.A.R. Campania, Sez. I, 30 November 2020, n. 5667.

Furthermore, there is some litigation on the application of the extreme urgency clause. However, generally, judges are very generous with contracting authorities, unless they feel a real fraud was done.

33- What are the grounds of these litigation claims?

See above.

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc)?

See above

35- Do you know of any successful out-of-court settlement?

No specific information on practice available.

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts ?

Public contracts deserve a separate regulation protecting taxpayers money; red tape may be reduced.

37- In your opinion, is it necessary to modify the law ? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution ?

Some sensible changes, such as relaxing award procedures for below the thresholds contracts, introduced because of COVID should become permanent. Others, instead, such as the limitation to the declaration of ineffectiveness of the contract might not represent a valid permanent solution (or, at the very least, it requires some further analysis and debate).

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts ?

D. Pologne

GENERAL QUESTIONS

1- Information about the person answering the survey: *Name, Surname, Position*

Izabella Sobieraj, PhD student at the Department of European Economic Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Łódź, Poland (under supervision of Anna Gorczynska, PhD, Head of the Centre for Public Procurement and PPP, Faculty of Law and Administration, University of Lodz, Poland)

2- In which country perspective are you responding to this survey?

Poland

3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State ?

As per definition in Article 2(13) of the Act of 29 January 2004 Public Procurement Law (Journal of *Laws* of 2019, *item* 1843) (hereinafter referred to as “PPL Act”) public contracts shall mean contracts for pecuniary interest concluded between an contracting authority and an economic operator, having as their subject-matter services, supplies or works.

4- What is the legal status of public contracts ?

- **contracts of private law**
- contracts of public law
- both private and public law
- Irrelevant distinction
- Other :.....

5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category ? Please give examples (public procurement, concessions...)

Public Contracts category covers all types of purchases, meaning contracts for pecuniary interest concluded in written form between the awarding entity and the economic operator, the object of which are works, supplies or services. These can be public procurement, utilities contracts, defence and security contracts, concessions. Public Contracts are also closely connected with the Public-Private Partnership.

6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic ? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...).

From 14 to 20 March, an epidemic hazard state was in force in Poland. Since 20 March, according to the regulation of the Minister of Health, an epidemic state is in force in Poland. Since 1 April, further restrictions were introduced. People under 18 years of age were allowed to stay in public space only with an adult carer.

Moreover, parks, boulevards, or beaches have been ruthlessly closed and the activity of hairdressing, beauty and tattoo parlours has been suspended. In shops and service outlets, the number of customers may not exceed three times the number of checkouts (twice the

number of windows in the case of post offices). In all shops and service points, only persons over 65 years of age may be served between 10.00 and 12.00 a.m. Each shop is obliged to equip its staff with personal protective equipment. Customers in shops are only allowed to wear protective gloves.

Since 6 June, cinemas, theatres, opera houses, swimming pools, fitness clubs, amusement parks, saunas and solariums have been reopened. There is still a need to cover the mouth and nose in public space.

Under a strict sanitary regime, shopping centres and retail parks will be opened till 27th December 2020. Dance halls are excluded, and their operation is suspended.

In shops, markets and post offices, the number of customers is limited:

- in shops under 100 m² – 1 person/10 m²,
- in shops over 100 m² – 1 person/15 m².

All over the country, beauty salons, hairdressers and beauticians operate under a sanitary regime.

Workstations must be at least 1.5 m apart, unless they are separated by a partition of at least 2 m in height from the floor surface.

The guidelines for beauty salons include, among other things:

- the use of disposable towels whenever it is possible;
- appointments must be booked by phone or online on beforehand.

Until 27th December 2020 it is forbidden to organise and hold sports events or competitions consisting in running, walking or cycling.

To sum up, mostly the services such as gastronomy, beauty care, culture and travelling sectors are affected by the COVID-19 health crisis.

However the restrictions in traveling and delivery of goods and the sanitary restrictions in shops and large markets can cause a big difficulty for all other sectors.

7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts ?

YES

NO

7a- If yes, please specify what they consist of exactly ? Are they still in force ? If not, when did they end ?

There have been specific regulations about public procurement adopted: especially the Act of 2 March 2020 on specific arrangements for prevention, mitigation and the fight against COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (hereinafter referred to as “COVID-19 - Act”).

According to the Article 6a. of this Act the provisions of the Act of 29 January 2004 shall not apply to orders for services or supplies necessary to counteract COVID-19 there is a high probability of rapid and uncontrolled spread of the disease or if the protection of public health requires it. Within 7 days from the date of the contract award referred to in paragraph 1, the Awarding Entity shall publish in the Public Procurement Bulletin information on the contract award, stating:

1) name (business name) and address of the Awarding Entity's registered office;

- 2) date and place of conclusion of the contract or information on conclusion of the contract by electronic means;
- 3) description of the subject matter of the contract, specifying respectively the quantity of goods or other goods and the scope of services;
- 4) price or maximum price, if the price is not known at the time of publication of the notice;
- 5) indication of factual circumstances justifying the award of the contract without applying the provisions of the Act of 29 January 2004. - Public Procurement Law;
- 6) name (business name) of the entity or name and surname of the person with whom the contract was concluded.

According to the Article 7 (1) healthcare services, including sanitary transport, performed in connection with counteracting COVID-19, shall be provided by entities performing medical activities or physicians and dentists referred to in paragraph 4, entered in a list, hereinafter referred to as the "list", prepared by the locally competent director of the voivodship branch of the National Health Fund in consultation with the voivod. As per Article 7(2) the list includes the entities performing therapeutic activities and doctors and dentists referred to in paragraph 4, taking into account the needs resulting from securing access to the healthcare services referred to in paragraph 1 in the area of the voivodship, as well as the organisational structure of those entities, the type of therapeutic activities performed and the staff and equipment resources. The list is published in the voivodship official journal by way of a voivod's announcement and in the Public Information Bulletin of the National Health Fund.

The Article 15r and following of the COVID-19 – Act apply to the public procurement procedure. According to this regulation parties to the public procurement agreement shall inform each other about the impact of circumstances connected with the occurrence of COVID-19 on the proper performance of this agreement, if such impact has occurred or may occur. The Parties to the Agreement shall confirm that impact by attaching to the information referred to in the first sentence statements or documents which may concern it in particular:

- 1) absence of employees or persons providing work for remuneration on a basis other than the employment relationship, who participate or could participate in the performance of the contract;
- 2) decisions issued by the Chief Sanitary Inspector or a provincial sanitary inspector acting on his authority, in connection with counteracting COVID-19, imposing an obligation on the contractor to undertake certain preventive or control activities;
- 3) orders or decisions issued by provincial governors, the minister in charge of health or the Prime Minister, related to counteracting COVID-19, as referred to in Article 11(1-3);
- 4) suspension of deliveries of products, product components or materials, difficulties in access to equipment or difficulties in the performance of transport services;
- 5) other circumstances which prevent or significantly limit the possibility of performing the agreement;
- 6) circumstances referred to in points 1-5, to the extent that they concern a subcontractor or further subcontractor.

The above mentioned regulation apply (with some restrictions) to economic operators having their registered office or performing activities related to the performance of the contract outside the territory of the Republic of Poland.

A party to the agreement shall, within 14 days from the date of their receipt, provide the other party with its position, together with a justification, regarding the impact of the circumstances on its due performance. If a party to the agreement has received further statements or documents, the deadline is counted from the date of their receipt. The contracting authority, after stating that the circumstances related to the occurrence of COVID-19 affect the proper performance of the agreement in consultation with the contractor, shall amend the agreement referred to in art. 144 (1)(3) of the PPL.

In case it is found that the circumstances related to COVID-19 may affect the proper performance of the agreement the contracting authority, in consultation with the contractor, may amend the agreement in accordance with the above regulation.

7b- If no, were there guidances given by the State or local authorities ? If yes, please specify what they were/are.

There were also some guidelines, issued by the Office of Public Procurement and available on the official web-site: www.uzp.gov.pl (available in Polish)

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures? The main difficulties were connected with the necessity to justify and prove the impact of circumstances connected with the occurrence of COVID-19 on the proper performance of public procurement agreement. The example of proofs is listed in the Article Art. 15r (1) of the Act of 2 March 2020.

There have been also danger that the exception of applying the PPL Act has been extended to situations not covered by the Article 6a of the COVID-19 - Act.

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future ?

Taking into consideration the real danger for human life caused by the COVID-19 virus in my opinion the necessary purchase of medical equipment and medication should be excluded from the obligation to apply the public procurement procedures. There should be at least the possibility to negotiate with the tenders, not the obligation to proceed with the open tender procedure. However the main principles, such as non discrimination and fair competition should remain respected.

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts ? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties) ? It may also be that there was sometimes no official decision i.e. *de facto* suspension. Were public contracts suspended *de facto* because of practical difficulties to suspend them by a formal decision ?

Yes, as per Article 6a of the COVID-19 – Act in most cases the contracts has been suspended or the final handover deadline has been postponed due to difficulties on both sides. The contracts could be suspended in the form of annexes to the current agreements.

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract ? Were there difficulties to provide such evidence ?

According to the Article 15r (1) of the COVID-19 - Act the impact of circumstances connected with the occurrence of COVID-19 on the proper performance of public procurement agreement could affect both sides – public contractors and contracting authorities. In both cases parties were obliged to provide evidence of the inability to perform the contract within the timeframe agreed before the outbreak of the pandemic. The open list of the evidences is listed in the COVID-19 – Act which helps the parties. The articles mentioned above apply however only to situations where the public contracts have been concluded before the outbreak, so in fact before March 2020. After this time either public authority nor contractor can invoke such circumstances.

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract ?

According to the current regulation this should not be the case. The COVID-19 – Act provides also exemption from criminal liability.

In the circumstances of the COVID-19 pandemic, the amendment of the contract does not constitute a breach of public finance discipline by contracting authorities that are public sector entities. Nor does it constitute a breach of public finance discipline, nor does it constitute a failure to determine or claim from a party to the agreement receivables arising in connection with the non-performance or improper performance of the agreement on public procurement as a result of circumstances connected with the occurrence of COVID-19, referred to in Article 15r(1). This provision secures the ordering parties from liability under Article 17(6) of the Act of 17 December 2004 on liability for breach of public finance discipline.

11- What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

The only damages could be connected with the additional costs resulting from the sanitary obligations and the obligation to secure the necessary space for each worker. There should be no penalties connected with the agreed among parties suspension of the contract.

Polish law allows also the force majeure case – in such case the court decides on the suspension of the contract – without any financial consequences for the contractor.

Article 357¹ § 1 of the Act of 23 April 1964 the Civil code ((Journal of *Laws* of 2019, item 1145) - „rebus sic stantibus” clause can be applicable, too.

12. What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract?

- Contract terms. Please specify which ones :
- usual legal mechanisms (law, regulation, case law). Please specify which ones :
- Other :....

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts ?

YES

NO

13a- If yes, who decided to terminate the contract : contracting authorities, economic operators... ?

And what was the main reason for it ?

As an example the contract awarded by the municipality of Kleszczów, Poland:

Title of the contract:

Preparation of design documentation and technical specifications for the execution and acceptance of construction works for the project entitled Part 1 - Construction of the road Kleszczów-Rogowiec - length of approx. 5.1 km

Description of the modifications:

Nature and extent of the modifications (with indication of possible earlier changes to the contract):

The deadline for the second stage of the contract has been extended due to problems in obtaining an environmental decision, due to the course of the project partly in the conservation zone of a protected species - the black stork and the situation in the country - the COVID-19 pandemic and the introduction of the provisions of the Act of 2 March 2020 on special arrangements for preventing, preventing and combating COVID-19 as regards the deadlines for ongoing proceedings which end in an administrative decision on the basis of par. 12(1) and (3)(4) and (9) of the Agreement were amended by par. 3(2)(c) of the ZP.272.10.2018 agreement of 19.10.2018, which reads as follows: "c) Stage II - 17 months from the date of concept acceptance".

Reason of modification: Need for modification brought by circumstances which a diligent contracting authority/entity could not foresee (Art. 43(1)(c) of Directive 2014/23/EU, Art. 72(1)(c) of Directive 2014/24/EU, Art. 89(1)(c) of Directive 2014/25/EU). Contracting authority decided to change the deadlines.

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?

In the case mentioned above the contracting authority received the information from the contractor.

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract ? Were there difficulties to provide such evidence ?

In the case mentioned above there was no need to provide evidence of the inability to perform definitively the contract neither from the contracting authority nor from the contractor's side.

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis ?

