

La modification des contrats de la commande publique consécutive à l'épidémie de Covid-19

L'épidémie de Covid-19 pourrait avoir une incidence sur de nombreux contrats de la commande publique. À court ou long terme, les parties pourraient envisager une modification de ces contrats. Mais, sauf à s'inscrire dans le cadre dérogatoire prévu par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, ces modifications ne pourront être mises en œuvre que dans le respect des règles de droit commun applicables aux modifications des contrats en cours.

Dans son avis sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Conseil d'État a indiqué « que l'intérêt général qui s'attache à la prévention de la défaillance d'entreprises causée par la crise sanitaire actuelle est susceptible de justifier une atteinte aux contrats en cours ».

En ce sens, la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure adaptant, notamment, les règles d'exécution « prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet ». C'est ce que le Gouvernement a fait dans le cadre de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dont l'objet est d'adapter les règles de passation et d'exécution des contrats de la commande publique aux conditions particulières nées de l'épidémie de Covid-19 et de toutes les mesures prises pour limiter sa propagation.

En matière d'exécution, ces dispositifs exceptionnels et temporaires sont mis en place dans le but de contribuer, à court terme, à la survie économique des opérateurs économiques. Ils s'ajoutent, parfois pour y déroger, au droit existant. Les mesures adoptées en matière d'exécution peuvent être rangées en deux catégories principales :

- des mesures dont l'objet est d'exonérer le titulaire de sa responsabilité ou de le soulager de certaines obligations pendant la crise sanitaire (en complément, par exemple, du recours à la théorie de la force majeure), d'une part ;
- des mesures autorisant des modifications de contrats qui, en temps normal, ne seraient pas légales, et sur lesquelles porte la présente analyse, d'autre part.

Permettant de parer au plus pressé, ces dérogations ne seront cependant, selon toute vraisemblance, pas suffisantes pour traiter et corriger, sur un plus long terme, l'incidence de la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19. Ainsi, au-delà des hypothèses de défaillance des titulaires de contrats (seuls ou membres d'un groupement), la personne publique (par modification unilatérale) ou les parties (par avenant) pourraient être ame-

Auteur

Romain Lauret

Avocat associé
SELARL Symchowicz-Weissberg & Associés

Marine Vigier

Avocate
SELARL Symchowicz-Weissberg & Associés

Mots clés

Avances • Bouleversement de l'économie du marché
• Circonstances imprévues • Clauses de réexamen • Covid-19
• Modifications des contrats en cours

nées à modifier les contrats en cours et conclus à une date n'ayant pas permis d'anticiper, dans sa nature et dans son ampleur, la crise sanitaire actuelle. Or, pour l'essentiel, c'est dans le respect du droit commun que ces modifications pourront être mises en œuvre.

L'objectif n'est pas, ici, d'envisager toutes les modifications susceptibles d'être mises en œuvre, contrat par contrat. Pour l'essentiel, elles ne diffèrent pas