Extending of the deadlines takes place mostly in public contracts for works, therefore the deadlines extend the lockdown periods. This is especially connected with the fact that the epidemic state is in force in Poland since the 20th March 2020, according to the regulation of the Minister of Health. However the lockdown-periods were not as long as the announced epidemic state. The deadline of the contract can be extended even up to 1 year, whereas it is not possible to foresee how long the epidemic state will last.

17- What was the preferred way to extend the contract deadline : unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement ?

In most cases there have been annexes to the agreements, the preferred by both parties way to extend the contract deadline were the modifications by agreement.

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline ?

There could be the situation when one of the partners claims that the evidences of the influence of the COVID-19 pandemic is not enough for extending the contract deadline. This could be for instance the case with providing IT services.

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic ? If so, what is the legal basis ?

Not enough information to answer the question available.

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority or modification by agreement, or both ?

In most cases the change of the contract has been done by agreement between partners. One of the parties has initiated the change, but finally if the second party agreed the contract has been changes in this point. The modifications have been announced in TED or Public Information Bulletin as well.

As per Article 15r (1a) of the COVID-19 - Act in the case of economic operators having their seat or performing activities related to the performance of the contract outside the territory of the Republic of Poland, the documents referred to in paragraph 1 points 1-5 shall be replaced by documents issued by the relevant institutions in those countries or declarations of those operators. Each of the parties to the agreement referred to in paragraph 1 may demand the submission of additional statements or documents confirming the impact of circumstances connected with the occurrence of COVID-19 on the proper performance of this agreement. (3) A party to the agreement referred to in paragraph 1, on the basis of the

received statements or documents referred to in paragraphs 1 and 2, within 14 days from the date of their receipt, shall communicate to the other party its position, together with a justification, regarding the impact of the circumstances referred to in paragraph 1 on its proper performance. If a party to the contract has received further declarations or documents, the time limit shall be calculated from the date of their receipt. The Contracting Authority, after stating that the circumstances connected with the occurrence of COVID-19, referred to in paragraph 1, affect the proper performance of the agreement referred to in paragraph 1, in consultation with the contractor, shall amend the agreement referred to in Article 144, paragraph 1, point 3 of the Act of 29 January 2004. - Public procurement law, in particular by:

- 1) change of the date of performance of the agreement or a part thereof, or temporary suspension of performance of the agreement or a part thereof,
- 2) change of the method of performance of supplies, services or works,
- 3) change of the scope of the economic operator's performance and a corresponding change in the remuneration or the method of settlement of the economic operator's remuneration - provided that the increase in remuneration caused by each subsequent change does not exceed 50% of the value of the original agreement.

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract ?

- The contractual partner did not agree with the contract change
- The contractual partner refused to keep performing the contract
- Other :

Additional costs

22- . During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority ?

The following provisions prevent economic operators from bearing too much additional costs connected with the sanitary circumstances.

It is possible to change the contract on the basis of Article 144 (1) or (3) or (6) of the PPL Act.

According to the Article 144 PPL Act it is forbidden to change the provisions of the concluded agreement or framework agreement in relation to the content of the offer, on the basis of which the economic operator was selected, unless one or more of the following circumstances apply:

- 1) changes have been provided for in the contract notice or the essential terms of the contract in the form of clear contractual terms which define their scope, in particular the possibility of changing the amount of the contractor's remuneration, and the nature and conditions of the changes [...]
- 3) the following cumulative conditions are met:
 - a) the need to amend the contract or framework contract is caused by the circumstances, which the contracting authority, acting with due diligence, could not have foreseen,

(b) the value of the variation does not exceed 50% of the contract value initially specified in the contract or framework agreement.

6) the total value of the amendments is less than the amounts specified in the provisions issued on the basis of Article 11(8) and is less than 10% of the value of the contract originally stipulated in the contract in the case of service or supply contracts or, in the case of works contracts, less than 15% of the value of the contract originally stipulated in the contract.

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract ? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

It is possible to change the contract on the basis of Article 144 (1) or (3) or (6) of the PPL Act.

24- What is the legal basis for the additional costs compensation ?

- Contract terms. Please specify which ones :
- Usual legal mechanisms law, regulation, case law). Please specify which ones :
- **Amendment to the contract based eg. on Article 144 PPL Act.**
- Other :....

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered ? Or are they generally considered to be born by the economic operator ?

In most cases such costs are to be born by the economic operator, however it depends on the subject of the contract.

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders ? If so, what was their purpose : to support the contractual partner, to support the economy or both ?

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances ? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (imprévision) exist in such circumstances.

There are both legal instruments as Article 144 of the PPL Act and the force majeure in such cases. They all apply to the circumstances that could have not been foreseen at the moment of preparing the public procurement procedure, regardless of the procedure for awarding contracts.

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them ?

The outbreak of the COVID-19 epidemic meets the conditions of the force majeure definition. This has been confirmed by the Polish jurisdiction already. In my opinion all the legal instruments mentioned in this survey that are currently in force are enough to enable both contractors and awarding authorities to deal with the Covid-19 health crisis and despite some hazards to conduct the agreements.

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts ?

This should be directly stipulated in the sample agreement as one of the condition foreseen to change the contract in reference to the deadlines and remuneration.

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems ?

The agreements that are currently in force can be – according to the regulations prescribed above – interpreted so that they will be suitable for solving the Covid-19 health crisis. It is necessary to mention that even the directives 2014/24/EU and 2014/25/EU have regulation that enables changing the contracts in similar cases, whereas the outbreak of COVID-19 pandemic obviously was not the one mentioned, however pandemic should be understood the same as the extraordinary circumstances which the contracting authority, acting with due diligence, could not have foreseen.

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations ? And State aid EU rules ?

I agree – as mentioned already above – that the Article 72(1)(c) of the Directive 2014/24/EU can be applicable in the current situation. According to this Article contracts and framework agreements may be modified without a new procurement procedure in accordance with this Directive in a case where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the need for modification has been brought about by circumstances which a diligent contracting authority could not foresee;**
- (ii) the modification does not alter the overall nature of the contract;**
- (iii) any increase in price is not higher than 50 % of the value of the original contract or framework agreement. Where several successive modifications are made, that limitation shall apply to the value of each modification. Such consecutive modifications shall not be aimed at circumventing this Directive.**

Litigation

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance ? if so please specify

Yes, most cases are based on the rebus sic stantibus clause, however some deeper research are needed to describe all the details of each case.

33- What are the grounds of these litigation claims ?

According to the Polish law it is possible to prove the impact of the Covid-19 health crisis on the basis of the Article 357¹ § 1 of the Polish Civil code (rebus sic stantibus clause) and on the Article 144 od PPL Act.

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc) ?

35- Do you know of any successful out-of-court settlement ?

Not enough information for the time being.

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts ?

According to Polish law it is possible to prove the impact of the Covid-19 health crisis on the basis of the Article 357¹ § 1 of the Polish Civil code (rebus sic stantibus clause). This regulation applies for public procurement. With some exceptions Civil code shall apply to the concessions and the public-private partnership. Therefore the currently in force regulation is In my opinion enough.

37- In your opinion, is it necessary to modify the law ? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution ?

No, the COVID-19 – Act did repeat the currently applicable regulation of PPL Act. There was no revolution in regard to the Covid-19 health crisis in the area of public procurement. The only thing that could be modified is the minimum percentage of the values of possible amendments. On the other hand it is necessary to bear in mind the obligation to apply the rules of the Public Finance Act. All contracting authorities should be guided by the principles of economy and efficiency in their financial economy.

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts ?

The main danger I see in connection to the current regulation is the Article 6a of the COVID-19 – Act. There could be the case that contracting entities will abuse this rule in order to purchase the particular goods in the area of medicine and sanitary sector. However, as for now each case should be controlled individually and it would be really hard to make a detailed enough regulation that would respect the principle of fair competition in this market.

E. Royaume-Uni

GENERAL QUESTIONS

1- Information about the person answering the survey : *Name, Surname, Position*

Dr. Luke R A Butler, Associate Professor in Law, University of Nottingham, Public Procurement Research Group

2- In which country perspective are you responding to this survey?

United Kingdom

3- What is the current definition of public contracts in the legal system of your State ?

We use the exact definitions under the EU Directives. Regulation 2(1) Public Contracts Regulations 2015 (transposing Directive 2014/24/EU) provides that: “public contracts” means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services; »

4- What is the legal status of public contracts ?

- contracts of private law
- contracts of public law
- both private and public law
- Irrelevant distinction
- Other :.....

In the UK, the process for award of a public contract can be challenged on grounds of breach of the EU Directives as implemented in the UK Regulations or on public law judicial review grounds that the decision is irrational, unreasonable etc. However, the contract which is concluded (including its terms and conditions) is concluded as a private law contract subject to the common law of contract (e.g. on the doctrines of offer/acceptance/interpretation of contract terms/frustration/mistake/force majeure etc). Therefore, if a party claims that a contract is voidable on grounds that it has been entered by reason of a mistake or frustration or force majeure, the claim will be based on a « vitiating factor » in contract law (not public law).

5- What kind of contracts are included in the Public Contracts category ? Please give examples (public procurement, concessions...)

The UK follows the categories provided by EU Directives. Therefore, the UK Public Contracts Regulations implement Directive 2014/24/EU (on public contracts). There is a separate set of regulations on concessions, namely the Concessions Contracts Regulations which implement Directive 2014/23/EU on concessions.

6- Was there, or maybe still is, one or many lockdown(s) or curfew(s) in your state due to the pandemic ? Please specify the period, the territory (local or national) and activities affected by it (all the economic activities, some of them...).

In the UK, each devolved nation (Scotland, Wales, Northern Ireland) retain power to decide which measures to impose. The first UK-wide lockdown began in February/March. All non-essential doctors surgeries, shops and retail and schools were closed and no travel to work was permitted except for “key” workers (e.g. NHS and construction). The lockdown ended but was then replaced by regional tiered systems of restrictions. For example, England introduced a “4 tier” set of restrictions. Each region was placed into a category depending on infection rate (e.g 1 being low, 4 being high). Nottingham, for example, was placed into a 4 tier restriction rendering it equivalent to the measures introduced for a national lockdown. However, the regional restriction system was not as severe as the national lockdown as workers were encouraged to work from home but could still travel to work. However, a second national lockdown has now been imposed until 2 December. It is unclear whether the regional tier restriction system will be revived after the second lockdown.

7- During the Covid-19 health crisis, did your state adopt specific regulations about public contracts ?

YES

NO

7a- If yes, please specify what they consist of exactly ? Are they still in force ? If not, when did they end ?

The UK adopted COVID-19 Regulations which governed the general functioning of the country during the pandemic but specific regulations were not adopted in respect of public contracts.

7b- If no, were there guidances given by the State or local authorities ? If yes, please specify what they were/are.

Yes, the Government’s preferred option (in line with reduced regulation unless necessary) was to issue policy guidance to contracting authorities. This was largely driven by the Cabinet Office which published so-called “Procurement Policy Notes” applicable to all contracting authorities. These were issued in two stages:

- (1) at the start of the pandemic which gave guidance to contracting authorities confirming the possibility of using Art.32 (urgency ground for use of the negotiated procedure without prior publication) and other routes to a direct award (e.g. under a framework agreement) and use of accelerated procedures. Further, it gave guidance on the possibility of making advance/interim payments to suppliers to ensure continuity of service provision and to avoid supplier insolvencies. It has been observed that these measures were intended to prevent insolvency rather than give firm guidance on how to conduct procurement processes during the pandemic.
- (2) At the end of the first wave of the pandemic, guidance was published on “recovery” and “transition” i.e. giving guidance on the development of supplier plans to ensure that services may be resumed, payments made and any future changes to contracts addressed.

Further, certain government departments, e.g. the National Health Service under the Department of Health and Social Care and Ministry of Defence developed their own guidance which was essentially the same as that provided by the Cabinet Office to all contracting authorities in the UK.

Commentary on these policy documents can be found in the Public Procurement Law Review.

7c- In both cases, have there been any difficulties in implementing or assessing these new measures? As indicated above, the guidance has been fairly generic and so there have been few legal issues arising from the policy documents themselves. Broader issues have arisen. These include:

- (1) Determining whether the urgency continues to be unforeseeable under Art.32 given that we can now plan for the pandemic
- (2) Which sorts of costs can be recovered under contracts affected by COVID-19. The guidance encourages payment and requiring contractors to provide evidence of claims for costs under an “open book” approach.
- (3) The lack of guidance in the policies on assessing the appropriate qualifications of bidders e.g. their financial standing and whether there are any conflicts of interest

7d- Do you find it useful to maintain these measures in the future ?

It is arguable that if the government decides not to introduce emergency legislation, the policy guidance it issues should be detailed and focused. The procurement policy notes have not dealt with all aspects of the procurement process and focused too much on preventing supplier insolvency. Further, the policies have not been renewed. Therefore, it is unclear what policy now applies as we enter a second lockdown.

CASES OF SUSPENSION OF PUBLIC CONTRACTS

8- Due to the Covid-19 health crisis, were there any suspending execution of public contracts ? As far as you can assess it, who generally decided to suspend the contract (contracting authorities, economic operators, agreement between parties) ? It may also be that there was sometimes no official decision i.e. *de facto* suspension. Were public contracts suspended *de facto* because of practical difficulties to suspend them by a formal decision ?

The UK procurement policy notes outlined above adopted a policy stance by which contracting authorities should generally consider COVID-19 to NOT be a force majeure or frustrating event. Contracting authorities and contractors were encouraged to continue performance of contracts rather than suspend work. For this reason, the procurement policies were focused on encouraging contracting authorities to make interim payments to suppliers and modifying contract terms where possible to continue to ensure service continuity and prevent suppliers from becoming insolvent.

To give an indication of statistics, a National Audit Office investigation has found that over the period surveyed, 94% of contracts awarded were new contracts or new call-off contracts under existing framework agreements. The remaining 6% of contracts were

extensions and amendments to existing contracts. Reports have not focused on the extent of contracts that were suspended.

Overall, therefore, the suggestion is that few contracts have been suspended with an emphasis on ensuring continuation, including through contract extensions/modifications.

9- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to temporarily perform the contract ? Were there difficulties to provide such evidence ?

After speaking to colleagues in practice, there were very few instances in which contractors demonstrated their inability to temporarily perform contracts.

- (1) They would confirm that they were able to continue to perform but at higher cost which meant claims for costs such as the need to make premises safe/clean to comply with COVID public health measures
- (2) If they could not perform as usual, the contracting authority would be able to make adjustments to key performance indicators and reduce service credits to reflect reduced performance levels.
- (3) Ultimately, contracting authorities have been able to verify a majority of changes in performance claimed.

10- Were some contractual partners subject to penalties due to the suspension of the contract ?

As indicated, suspension has not been a major issue. There has also been a reluctance to resort to penalties because contracts do not provide for penalty measures for COVID-19 events because existing contracts could not have foreseen this would arise. Some contract notices for newly awarded contracts in response to COVID 19 have indicated that contracts will be terminated if they do not provide adequate performance. However, we remain skeptical as to whether such contracts will be terminated given that many suppliers are already at risk of insolvency and the policy drive is to prevent this happening where possible.

11. What damages have been or may be awarded to the economic operator as a result of the suspension of the contract?

The UK applies the remedies provisions under the EU Directives. There are no known cases in the UK in which damages have been awarded in respect of contracts awarded to deal with the COVID-19 pandemic.

12. What are the legal bases for the additional costs compensation due to the suspension of the contract?

- Contract terms. Please specify which ones :

There are some contract terms which may be included in a contract to provide compensation for litigation. It is possible to require an economic operator to bear the costs of any proceedings that may arise from the procurement process in the tender documentation. However, I am not aware of any specifically which have been negotiated to deal with the effect of suspending a contract awarded in respect of COVID-19.

- usual legal mechanisms (law, regulation, case law). Please specify which ones :

There is no general legislation in the UK regulating the recovery of additional costs due to suspension of a contract.

- Other :....

CASES OF TERMINATION OF PUBLIC CONTRACTS

13- Due to the Covid-19 health crisis, do you know any case of termination of public contracts ?

YES

NO

I am not aware of any contracts that have been terminated. There are currently a number of judicial review applications pending challenging the award of PPE contracts. However, if successful, the remedy will not be termination of the public contract.

13a- If yes, who decided to terminate the contract : contracting authorities, economic operators... ?
And what was the main reason for it ?

14- What damages have been or may be awarded as a result of the termination of the contract?

The same remedies which apply under the EU Directives.

15- Did the public contract holder have to provide evidence of his inability to perform definitively the contract ? Were there difficulties to provide such evidence ?

Not applicable

CASES OF DEGRADED PERFORMANCE OF PUBLIC CONTRACTS

Deadlines

16- In most cases, was the deadline of the contract extended for less than, equal to or longer than the lockdown period or specific local or government regulations relating to the Covid-19 health crisis ?

This will very much depend on the provisions of the contract. A contract may contain an option to extend the contract which is perfectly lawful to exercise for whatever period specified. UK procurement policy has emphasized short extensions to contracts to deal with COVID-19. Anecdotal evidence suggests between 6 and 12 months.

17- What was the preferred way to extend the contract deadline : unilateral change by the contracting authority (for example, a service order) or modification by agreement ?

Anecdotal evidence suggests that this has been by negotiation/agreement between the parties. UK procurement policy has emphasized the importance of a collaborative rather than unilateral approach. Practitioners recommend reducing Key Performance Indicators or modifying service credits in order to accommodate such extensions.

18- Did some contractual partners (either economic operator or contracting authority) refuse to extend the contract deadline ?

I am not aware of any instances. Practitioner colleagues have indicated that the tendency would be to extend the deadline not refuse extension.

Cash advances

19- Did some public contract holders receive cash advance due to the pandemic ? If so, what is the legal basis ?

Yes, this has been a major issue in the UK. Firstly, UK Procurement Policy Notes have expressly encouraged advance and interim payments to ensure service continuity and prevent supplier insolvency. However, concerns have been expressed about whether such payments have been subject to effective approvals. For example, some suppliers have been given advance payments where it is questionable whether those suppliers had sufficient economic/financial standing to bid for the contract. In other words, it is questioned whether advance payments have been made to build up a supplier's capacity in order to perform the contract where it would not otherwise have that capacity. See e.g. the PestFix litigation which is ongoing in which a small pest control company was given a PPE contract worth hundreds of millions of pounds and where advance payments had been made.

Amendments to the contract

20- In most cases, did public contract holders have to face an unilateral change of the contract by the contracting authority or modification by agreement, or both ?

By agreement/negotiation, as above.

21- What were the reasons for the unilateral change of the contract ?

- The contractual partner did not agree with the contract change
- The contractual partner refused to keep performing the contract
- Other :

Not applicable.

Additional costs

22- . During the Covid-19 health crisis, contracting authorities usually imposed new organisational actions. For instance, the government imposed special measures such as wearing masks, social distancing, etc. In your state, what damages have been or may be awarded as a result of these new organisational actions imposed by the contracting authority ?

These costs do not take the form of damages as a supplier will not challenge a requirement to incur additional costs to perform the contract (e.g. to comply with a new legal requirement to ensure health and safety/social distancing etc). However, in the UK, contractors may claim that provisions of the contract entitle them to recover for additional costs incurred to comply with such measures under “change of law” clauses i.e. a change in law (e.g. the requirement to social distance) has resulted in a supplier incurring additional costs to ensure employees social distance which should be recoverable under the contract.

Further, in the specific context of single source procurement, the Single Source Contract Regulations permit the recovery of “allowable costs” in single source prime contracts of £5M and above and sub-contractors of £25M or above. The Single Source Regulations Office has issued guidance clarifying that suppliers may be able to claim that certain

additional costs which have been affected by COVID-19 may be recoverable as “allowable costs”.

23- Except new organisational actions imposed by the contracting authority, what damages have been or may be awarded as a result of the degraded performance of the contract ? For instance, security measures tend to increase the costs of organizing public works (hiring more vehicles or bunkhouses, etc.).

This will depend on the terms of the contract. Contract terms may permit “scale up” or “ramp up” or “replacement” costs to deal with the hiring of new staff (e.g. agency staff to cover full-time staff sick due to COVID). It will often be a question of whether it is “reasonable” to permit recovery of such costs. Most of these costs will be reimbursed. However, contracting authorities will not authorize reimbursement of costs for which the contractor should bear the risk e.g. lost revenue where a company which operates a car park on behalf of a hospital loses revenue from lack of ticket sales/penalty fines.

24- What is the legal basis for the additional costs compensation ?

- Contract terms. Please specify which ones :

Contract terms on “change in law”, general provisions on additional costs recovery

- Usual legal mechanisms law, regulation, case law). Please specify which ones :
- Amendment to the contract.
- Other :....

Even if a contract term does not specify the possibility of recovery for additional costs, UK procurement policy encourages negotiation between the parties to permit recovery.

25- Is additional costs allocation between contractual partners widely considered ? Or are they generally considered to be born by the economic operator ?

This very much depends on the type of contract. Under a fixed contract, the supplier bears all of the risk. Under a cost plus contract, a supplier bears most of the risk and therefore the additional costs that must be borne by the contractor. Law firms are advising contracting authorities to be careful to safeguard against speculative/generic claims by suppliers for additional costs resulting from any general economic downturn/recession following COVID. As a result, contracting authorities are being encouraged to include terms in the contract which include payment by result and sharing of certain pre-determined costs.

26- Broadly speaking, did contracting authorities easily decide to compensate or grant cash advance to public contract holders ? If so, what was their purpose : to support the contractual partner, to support the economy or both ?

Yes. As indicated above, UK procurement policy on COVID-19 expressly encouraged advance and interim payments. The main objective has been to: (1) ensure service continuity i.e. ensure that contracts continue to deliver public services; (2) to prevent suppliers from becoming insolvent during the COVID-19 pandemic.

GENERAL CONSIDERATIONS REGARDING THE IMPACTS OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS ON PUBLIC CONTRACTS

Usual legal mechanisms

27- In your state's legal system, are there legal mechanisms that allow contractual partners to adapt or stop performing the contract in specific circumstances ? For instance, in French law, the force majeure case or the doctrine of unforeseeability (*imprévision*) exist in such circumstances.

In general, contracts include force majeure clauses but pandemics are not identified as force majeure events in many contracts. Further, UK COVID-19 procurement policy has encouraged contracting authorities NOT to treat COVID-19 as a force majeure event. This is because the Government wishes to prevent contracts from being set-aside; therefore, it would prefer contracting authorities and suppliers to work to ensure ways of continuing contract performance rather than discharging the contract.

28- Do you find these legal mechanisms appropriate to tackle the Covid-19 health crisis or would it be necessary to adapt or specify them ?

In general, these have not been adequate. I suspect that, in future, contracts will more clearly define to what extent pandemics constitute a force majeure event and, if not, how the contract should be executed. Yes, I consider that it would be necessary to adapt existing legal mechanisms to deal with COVID-19.

To assess risks in the contract terms of future contracts

29- In your opinion, how should the parties introduce the epidemic/pandemic risk into future contracts ?

30- In your opinion, are existing amendment clauses suitable for solving the Covid-19 health crisis problems ?

It very much depends on the type of contract and type of amendment clause. Most do not deal specifically with pandemics and may require revision in future.

31- Do you consider that the EU rules on public contract modifications (for example, art. 72 Directive 2014/24) curb contract adaptations ? And State aid EU rules ?

Yes in both cases.

Litigation

32- Are there any litigation claims in your state regarding public contracts and impacts of the Covid-19 health crisis either regarding the award or the performance ? if so please specify

Yes. There are several pending challenges to the first round of PPE procurement. Details can be found here:

<https://goodlawproject.org/case/procurement-case/>

33- What are the grounds of these litigation claims ?

Breach of various provisions of the EU Directives and EU law e.g. contracts not advertised, contract award notices not published at all, or within the deadline, breach of non-

discrimination, equal treatment and transparency principles regarding lack of clear qualification/selection processes and award criteria.

34- What types of lawsuits are or could be filed (damages, annulment etc) ?

Declaration + ineffectiveness + damages

35- Do you know of any successful out-of-court settlement ?

No

Other

36- Do you think the rules applied to other types of contracts than public contracts or other sets of rules may be more appropriate to resolve the current situation of public contracts ?

No.

37- In your opinion, is it necessary to modify the law ? A new legislation, regulation, a new trend in the case Law or other solution ?

Yes. For a clear indication of the changes proposed, see this document which outlines proposed changes to urgent procurement. This would require changes to legislation e.g. a new procedure equivalent to competitive negotiations under UNCITRAL Model Law to deal with urgency and changes to single source procurement:

<https://www.gov.uk/government/consultations/green-paper-transforming-public-procurement>

38- Do you have any other remarks that you think we should be aware of about your country regarding the impact of Covid-19 crisis on public contracts ?

No.

VI. Compte rendu des 18^{èmes} rencontres de droit et procédure administrative, Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire, Marseille, 27 novembre 2020

MATIN

8h40 : Présentation des travaux et de l'organisation de la journée

9h : Bertrand DACOSTA (Président 10^e ch., section contentieux – Conseil d'État) : Introduction générale

Dans quelle mesure les stipulations contractuelles, les dispositions textuelles – anciennes et nouvelles – et les règles jurisprudentielles ont-elles permis et vont-elles permettre, dans les prochains mois ou dans les prochaines années, de gérer les contrats publics dans le contexte de crise sanitaire liée à la pandémie de la covid-19 ?

Dès le début de cette crise, et pour nous en tenir au champ de la commande publique, deux approches se sont faites jour et, d'une certaine manière, se sont télescopées.

1) Les décideurs publics ont, très rapidement, mis l'accent sur le fait qu'il pouvait exister des solutions d'ordre jurisprudentiel aux difficultés rencontrées par les opérateurs économiques ayant conclu des contrats avec des personnes publiques, dont l'application de la théorie de la FM. Ainsi, dans une déclaration du 28 février 2020 sur l'impact économique de l'épidémie de covid-19, le ministre de l'économie et des finances affirmait que le coronavirus est « *un cas de force majeure pour les entreprises* » et que par conséquent aucune pénalité de retard ne serait appliquée pour les MP de l'État.

En mars, une note de la DAJ du ministère de l'Économie rappelle que la FM exonère les parties au contrat donc que dans ce cas, il n'y a pas de pénalités pour les entreprises. Les 3 conditions cumulatives de la FM étaient remplies (l'imprévisibilité et l'extériorité de l'événement) avec une vérification au cas par cas pour l'irrésistibilité.

Arrêt fondateur de la notion de FM : CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes.

2) Toutefois, dès le mois de mars 2020, prenait corps l'idée que l'application des règles prétoriennes ne permettrait pas de surmonter toutes les difficultés que la crise allait soulever en termes d'exécution des contrats publics, sans même parler de la nécessité d'aménager, au moins provisoirement, les modalités de leur passation.

Cette seconde approche, fondée sur l'adoption de textes ad hoc, trouve son fondement initial dans la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, dont l'article 11 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure « 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 ». Sur ce fondement, est adoptée 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. D'autres dispositions sont en préparation, en particulier le projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique (loi ASAP), adoptée définitivement par le Parlement et en cours d'examen par le Conseil constitutionnel. Ce

texte introduit dans le code de la commande publique, à la fois dans la partie relative aux marchés et dans celle relative aux concessions, un livre nouveau, « *Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles* ». Il s'agit d'une sorte de codification des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui auront ainsi vocation à être réactivées à chaque fois que les circonstances l'exigeront.

L'exécution des contrats publics a-t-elle déjà été, depuis le début du XX^{ème} siècle, confrontée au risque épidémique et les notions de force majeure ou d'imprévision ont-elles alors été mobilisée ? Si ce n'est pas la première fois, même en s'en tenant à l'époque contemporaine, que notre pays est frappé par une pandémie, le droit public n'en conserve pas de trace. Le droit administratif même applique les 3 conditions de la FM de manière plus exigeante que le droit privé, ce aboutit au fait qu'elle est rarement reconnue. Si la condition tenant à l'extériorité est remplie en ce qui concerne une épidémie, l'irrésistibilité est d'appréciation plus délicate. Si les prestations confiées à une entreprise peuvent être assurées à distance par le télétravail et si, par ailleurs, ses salariés ne sont pas eux-mêmes affectés, ni l'épidémie elle-même, ni les mesures prises par les pouvoirs publics telles que le confinement, ne constituent un obstacle à l'exécution du contrat. A contrario, on conçoit bien qu'un confinement strict, comme celui mis en place au printemps 2020, ait entraîné une impossibilité absolue d'exécuter certains contrats. Quant à l'imprévisibilité, elle n'est pas remplie pour toute épidémie. La JP exige que son occurrence soit suffisamment rare pour qu'elle ne puisse être raisonnablement envisagée par les parties au moment de la conclusion du contrat. De plus en plus rares, compte tenu des progrès scientifiques, sont les épidémies totalement imprévisibles, comme pourraient l'être des épidémies reposant sur un mode de contamination jusque-là inconnu. A cette aune, l'épidémie de grippe espagnole n'était sans doute pas impossible à concevoir à l'avance, et celle de la covid-19 faisait partie des risques annoncés par certains. Malgré tout, l'une comme l'autre, au regard notamment de leur ampleur et de leurs effets, peuvent sans doute être qualifiées d'imprévisibles au sens et pour l'application de la force majeure. Une épidémie peut donc être un cas de force majeure.

Certains contrats d'ailleurs le prévoient expressément : clause de force majeure listant notamment les hypothèses de résiliation du contrat. Exemple d'un chanteur annulant son concert pour maladie (CE, 3 mars 2010, Commune de Garges-lès-Gonesse, n° 323076). Le JA vérifie tout de même que l'évènement satisfait aux conditions fixées par la jurisprudence dans la mesure où les parties n'ont pas entendu faire obstacle à l'application des critères caractérisant l'évènement de force majeure, en particulier celui de l'imprévisibilité lors de la conclusion du contrat.

De plus, une épidémie peut être le facteur déclencheur de l'application de la théorie de l'imprévision, si elle entraîne un bouleversement de l'économie du contrat.

Mais aucune jurisprudence en France sur les épidémies. La guerre a été reconnue comme cas de FM pour des contrats signés avant le début des hostilités, pas le cas après. Ainsi, la FM risque d'être difficilement reconnue à une date à partir de laquelle la crise était connue. Mais difficulté à déterminer la date à partir de laquelle l'entrepreneur ne peut pas ignorer le risque pesant sur l'exécution du marché : premiers cas de contamination sur le territoire, augmentation du nombre de cas dans le Grand-Est, début du confinement, déclaration d'état d'urgence sanitaire ?

Dans ce cas, l'ordonnance du 25 mars 2020 permettra peut-être de prendre le relais pour les épisodes futurs. En conclusion, l'expérience du passé apporte quelques éléments d'éclairage, mais pas une moisson pas particulièrement abondante.

9h30 : Guillaume DELALOY (chef du bureau de la réglementation de la commande publique – DAJ MINEFI) : L'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 : Bilan et perspectives d'un texte d'exception

Dans le domaine de la commande publique, le Gouvernement a rapidement pris la mesure de l'impact du Covid-19 sur les entreprises. DAJ de Bercy a rapidement mis en ligne une fiche sur le cadre existant pour accompagner les acheteurs dans la passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire. La Direction des achats de l'État a également diffusé des recommandations aux principaux acheteurs de l'État et de ses établissements publics pour soutenir les activités des entreprises, en particulier les PME.

Ces recommandations se fondaient sur le cadre juridique existant puisque le code de la commande publique et les cahiers des clauses administratives générales proposent des outils permettant aux acheteurs de faire face à l'urgence et à des circonstances imprévues. Il est également possible de mobiliser les théories de la force majeure et de l'imprévision. En ce sens, le ministre de l'économie a déclaré que l'épidémie devrait être « considérée comme un cas de force majeure pour les entreprises » et a assuré que l'État n'appliquerait pas de pénalité en cas de retard d'exécution.

FM ou imprévision sont appréciées *in concreto*, au cas par cas. Elles dépendent aussi des stipulations contractuelles et ne sont pas d'ordre public. Donc elles n'apportent pas toujours des réponses pour les cocontractants. Théorie du fait du prince, dont la notion et le champ d'application mêmes divisent encore la doctrine et les juges.

L'ampleur et l'urgence de la situation et les limites du cadre juridique existant appelaient donc la mise en place d'un régime spécifique, avec un texte d'exception afin de répondre aux inquiétudes des opérateurs économiques et des autorités contractantes confrontés à des problématiques inédites. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, prise sur le fondement de l'article 11 de la loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 est venue, dans les cas où ces théories juridiques classiques ne pouvaient être pleinement mobilisées, compléter la palette des options offertes aux parties au contrat. But : trouver des solutions en cas de difficulté d'exécuter les contrats, que les règles générales, issues des textes ou de la jurisprudence, ne pouvaient régler dans l'urgence. L'ordonnance ne traite pas tous les cas de figure donc la jurisprudence et les mécanismes classiques s'appliquent dans ces cas-là.

I. Les objectifs de l'ordonnance.

2 objectifs poursuivis par l'ordonnance : - aider les entreprises titulaires de contrats publics à faire face aux difficultés financières qu'elles rencontrent ; - permettre aux autorités contractantes de pouvoir s'approvisionner et assurer la continuité de l'action publique. Texte destiné à faire face à l'urgence.

a) Les mesures de soutien aux entreprises

Priorité de la loi d'urgence était d'éviter que les entreprises ne se retrouvent dans une situation financière catastrophique. But des mesures de soutien aux entreprises : préserver leur trésorerie. L'ordonnance a temporairement déplafonné le montant des avances et supprimé l'exigence d'une

garantie financière, y compris pour les contrats en cours. Donc possibilité de faire des avances de plus de 60%, cela pour les nouveaux contrats, mais aussi contrats en cours.

Elle contraint aussi les acheteurs à respecter l'échéancier de paiement en cas de suspension des marchés à prix forfaitaire, par dérogation à la règle du service fait.

Lorsque l'exécution d'une concession est suspendue, le concessionnaire peut interrompre les sommes qu'il doit au concédant, comme les droits d'entrée ou les redevances domaniales. La suspension du paiement des redevances a d'ailleurs été étendue à tous les contrats portant occupation du domaine public.

L'ordonnance protège aussi le titulaire de contrat public contre les sanctions prévues au contrat (reports de délais, pénalités de retard). Mesures favorables aux entreprises, elles s'appliquent même si mesures contractuelles contraires. Néanmoins, elles ne peuvent être mises en œuvre que si elles s'avèrent nécessaires pour faire face aux conséquences de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter sa propagation.

b) Assurer la continuité des approvisionnements

Côté acheteurs ou autorités contractantes, le CCP permet de recourir à un prestataire sans publicité (art. R. 2122-1). Marché de gré à gré. Mais dans bien des cas, les autorités étaient déjà engagées lorsque la crise est survenue. L'ordonnance a permis la prolongation des contrats arrivant à terme. Possibilité de marchés de substitution en cas de défaillance du titulaire sans que le titulaire supporte le surcoût de la procédure.

II. Le bilan

Difficile de dresser un bilan précis de l'application de ces mesures. La DAJ du Ministère n'a pas de retour sur ces points. Mesures qui ont l'air plutôt bien accueillies. Principal retour : ces mesures cristallisent des pratiques déjà possibles par le droit commun de la commande publique, mais en permettant qu'elles s'appliquent nonobstant toute clause contraire, cela a facilité les négociations entre les cocontractants. L'ordonnance n'a pas répondu à toutes les attentes.

a) Une interrogation : le champ d'application du texte au regard de la notion de « contrat public » ?

Le législateur a permis au gouvernement d'intervenir pour les contrats de la commande publique, mais aussi pour les contrats publics. Vocabulaire plus large utilisé dans le texte. L'extension de l'ordonnance aux contrats publics permet d'intégrer les contrats passés antérieurement au code de la commande publique notamment.

b) Une absence : la question des surcoûts.

Les surcoûts liés à l'épidémie ne sont pas abordés. Souvent un frein à la reprise du marché (surveillance des travaux...), car mesures prises du fait des mesures sanitaires. Dans l'art. 6-6°, le sujet est abordé : surcoût d'exploitation, c'est-à-dire dépenses exceptionnelles pour le concessionnaire. Théorie de l'imprévision est invoquée en filigrane. L'ordonnance n'a pas vocation à réécrire la jurisprudence, mais à faire obstacle à toute clause contraire défavorable. Le Gouvernement a préféré la circulaire 1^{er} ministre du 9 juin 2020 : partage des surcoûts pour les MP

de travaux et bâtiments. Il y a également la circulaire du 20 mai 2020, qui appelle les préfets à promouvoir des chartes pour une répartition solidaire des surcoûts. Ces démarches doivent être concomitantes à la reprise des chantiers.

III. Perspectives

Le Gouvernement a décidé de pérenniser certaines mesures de l'ordonnance, comme le taux d'avance de 60% pour les marchés publics par exemple. Loi ASAP insère dans le CPP un dispositif de circonstances exceptionnelles : activable par décret pour adaptation du CPP en cas de crise majeure. Le dispositif est intégré dans le CPP donc il concerne surtout les procédures de passation des contrats. Elle traite aussi de l'exécution : prolongation des délais quand circonstances exceptionnelles, absence de pénalités...

Cette ordonnance a été déférée au Conseil constitutionnel donc nous attendons la décision du 3 décembre. La disposition qui modifie l'art. L 2122-1 CPP : cela a suscité bcp d'émotions. Il ne s'agit pas d'autoriser les acheteurs publics à décider eux-mêmes de ne pas respecter la procédure de mise en concurrence. C'est le pouvoir réglementaire qui par décret en CE décidera pour quel motif d'IG on pourra faire cela. Depuis le 14 mars, il ne s'est rien passé. Pas de demande de prolongation de l'ordonnance. Principales difficultés concernent surtout les retards de chantier car des salariés sont atteints de la Covid-19 ou il y a des cas contact et il est difficile de recourir aux intérimaires pour les mêmes raisons. Cela ne légitime pas une prorogation de l'ordonnance, car elle concerne les contrats conclus jusqu'au 23 juillet inclus. Pour les marchés conclus après 24 juillet, on peut considérer qu'ils ont été conclus à un moment où le risque d'une 2^e vague était connu. Donc on peut espérer que le risque sanitaire a été inclus par les parties. Si jamais, un besoin nouveau se faisait sentir, le ministère de l'économie n'est pas opposé à proroger l'ordonnance ou envisager de nouvelles mesures particulières.

Questions du public :

1) Théorie de l'imprévision est très difficile à mettre en œuvre car bouleversement de l'économie du contrat très exigeante par le JA. Quid de l'imprévision au regard de la crise actuelle ?

B. DACOSTA : La théorie de l'imprévision a connu un essor dans 1920-1930's. Aujourd'hui, rare qu'elle soit mise en œuvre. Le JA pas enclin à assouplir cette théorie, qui n'a pas été conçue pour indemniser seulement partiellement le cocontractant pas intégralement. A titre personnel, mon sentiment est que dès lors que pouvoirs publics ont pris des mesures particulières, il revient au JA d'appliquer sa JP en parallèle des mesures particulières. Il n'y a pas de raisons majeures d'assouplir la JP car des mesures particulières à cette crise sont prises en parallèle.

2) Art 4 de l'ordonnance : est-ce que les avenants de prolongation des contrats doivent faire l'objet d'une mesure de publicité et mise en concurrence ?

G. DELALOY : avenants de prolongation ne font jamais l'objet de publicité. Cas part. pour les concessions avec la Dir. concession. Pour le franchissement de seuils : l'appréciation du montant du marché s'évalue selon le besoin à la date à laquelle il est passé. Caractère sincère et raisonnable du besoin, et ne pas sous-estimer le montant. Les règles qui encadrent la procédure des avenants

continuent à s'appliquer : pas de bouleversement de l'économie du contrat, sinon c'est vu comme un nouveau contrat qui doit faire l'objet d'une mesure de publicité et mise en concurrence. Pour les surcoûts et la crise sanitaire, le Ministère estime qu'on est dans le cas des imprévus donc possibilité d'une modification d'un montant de 50% du contrat.

3) Quid du CCAG ?

G. DELALOY : la DAJ mène depuis 1,5 an une réforme des CCAG. Pas fini. On a prévu d'intégrer dans les CCAG des cas de difficultés d'exécution liées à des crises : clauses de réexamen ou de revoyure pour faciliter les modifications (prix, négociations...). En principe, 1^{er} avril 2021.

4) Y a-t-il une restriction des facultés de dérogation aux CCAG par des clauses de CCAP ?

G. DELALOY : la DAJ : certaines entreprises se plaignent que bcp d'autorités publiques dérogent aux CCAG. Donc des demandes pour interdire les éventuelles dérogations. Si on commence à interdire des dérogations, on n'est plus dans le contractuel, mais dans le réglementaire. Les CCAG sont un outil entre les mains des parties et on ne peut pas empêcher la liberté contractuelle.

10h : François LICHERE (Professeur agrégé de droit public, Université Jean Moulin – Lyon III) : L'exécution dégradée : quelles possibilités d'indemnisation ? Quelles modalités de prise en charge ?

Caractère nouveau et émergence de cette notion d'exécution dégradée qui vient de la pratique. Cette expression traduit une réalité : exécution d'un contrat rendue plus difficile ou onéreuse que ce que prévu initialement. Exécution dégradée des contrats publics posent 2 questions :

- prise en charge des surcoûts directs et indirects et au-delà l'impact financier de la crise sanitaire et sa répartition entre cocontractants.
- adaptation éventuelle des contrats en cours, notamment en termes de calendrier.

L'enjeu du sujet réside dans l'appréciation du caractère adapté des règles en la matière. Cela dépend de celui qui apprécie la règle, du point de vue. Le droit offre suffisamment de clarté et sécurité juridique aux cocontractants ?

Il est permis d'affirmer que tel n'est globalement pas le cas, que ce soit les principes jurisprudentiels, la réglementation, les CCAG.

I. Des règles de droit dégradées

Rares sont les sources juridiques qui indiquent les conséquences de la crise sanitaire. Pour les clauses types de contrats publics, elles sont ambivalentes voire inexistantes. Rien sur les pandémies ou épidémies dans les CCAG existantes. Art 18-3 CCAG travaux : phénomène naturel ou FM, titulaire indemnisé. Porté limitée qui concerne que les coûts matériels directs, mais ne s'applique pas aux surcoûts directs de prise en charge de mesures de protection, ni aux surcoûts indirects.

Art. 6-2 CCAG travaux : en cas d'évolution de la législation... signature d'un avenant. Portée restreinte aussi et pas pertinente pour partage du surcoût. Cet article concerne de plus surtout la loi.

Pour tous marchés de travaux, il y a une responsabilité du MOE, mais difficile d'y voir un fondement pour prise en charge des surcoûts.

Dans autres CCAG, ce n'est guère mieux. Pour les concessions et marchés de partenariat qui sont basés sur l'allocation des risques, ce qui peut conduire les parties à intégrer à l'avance les conséquences d'une épidémie ou pandémie. Paradoxe donc de faire assumer cela par le titulaire dans marchés publics. La situation varie d'un contrat à l'autre même pour les concessions, car toutes ne le prévoient pas.

Règles textuelles et jurisprudentielles : par de règles textuelles spécifiques sur la question de l'impact financier sur les contrats. L'ordo 2020-319 du 25 mars 2020 a apporté un certain nombre de réponses dans l'urgence. Art. 6-6° de l'ordo qui s'intéresse aux surcoûts que pour les concessions et n'envisage que la seule hypothèse de modification de la concession par l'autorité concédante. Or en pratique, il est souvent plus question de l'exécution de la concession et pas de sa modification. La jurisprudence : on constate un certain pragmatisme du JA, qui ne renforce pas la sécurité juridique. La notion de bouleversement de l'économie du contrat varie d'une jurisprudence à l'autre. Le seuil de bouleversement en matière d'imprévision varie entre 7 à 10% selon la juridiction. En matière d'imprévision, il n'y a pas de prise en charge à 100% par la personne publique et le restant à charge du cocontractant varie de 5 à 10%. Cela ne facilite pas les négociations et ne permet pas de prévoir les droits à indemnité. Pour les concessions mises en œuvre, le déficit d'exploitation est difficile à apprécier : pas de réponse en JP sur la période en cause et le montant.

La sujétion des imprévues : pas évident de dire que l'on est dans une difficulté matérielle d'exécution. Un cluster de cas-contact peut-il être considéré comme une sujétion des imprévues ? Le fait du prince n'est guère applicable, sauf pour les contrats de l'Etat.

En termes de sécurité, les choses ne sont pas très claires. Les situations diffèrent en pratique, non pas en fonction des clauses contractuelles ou des situations de fait différentes, mais du bon vouloir des parties contractantes à négocier.

II. Des règles de droit adaptables

Modification unilatérale ou contractuelle encadrée par les Dir. 26 fév. 2014 transposées en droit français. Dans les textes, il y a bcp de facultés de modifier les contrats dans la limite de 50%. Ce seuil ne vaut que pour les pouvoirs adjudicateurs. En réalité, il y a des freins psychologiques : crainte des pouvoirs adjudicateurs d'être dans un cas de motif non justifié, de favoritisme, de rapport défavorable de la chambre régionale des comptes. Souvent l'avenant ou modification du contrat n'est envisagé que si on est bien dans un cas d'imprévision. Or, ce n'est pas nécessaire. Quid d'un avenant qui prévoirait une clause de renégociation, c'est-à-dire un dialogue pour un partage des surcoûts ? En pratique, confusion du véhicule contractuelle pour demander indemnisation des surcoûts.

Faudrait-il les textes pour les contrats passés pour renforcer la sécurité juridique ? Adaptation minimale est l'ordo 2020-319 pour les contrats signés avant 24 juil. Art. 6-1 de l'ordonnance permet de demander un délai sur l'exécution du contrat. Adaptation moyenne serait d'assurer une obligation de renégociation. Adaptation maximale : adaptation espagnole avec une loi qui partagerait les surcoûts. Circulaire 9 juin 2020 : ne concerne que les marchés de travaux et l'Etat. Elle a eu un vrai impact et véritable effort par des acheteurs publics pour rentrer dans une logique de négociation. Mais cette logique de négociation n'est pas uniforme. Disparité de situations qui ne sont pas liées à des situations contractuelles différentes, mais à l'arbitraire des autorités.

10h30 : François LICHERE : Suspension et résiliation des contrats publics (en remplacement de Frédéric LOMBARD, Professeur agrégé de droit public, Université d'Aix-Marseille)

Force majeure : impossibilité définitive d'exécution, alors qu'imprévision = impossibilité temporaire. La résiliation est rare, surtout quand commande liée à des événements annulés. La résiliation vient quand elle a eu lieu de la personne publique. Résiliation car le contrat perd son objet. Résiliation pour FM est prévue par le CPP comme une cause de résiliation. Le code prévoit les conséquences pécuniaires. La résiliation demandée par le cocontractant ne pose guère de question, car rare. Sur la procédure, le cocontractant doit s'adresser au juge si la personne publique ne consent pas à la résiliation. On peut envisager une clause qui prévoirait cette possibilité de résiliation pour cause de défaut d'exécution de ses obligations par la personne publique.

Cas de la suspension des contrats : Soit la personne publique en demande la suspension et en assumer les conséquences financières (art 49-1 CCAG travaux par exemple) soit cocontractant demande la suspension et en assume les conséquences financières. 3^e hypothèse émerge : le constat par la personne publique de l'impossibilité d'exécuter le contrat. Aussi l'hypothèse de la FM administrative : CE, 1932 : le cocontractant peut demander la résiliation du contrat en cas d'imprévision à effet durable. Surcoût qui s'inscrit dans le temps justifie la résiliation. On peut envisager de remobiliser cette hypothèse pour la crise sanitaire, notamment pour les concessions où déficits s'inscrivent dans le temps.

10h50 : Xavier DEBOSQUE (directeur juridique – Eiffage génie civil) : Suspension et exécution dégradée : retour d'expérience

Suspendre ? Définition : Remettre à une date indéterminée. Plusieurs attitudes des donneurs d'ordre ont été constatées.

Eiffage en tant qu'employeur est soumis à une obligation de moyens renforcée (Cass, 25 nov. 2015). Obligation d'interrompre le chantier pour protocole covid qui date d'avril 2020. Obligation de discuter des conséquences de reprise de chantiers pour tous.

Quelles conséquences ? Pendant le confinement, frais de garde, mise en sécurité du site et immobilisations de matériels.

Suspensions de chantier : quels cadres contractuels ? art. 49-1 CCAG : ajournement ssi le MOA le notifie ; art. 19.2.2 CCAG travaux : droit à délai ; art. 10.1.1 CCAG travaux :

Exécution dégradée : intrinsèquement dégradée, c'est-à-dire que c'est le déroulement de la journée de chantier qui est dégradé (accueil spécifique Covid-19, généralisation du port du masque et organisation de son remplacement, organisation des bases de vie, nettoyage des outils, engins, adaptation des flux pour garantir la distanciation...).

Conséquence : c'est toute la chaîne de production qui est affectée (fournisseur, usine de préfabrication, loueur de matériel...). Les délais sont modifiés, s'entrechoquent...

Quelle prise en compte ? incertaine. Bon nombre de MOA ont constaté les coûts liés aux mesures sanitaires, aux mises en sécurité.

Cadre juridique inédit : bcp de questions sur la FM car délai, sujétions techniques des imprévues pas adapté. L'imprévision correspond surtout à un aléa économique qui ne concerne pas la crise sanitaire.

Donc propose la création d'une imprévision sanitaire sans seuil ; une clause pandémie qui consiste à intégrer dans l'offre du candidat les conséquences vécues lors du 1^{er} confinement.

2nd confinement est différent : les chantiers ont continué. En termes de contagion, le personnel sur place semble moins impacté que le reste de la population. Eiffage s'est adapté et maintenant souhaite d'une visibilité à moyen et long terme.

11h10 : Charles TOUBOUL (directeur juridique – secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales) et Nicolas MORIZOT (responsable des achats – ministère des Solidarités et de la Santé) : La gestion des approvisionnements et fournitures de première nécessité

Charles TOUBOUL : pas le rôle de l'État d'acquiescer des bateaux, avions... dissociation des étapes de l'achat, qui a posé des enjeux. Nécessaire de maintenir un cadre unique avec la possibilité pour l'État de piloter une multitude d'acteurs. Conserver d'un cadre juridique pour rendre compte, car utilisation des deniers publics.

Nicolas MORIZOT : la police administrative fait qu'on a besoin du jour au lendemain besoin de masques. C'est obligatoire et ça crée un marché donc règles et caractéristiques techniques dont on doit informer la Commission européenne. L'État a l'origine des besoins d'approvisionnement et doit contrôler les prix quand il y a des tensions. C'est ce qui a été fait pour les masques et le gel hydroalcoolique. Au final, on a réussi à maîtriser le marché et pas de revendication sur le prix des produits. Enfin, lorsqu'on définit la possibilité de s'approvisionner : réquisition par l'État de la plupart des stocks de masques FFP2 et chirurgicaux du pays. Toutefois, tout réquisitionné était contreproductif. Donc cela a permis à des collectivités locales, des entreprises d'obtenir des masques de l'étranger. Au final, plus de masques. Toute cette verticalité n'a pas épuisé le contrat, car il a bien fallu indemniser les gens. Cette verticalité était un complément à l'horizontalité du contrat.

Questions du public :

François LICHERE : Théorie de l'imprévision classique prévoit que le concessionnaire a droit à l'indemnisation de son déficit d'exploitation à condition qu'il soit lié à l'évènement imprévisible. CE, 2019 : déficit qui n'a pas pour seule cause l'imprévision, donc ne justifie pas le bouleversement de l'économie du contrat. A partir de quelle durée de déficit continue, on est en droit de demander la résiliation pour force majeure administrative ? La JP ne donne pas de durée précise.

François LICHERE : Influence de la crise sanitaire sur la garantie décennale ? Rien de ce point de vue là dans les textes en droit public. Éventuellement, délai d'exécution du contrat donc report de la garantie décennale. Pas d'influence.

Marc RINGLE : art. 6-2 CCAG et questions des évolutions de législation. Vous semblez réservé sur le terme de législation.

François LICHERE : question sensible qui illustre le caractère pas adapté des clauses types. Hélène Hoepffner évoque ce fait que l'on parle bien de législation et pas de réglementation. Les mesures sanitaires s'appliquent à toute la population. Sur les arrêts CAA et CE, rien pour éclairer l'art. 6-2 CCAG. Donc ambiguïté de ces clauses. Cela illustre le caractère imprévisible de la crise et ses conséquences.

Guillaume DELALOY : cet article ne visait pas à tenir compte des contraintes sanitaires qui impliquent des surcoûts. Interprétation restrictive de ces stipulations de l'art. 6-2 CCAG, qui en effet n'avait pas pour but de tenir compte de la crise.

Table ronde : Gestion de la crise

Animée par **Marc RINGLE** (ancien bâtonnier – barreau de Marseille), avec :

- **Laurent BESOZZI** (directeur de la commande publique et des achats – Conseil régional PACA),
- **Jean GRATALOUP** (directeur juridique – Conseil départemental des Bouches du Rhône),
- **Isabelle LONCHAMPT** (présidente FBTP13),
- **Ghislaine MARKARIAN** (présidente 3^e ch. TA Marseille),
- **Sébastien PESQUE** (directeur associé CI Media).

Guide des bonnes pratiques de l'OPBTP utile, car nous n'avions aucune référence en cas de pandémie. Or, là guide établi par différents ministères et on savait qu'on était en règle.

M. RINGLE : Comment les uns et les autres se sont organisés ? Comment avez-vous réagi ?

Mme LONCHAMPT : 95% de chantiers arrêtés. Réorganisation du service avec du personnel en front office et en back office. La 1^{ère} préoccupation a été le chômage partiel et nous avons organisé nos équipes de cette manière-là. Nous nous sommes aussi sur notre fédération nationale du bâtiment et des travaux publics.. Quand les ordonnances sont arrivées, il a fallu les traduire de manière compréhensible, pas évident et que les informations étaient bonnes. On a fait une newsletter par jour donc 150 newsletters pendant la période du confinement.

Mme MARKARIAN : délai de report, réorganisation. Nombreuses procédures de référé liberté devant le tribunal. Pour les marchés, audience sans présentiel. Magistrats ont continué leur travail, mais avec une nouvelle organisation. Ces nouvelles modalités se sont plus ou moins poursuivies avec la reprise.

M. PESQUE : on est passé de 20 pers. à 3 en présentiel. On s'est retourné vers les institutionnels, attentif aux gestes des commerciaux par rapport aux mesures sanitaires. Collaboration avec les services publics sur des sujets qui parlent aux gens.

M. GRATALOUP : les collectivités terr. ont mis en place un plan de continuité des activités en mars pour assurer la continuité des activités essentielles. Organisation opérationnelle rapidement avec bcp de contraintes pour assurer les commandes, en lancer de nouvelles, prévoir des outils pour le

télétravail, maintenir la chaîne de paiement des fournisseurs. Très mobilisé pour assurer la continuité du SP, mais aussi assurer des besoins nouveaux : commande de masques, mobiliser des avions, travail de logistique énorme sur la réception, le stockage et la distribution des masques.

M. BESOZZI : test de la crise passé honorablement. Activité dégradée pendant le confinement, mais la direction de la commande et achats a eu un fonctionnement normal. Tous les appels d'offre ont été fait en vision.

M. RINGLE : Le numérique était utile, mais pour des questions d'ampleur des documents ça posait des limites. Les chantiers se sont arrêtés dans la majorité des cas pendant le 1^{er} confinement.

Mme LONCHAMPT : priorité était de protéger nos adhérents. Ensuite, les ordonnances sont arrivées donc après c'était de mettre en œuvre les mesures sanitaires sur le chantier. Là aussi fourre-tout divers. Aujourd'hui, près de 85% de surcoûts liés à la crise ont été supportés par les entreprises. L'entreprise avait l'impératif économique de travailler et souvent a pris en charge seule les mesures sanitaires pour continuer à travailler.

M. BESOZZI : assurer l'exemplarité en termes de gestion du SP et être présent dans le tissu régional avec les moyens qui sont les nôtres. La région a émergé à 3 niveaux : dans la connaissance citoyenne, dans son rôle d'assembleur des collectivités territoriales, et s'est imposée comme nouvel acteur international et ça c'est nouveau. La loi permet de nouer des accords de coopération entre régions à l'international. L'accord entre la région PACA et une région en Chine ont permis de se parler et cette actions politique a permis d'acheter des masques en Chine. L'émergence des régions comme acteur international.

M. RINGLE : quelles conséquences sur les institutions de l'arrêt des chantiers ?

M. GRATALOUP : impact sur chantiers car retard. Les difficultés se sont retrouvées dans le bâtiment, chantiers, mais aussi toutes les activités de service. Tout le travail que l'on a mené est, au-delà que les acteurs économiques puissent continuer leurs activités. Il a fallu faire preuve de pragmatisme, trouver des solutions, comme le recours au juge ou au comité arbitral. On a expérimenté la médiation administrative pour régler des litiges pour lesquels il pouvait y avoir discussion sur les fondements du droit, mais pas sur le fond. Expérience intéressante, que l'on souhaite poursuivre et qui a permis d'assurer dans une certaine mesure le maintien de l'activité.

M. PESQUE : Les collectivités jouent un rôle d'amortisseur.

M. RINGLE : Lorsque la crise est survenue, il est immédiatement apparu la crainte d'une explosion des litiges et l'encombrement des juridictions administratives. Qu'en a-t-il été ?

Mme MARKARIAN : 10ne de référé précontractuel en avril puis ça s'est tari en mai, juin. C'est reparti un peu en septembre, mais très peu en ce moment ce qui est exceptionnel. Ce n'est pas une activité normale pour le contentieux. L'activité va arriver, car c'est lors des décomptes que les contentieux vont arriver avec des recours en indemnisation. Cela permettra de dépoussiérer des notions comme l'imprévision ou la FM et de les actualiser.

M. RINGLE : On pouvait craindre la survenance de procédures devant votre juridiction du fait de marchés passés durant la crise, car ils l'ont été de manière empirique. Mais en fin de compte, vous n'avez pas rencontré de procédure particulière ?

Mme MARKARIAN : non, pas de contestation liée à des procédures particulières pendant le confinement.

M. RINGLE : Le règlement des litiges, Mme Lonchamp, ça fait partie des prérogatives de votre fédération par rapport à ses membres. Comment se sont manifestés ces litiges, car problème de garde de chantier, puis lors de la reprise avec les surcoûts ? Le guide de l'OPBTP très utile pour les contraintes sanitaires, mais rien sur la répartition des surcoûts. Dans certaines régions, des chartes se sont mises en place, dans d'autres non. Est-ce que vous pouvez nous en dire un mot ?

Mme LONCHAMPT : Beaucoup de choses réglées par les ordonnances du 25 mars 2020. Sur la répartition des surcoûts, il y a eu 3 phénomènes :

- chartes de bonnes intentions signées mais pas appliquées. Dans le 13, je n'en a pas signé. On s'est mis autour de la table et parfois bonne entente, vraie collaboration avec les collectivités donc répartition.

- Dans d'autres cas, pourquoi pas, collectivités ouvertes, calculez et on verra les surcoûts après.

- Dernier cas, certaines collectivités n'ont rien voulu savoir. Et il n'était pas question d'arrêter le chantier alors qu'on avait été formé 1,5 mois. 87% des entreprises prennent seules en charge les surcoûts.

M. GRATALOUP : on a mis en place des manières amiables de traiter les litiges avant que ça aille au contentieux. Volonté de négocier et arriver à un accord.

M. BESOZZI : achats réalisés par les collectivités pendant le confinement, il n'y a pas d'intérêt lésé. Si nous avons passé par un marché de gré à gré, car parce que le fournisseur n'était pas en mesure de nous fournir les masques, le gel. La région a travaillé à signer une charte de bonnes pratiques et nous avons eu 2 ans pour l'élaborer. Ça ne s'est pas fait rapidement et ce n'est pas simplement incantatoire.

APRES-MIDI

14h15 : Jean GRATALOUP : Faut-il adapter les modes de passation ?

Cela revient à se demander si boîte à outils de la CPP est suffisante pour faire face à la crise sanitaire ? Le Parlement et Gouvernement ont répondu en modifiant déjà le CPP avec la loi ASAP. Le CPP est une boîte à outils adaptée pour faire face à des situations urgentes et inédites issues de la crise sanitaire. Pour faire face aux besoins nouveaux, les acteurs publics se sont tournés vers leurs accords-cadres qui ont répondu pour certains à cela. Pour les demandes supp, non prévues, art. 1294-3 CPP : modification au contrat pour circonstances imprévues. La notion de circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir est plus large que sujétion des imprévues ou FM ou imprévision. Donc technique adaptée. Ainsi, le CPP a permis de répondre, notamment en volume, à des besoins nouveaux.

Pour la mise en concurrence, réduction du délai d'appel d'offre (R. CPP) par exemple. Mais la situation était telle que l'adaptation s'est révélée insuffisante pour répondre à certains besoins. R. 2122-2 CCP : marché sans publicité ni mise en concurrence. Conditions d'usage de ces dispositions sont strictes, comme l'a rappelé la commission européenne. Pour l'achat de masques, gel hydroalcoolique, on pouvait utiliser ces dispositions. Mais certains acheteurs publics ont utilisé cela pour des achats dont le caractère nécessaire était discutable : zone grise, qui aurait pu avoir des conséquences juridiques sérieuses. Condition d'urgence impérieuse : attentats de 2015, tempête Xynthia sont des exemples où le Gvt a donné le feu vert aux acheteurs publics pour user de ces dispositions dérogatoires, mais rare.

Mais Gvt a estimé que c'était insuffisant, car introduction avec loi ASAP de 2 dispositions assouplissant le CPP. Ces mesures sont-elles indispensables ?

- reprise dans CPP des mesures exceptionnelles. Dans CPP, introduction d'un nouveau livre pour l'ordonnance du 25 mars 2020. Ces mesures anticipent une nouvelle crise inédite. Mais peut-être difficile de les appliquer, car désormais une telle crise est connue ?

- Seuil de passation des MP relevé à 100 000 euros HT : relance de la commande publique pour les PME. Circonspect à l'égard d'une telle mesure : effet pour petits acheteurs, pas pour les autres. La conclusion de contrats de gré à gré est délicate car risque pénal. Comment respecter cette exigence sans mettre en concurrence ? Minimum d'encadrement de la procédure.

- possibilité de passer un MP sans publicité ni mise en concurrence. L'IG serait un motif justifiant cette dérogation. Cela fait craindre des risques devant le juge pénal. Les décisions des acheteurs publics doivent être motivées par l'IG, donc pour quels motifs d'IG pourrait-on y déroger ? Risque augmenté en termes de responsabilité. La simplification proposée en est-elle vraiment une ? L'absence de mise en concurrence pourrait faciliter l'accès à la commande publique et l'économie ?

- clause avec une part minimale du contrat réalisée par les PME : favorable aux PME, mais se limite aux marchés globaux et de performance. Pourquoi n'élargit-on pas à d'autres procédures ? il faudrait une volonté de l'ensemble des États membres de changer les directives.

Sur l'exécution : bonne mesure est celle du dé plafonnement de la vente.

Conclusion : la CP a connu depuis pls années des réformes importantes. Le CPP a permis de faire face à la crise avec les mesures législatives et réglementaires. Les acheteurs et opérateurs économiques ont surtout besoin de stabilité et pas sain de changer trop fréquemment les règles du jeu. Quant au motif d'IG, comment s'entend-il pour favoriser l'absence de publicité et mise en

concurrence ? Le législateur devrait aussi se pencher sur les mesures qui freinent les mesures de passation des contrats publics.

14h45 : Camille CROS (avocate au barreau de Marseille) et Sabine IBANES (directrice juridique du groupe NGE) : Innovation contractuelle : Comment tenir compte de la crise sanitaire dans les nouveaux contrats ?

Camille CROS : nouveau droit de crise de la CP avec une logique interventionniste qui peut préfigurer des modifications plus profondes de la matière.

Sabine IBANES : Localisation des travaux, niveau de co-activité. Hors de nos propos les surcoûts directs liés à l'arrêt des chantiers. Quid d'un arrêt car cas Covid dans l'équipe ? Surtout, prise en compte par les MOA des surcoûts directs. Seuls seront prises en considération les dépenses de l'opérateur économique que le pouvoir public considérera lui-même comme éligible. Les parties à l'acte de construire ont aujourd'hui le recul suffisant pour savoir ce que la Covid-19 coûte. Pour la prise en compte de ces coûts, les MOA qui ont une enveloppe suffisante prennent en charge ces coûts mais de manières diverses. Pour les MOA plus petits qui ont une petite enveloppe, ils considèrent que c'est le problème de l'entreprise et ne payent aucun surcoût. Au jour de la survenance d'un évènement extraordinaire, le titulaire doit reconnaître avoir pris en compte la Covid-19 dans la construction de son offre, son planning, son prix. Plus le donneur d'ordre prend en compte de manière précise, transparente l'offre, plus il paye le prix juste et les entreprises ont un égal accès à la commande publique.

Camille CROS : Dans les procédures lancées récemment, comment les donneurs d'ordre prennent en compte les mesures Covid-19 ?

Sabine IBANES : Soit ligne de prix (prix forfaitaire/ jour) soit bordereau prix unitaire (bordereau à l'identique du bordereau concerné par les travaux, ou coefficient appliqué ou véritable bordereau de prix Covid avec des prix identifiés).

Camille CROS : comment un droit de la crise pourrait prendre forme ? Pistes supracontractuelles.

Sabine IBANES : oui, mise en œuvre d'un indice Covid. Un comité de suivi des surcoûts vise à évaluer les pertes lors des chantiers, dont les pertes de productivité puis élargi à l'ensemble des pertes de la Covid. Le comité veut établir un calculateur avec un indice et un indice travail, sous réserve que le contrat prévoit une clause de révision.

Camille CROS : Ton avis sur cette mesure ?

Sabine IBANES : je salue cela, mais septique sur l'outil en lui-même. La variation de 2 indices ne peut-elle pas se révéler au sein d'un index avec une multitude d'indices. Ces 2 indices ne seront-ils pas noyés parmi les autres ? La variation positive des indices Covid viendrait pallier les indices négatifs de l'index. Les opérateurs économiques n'auront pas l'impression que le donneur d'ordre public aura pris en compte les conséquences de la Covid.

Camille CROS : Prise en charge par l'État par un allègement de charges patronales. Qu'en penses-tu ?

Sabine IBANES : bienvenu, mais l'État intervient comme un sauvetage. C'est extérieur au contrat et peut-être sans adéquation au marché. En fait, c'est ces mesures extracontractuelles et contractuelles qui vont permettre de combattre les effets de la Covid-19.

Camille CROS : les avances dans CPP : l'acheteur peut prévoir une avance > 60% (ordo 2020-319 inscrit désormais dans le Code). Mais à la discrétion du MOA. Et la loi AZAP, pas encore publiée, mais concerne à plusieurs niveaux les contrats publics. Elle relève les seuils de passation des MP à 100 000 euros HT jusqu'en décembre 2022. Également, droit de crise rencontre le droit commun dans le CPP avec le nouveau livre. Loi AZAP : MP conclu avant 2016 pourront être modifiés alors qu'avant modifiés que par la conclusion d'un marché complémentaire. Cela clarifie la possibilité de modifier les marchés.

Sabine IBANES : révision des CCAG pour 2021 peut être une piste de révision contractuelle, à condition que ne soit pas révisé ce qui fonctionne et que les parties n'y dérogent pas par derrière. Sur les pénalités de retard et l'ordo 2020-319 les a suspendus. Le projet des CCAG évoque la disparition des pénalités, mais ne devrait-il pas être suspendu en cas de circonstances exceptionnelles ?

Innovation aussi dans manière dont contrat peut être modifié en cours d'exécution. Le contrat doit pouvoir muter, présenter une certaine flexibilité. Il en existe déjà, ex. art. 15 et 16 CCAG travaux. En cas de crise, la matérialisation du changement dans le contrat doit être différente, sinon risque de défaillance financière des PME. Derrière toute une chaîne de cocontractants est touchée. La contractualisation de l'extraordinaire : le faire de manière humble en actant du fait que quand un événement exceptionnel arrivera, les parties feront leur meilleur effort pour le régler, a minima en réinsérant les clauses de réexamen dans les CCAG.

Camille CROS : dans les CCAP, possibilité de prévoir clauses de revoyure.

Sabine IBANES : vont-elles le faire. Ne faudrait-il pas les rendre obligatoires ?

Camille CROS : Mécanisme de sauvegarde en réexaminant les conséquences calendaires et financières d'un risque. Ces clauses devraient donner envie aux acheteurs publics de les mettre en pratique. Économie d'une nouvelle procédure en cas de défaillance de son cocontractant. Cette obligation de renégociation pourrait s'inscrire dans le CPP.

Sabine IBANES : La traçabilité des travaux exécutés est essentielle. Art. 12 CCAG. Outil performant d'une gestion contractuelle qui doit être contraignant avec mécanisme de sanction en cas de non-respect. Il faudrait que contrat impose aux parties des périodes de discussions contradictoires. L'intégration de ces mécanismes dans CPP les rendrait obligatoires aux parties, à l'inverse des CCAG auxquelles on peut toujours déroger.

Camille CROS : révision des CCAG : mention de tous les modes alternatifs de règlements d'un différend. La liberté de contracter s'est heurtée à une crise imprévisible. Nouvelle réglementation de crise. Par de remise en question de la nature du contrat d'adhésion des marchés, mais évolution vers plus de dialogue, discussion.

15h15 : Christian BAILLON-PASSE (avocat, barreau de Marseille) : Les occupations temporaires du domaine public

Depuis mars 2020, exemple d'adaptation et de la souplesse du droit administratif et du système juridique. L'ODP consenti à titre onéreux (CG3P) : pas d'hypothèse de crise sanitaire. L'ODP est temporaire et précaire, encadré soit par convention soit par contrats.

Comment la gestion du domaine public a-t-elle été impactée ? Cette crise ouvre-t-elle de nouvelles perspectives de gérer à l'avenir ces ODP ?

I. ODP en temps de crise sanitaire

Première mesure phare : Extension d'ODP : ordo 2020-319 porte diverses mesures d'adaptation des mesures de passation ou exécution des contrats relevant de la CPP, aussi contrats d'ODP. Ordo 2020-460 a apporté des compléments et abordé de front la question des occupants du DP. C'est au niveau local d'abord que les choses se sont jouées donc le pragmatisme l'a emporté. Souplesse par exemple à Marseille avec un courrier simple leur indiquant que les occupants du DP avaient l'autorisation de s'installer sans préciser la surface. Idée que restaurateurs et bars gèreraient au mieux au regard de l'impératif de ne pas créer des conflits d'usage rappelé dans la lettre. Constat : cela a bien fonctionné. Cette contractualisation non contractuelle des comportements est une des leçons que l'on peut retenir de cette crise.

II. L'allègement des conditions financières

En principe, aucune clause d'annulation ou suspension de redevance n'existe dans les ODP. Comment a-t-on géré la suspension et annulation des redevances d'ODP ? Quelle régularisation de ces situations ?

Du côté de l'État avait annulé pour 3 mois à compter du 12 mars 2020, les redevances pour secteur sport, tourisme. Ordo 2020-460 : suspension des redevances, mais ne précise pas si suspension est de droit ou doit être acceptée par l'autorité gestionnaire. Et les entreprises qui s'acquittent annuellement de leur redevance ne pouvaient pas se prévaloir de cette suspension. Mais pragmatisme ici aussi de l'État. Ordo 22 avril 2020 précise : qd contrat emporte ODP et que conditions d'exploitation sont dégradées de regard manifestement excessive.... Redevances suspendues aussi. A l'issue de cette suspension, un avenant détermine les modifications nécessaires. L'État a voulu aller plus loin que ce dispositif d'où LFR 30 juil. 2020, art. 1 : redevances pour ODP de l'État et de ses établissements publics concernant les PME sont annulées pendant 3 mois à compter du 12 mars 2020.

Du côté des collectivités territoriales, la gestion des redevances d'ODP : exemple de Marseille, la commune a décidé de ne pas augmenter les redevances d'ODP alors que surfaces étendues. La ville a renoncé à percevoir la taxe locale sur la publicité extérieure. Aussi, une délibération du conseil municipale a prévu une exonération de redevances de taxe locale sur publicité extérieure tous commerces. 2^e délibération du 5oct. 2020 : concerne que la redevance d'ODP.

Combien ça coûte ces exonérations ? Au vu de mes investigations, on peut avoir une idée de grandeur pour la ville de Marseille : la 1^{ère} délibération 1,5 Million, 2^e délibération : 100 000 euros. Donc ça a de grosses conséquences.

Quid de la régularisation de ces situations ? ordo du 22 avril 2020 : quand redevance suspendue, avenant détermine les modifications du contrat apparues nécessaires. Est-ce une faculté d'appréciation par les 2 parties au contrat ? L'avenant porte sur l'aménagement du montant de la redevance ou tout le contrat en général ?

III. Quelques questions en suspens

Aides d'État : dès l'annonce des mesures visant à exonérer les occupants du DP, il était légitime de s'interroger s'il s'agissait d'aides d'État. Cf. CJUE, juillet 2019 en la matière. La commission a décidé

d'assouplir les règles et a publié une communication sur ce point afin de faire face à cette situation particulière. Pour les redevances d'ODP, les autorités françaises avaient notifié à la commission plusieurs mesures temporaires.

Comment ne pas aborder la question de la responsabilité ? Au-delà de la question de la suspension ou exonération des redevances pour ODP, quelle responsabilité : occupants avaient vocation à exploiter les terrasses, les trottoirs... donc perte de chiffre d'affaire des commerçants. Il va être difficile pour les personnes publiques d'arguer du fait de non exécution du contrat. Si le CE n'a pas cessé de rejeter les moyens tirés de la carence ou faute de l'ÉTAT, il ne s'agit que de référés pour le Covid. Le débat reste ouvert au fond sur les questions d'indemnisation et de responsabilité.

Conclusion : la crise nous enseigne qu'il faut intégrer l'exécution du contrat dans la société du risque. Se poser la question : Et demain, quel nouveau contrat administratif ? Un nouveau droit permettant de modifier le contrat administratif avec nouvelles clauses qui n'existent pas aujourd'hui ? La situation invite à réfléchir le droit de la CP pendant la crise, mais aussi en-dehors de la crise pour plus de souplesse, un droit moins régalien. Un droit administratif qui se civiliserait encore ? A l'heure où le droit civil dépérisse, le droit administratif a fait la preuve de sa survivance et sa puissance.

15h45 : Frédéric MARTY (CR CNRS – GREDEG Nice Sophia-Antipolis) La commande publique, outil de relance ou de soutien économique ?

Au départ, métaphore guerrière par le Président de la République : période de mobilisation des ressources et limitation des destructions, puis phase de sortie de crise où soutien de l'activité et préparation de la reconversion des activités économiques, enfin sortie de crise où faire face à la dette. Choc conjoncturel qui a mis en difficulté des secteurs de l'économie française : tourisme, transport ; choc structurel de la crise : affaiblissement d'un tissu productif très fragile.

I. Crise aggravant les déséquilibres et les faiblesses du tissu économique français

Données statistiques issues de l'INSEE et l'OFCE. Taux de chômage très élevé, même avant la crise où on n'avait pas récupéré le choc de 2008. Cela devrait se traduire en termes de pauvreté. Le taux de pauvreté après transferts sociaux fait que la France apparaît au niveau de l'UE comme un État égalitaire avec une redistribution.

Balance commerciale/valeur ajoutée déséquilibrée pour les échanges extérieurs. La croissance vient des services principalement marchands et qui sont ceux touchés par la crise sanitaire.

Augmentation de la dette, en particulier de l'État par rapport à l'administration locale ou de la sécurité sociale. La crise frappe un pays affaibli, qui dépense le plus pour sa santé que l'Allemagne par exemple, alors que l'espérance de vie n'est pas plus haute. Nous n'abordons pas la crise en situation de force. Donc la commission européenne a préconisé des réformes structurelles : augmentation de la productivité et flexibilisation des marchés avant la crise. Avec la crise, à partir de mars dégradation des affaires et des emplois. Donc nous sommes plus exposés que les autres aux activités à risque. Baisse d'activité liée au confinement. Choc de la crise que l'on a connu que dans des temps de conflits, mais pas pour la crise de 2008, ni crise de 1970's.

Mesures prises par l'État : retard de la réallocation le capital productif ; création de distorsion de concurrence ; retournement d'établissements bancaires donc le pays irait vers une période de croissance molle.

La problématique de la dette publique et

II. Une nécessaire relance

Relance où solde budgétaire va être inférieur à l'objectif de 3% de déficit public. Toutes actions de stabilisation des opérateurs économiques vont compter. La commande publique va jouer un rôle :

- l'assouplissement durant la crise, en faveur des entreprises en difficulté, des PME

-2008-2009 : recours à des marchés globaux à long terme avec préfinancement privé (un contexte financier particulier, procédures de mise en œuvre longues, rentabilité socio-économique parfois questionnable.

- des projets modestes dont la rentabilité peut être supérieure, exemple : les infrastructures supérieures. Cela permet d'agir plus vite, de manière plus proche du terrain donc adéquate pour les PME. Délais de mise en œuvre moindres. *Small is beautiful.*

Questions du public :

1) Ayant eu l'occasion d'analyser dans deux CCAP des clauses de réexamen pour des marchés de services (propreté, maintenance, sécurité). Celles-ci indiquent que dans le cas où les Parties ne parviendraient pas à un accord, le marché peut être résilié suivant un préavis plus ou moins court. Ces clauses ne prévoient pas l'indemnisation versé au Titulaire où le personnel risque de ne pas pouvoir être reclassé ou mis en activité partielle, ainsi que le paiement des prestations réalisées pendant la crise et les négociations. Est-ce que le CCAG Fournitures et services courants prendra en compte ces spécificités ?

Mme CROS : le futur CCAG peuvent le prévoir, mais possibilité d'y déroger dans un CCAP.

M. RINGLE : Comment les prestations exécutées ne seraient pas rémunérées ?

M. GRATALOUP : les prestations exécutées doivent être rémunérées, sauf faute du prestataire.

2) Pour Maître Baillon-Passe : le bénéficiaire d'une autorisation d'ODP temporaire peut-il demander une rétribution de la redevance ou exonération ?

Me BAILLON-PASSE : a priori, c'est mort. Les textes ne le prévoient. Et côté gestionnaire public, JP *Merguy* du 19 mai 1971 : interdiction des libéralités. Problème de fond. Pistes : tout va dépendre du choix de procédure qui sera fait : soit le client va attendre une décision expresse du gestionnaire et recours contre cette décision, soit pas de paiement et recours pour titre exécutoire. Sur quels fondements ? Principe de l'égalité devant les charges publiques et discussion devant le juge. Les 2 situations de l'AOT et du contrat ne sont pas identiques donc situations différentes traitées différemment. Et aussi, certes c'est une AOT, mais ça confère un droit qui doit être respecté : puisque le droit n'est pas respecté, je n'ai pas à payer la redevance.

3) Les PP peuvent-elles pour les conventions d'ODP bénéficier des aides de l'Etat dans le cadre d'occupation du domaine privé ?

Me BAILLON-PASSE : une rétribution n'est pas un loyer. Non, en qualité de personne publique gérant son domaine public.

4) S'agissant des innovations contractuelles dans les nouveaux contrats, y a-t-il des préconisations particulières pour les concessions ?

Mme CROS : peut-être une clause sur les déficits.

16h30 : Jean-Claude RICCI (professeur émérite, Université d'Aix-Marseille) : Synthèse

Crise revêt des traits singuliers par son caractère national, international, soudain, mortel. Elle soulève des interrogations inédites. Rapports de la crise sanitaire et contrats publics :

I. Ce matin : ce que la crise fait aux contrats

Par la 1^{ère} fois, que crise de grande ampleur. 3 choses transversales dans les problématiques de la journée :

- Réglementation particulière adoptée lors de la crise
- Innombrables difficultés liées à l'impréparation, ou comportements confus des partenaires publics et tracas des mesures sanitaires
- Complexité de la question du financement des surcoûts liés à la crise

On peut distinguer 3 séries de situation qui ressortent de la table ronde de ce matin :

- contrats en cours de négociation ou de conclusion lors de la crise : accord ou absence d'accord ne devrait pas soulever de trop grandes interrogations. La puissance publique peut mettre un terme à la procédure. Cas de conclusion du contrat quand nécessité d'une modification : quid d'un accord entre les parties et des concurrents évincés ? Ces derniers sont intéressés par les modifications qui doivent être adéquates et proportionnés.

- contrats déjà conclus ou en cours de conclusion lors de la crise : Catégorie du contrat conclu avant la crise et pas de problème pendant la crise. 2^e cat. où parties contractantes décident d'interrompre l'exécution car problème, mais limite des tiers intéressés à la poursuite du contrat comme les usagers d'un SP. 3^e cat. concerne la poursuite des contrats en cours bon gré, malgré pour motif de continuité du SP ou caractère vital du contrat

- contrats nés de la crise : pas de contrat avant la crise. Tantôt contrats destinés à gérer des besoins classiques nés de la crise : transports des malades, approvisionnement billets de banque.... Facteur d'urgence. Tantôt il faudra contracter sur des besoins liés à la crise, besoins de première nécessité. Il faut faire montre d'une grande souplesse dans les procédures dans ce contexte particulier. Doit être établi la réalité de la crise et de ses incidences au cas d'espèce. Quelques regrets : peut-être aurait-on pu jeter un œil comparatiste du côté des contrats privés dont le contentieux relève du juge judiciaire ? Peut-être aurait-il fallu se pencher sur les contrats d'agents publics, en particulier recrutement, durée du travail... ? Peut-être aurions-nous pu réfléchir à ce que devient en telle occurrence la liberté réglementaire ?

II. Cet après-midi : quelques leçons apprises de la crise pour les contrats de demain

1) L'état actuel des possibilités juridiques palliatives ouvertes aux contractants : il y a d'abord la voie unilatérale qui permet la prise d'un certain nombre de décision applicable aux contrats en cas de crise, comme la réquisition qui revêt la forme de la contractualisation forcée. Loi 1937 : organisation de la nation pour les temps de guerre.

Les textes prévoient la possibilité d'inclure dans contrats publics des clauses de révision des prix. Aussi, loisible de prévoir dans contrats des prorogations des délais d'exécution du contrat et d'en prévoir les conséquences. Possibilité aussi de prévoir des avenants pour travaux devenus nécessaires dans le cours d'exécution du contrat.

Aussi, désormais peuvent être invoqués des motifs d'IG pour s'affranchir des mesures de publicité et de mise en concurrence. Cela veut dire que quand dans circonstances de l'espèce, l'intérêt d'un contrat qui serait mieux exécuté sans respecter les règles, alors il ne faut pas respecter les règles. Enfin, il faut savoir être inventif, faire preuve d'imagination, ne pas tout attendre des textes, comme l'attestent le recours à la médiation administrative ou poursuite de l'action publique contre vents et marées.

2) La prochaine crise risque d'être différente dans ses caractères comme effets que celle que nous subissons. A vouloir être trop précis dans la rédaction des clauses contractuelles, nous courrons le risque que ces mesures ne soient pas applicables. 2 phénomènes sanitaires, comme la grippe, ne sont pas traités de façon identique. Il en est de même des dispositions des contrats publics.

Difficile d'évaluer quelle clause il faudrait inclure dans contrats publics, car encore trop d'incertitude sur la Covid-19 et nous ignorons ce qui se serait passé si nous avions procédé autrement. Donc comment tirer les leçons sur le contenu optimum d'un contrat dans ces conditions.

Les textes normatifs ou pas sont de peu d'utilité et heureusement assez malléable en raison des circonstances exceptionnelles. La loi AZAP paraît être l'exemple de ce qu'il ne faut pas faire. Débauche normative à laquelle s'est livré le pouvoir législatif. Caractère massif qui est une offense aux juristes et dont l'utilité reste à prouver. L'élément factuel est capital, car même si texte il faudra prouver que l'on rentre bien dans le cas d'application de ce texte. Donc on n'a pas pris le bon chemin.

Sur les réflexions et avancées, quel rôle doit jouer la commande publique dans les circonstances actuelles ? La relance penche dans une logique naïve keynésienne. La crise laisse une économie française dans un état plus délabré qu'avant. Le volume de l'aide conduit à une relance, notamment grâce aux contrats de CP. Politiques publiques d'urgence pour rétablir un fonctionnement normal de la machine économique. En même temps, on aura observé que cette crise n'a pas encore été l'occasion de décider une restructuration profonde de notre système économique dont retrouver un tissu industriel digne de ce nom.

Proposition : faut-il adapter les modes de passation des contrats publics ? Y compris pour les temps calmes ? Concernant la crise, que ces contrats ont été prévus avant la crise, ou conclus pendant la crise ou résultant de la crise, la passation se combine mal avec les besoins de la crise (temps et paperasse et risques de recours et délais). Une vraie réforme à entreprendre : instauration de procédures contentieuses d'urgence en matière contractuelle. Est-ce nécessaire d'élaborer même à froid des protocoles de remplacement ? Le modèle préfabriqué risque d'être dépassé, obsolète. Il me paraîtrait simple de fixer réglementairement le coût d'une crise sanitaire à temps de % de l'offre

et obliger d'inclure le coût de la crise dans le coût total. Je suis réservé sur une solution normative trop détaillé et figé.

Comment prendre en compte la crise sanitaire pour les contrats futurs ? 2 crises sanitaires ne sont pas identiques, mais n'est-il pas opportun de créer une nouvelle catégorie générale : les contrats de crise, comme catégorie juridique autonome donc sans toucher au droit commun. Avec un régime aussi peu juridique que possible qui fournit des directives, des lignes directrices. Disposition normative anglaise : modification des contrats selon ce qu'il convient aux cocontractants. Autre proposition : inventaire des clauses qui se sont montrées trop rigides, et leur potentielle nocivité, afin de prévoir leur suspension automatique en cas de crise et un référé avec davantage de conseillers de TA.

Pour conclure, il faut laisser toute leur place à bonne foi, bon sens dans des situations extraordinaires. Le contrat public, à la différence du contrat privé, a pour but la satisfaction de l'intérêt général. Il a une nature téléologique.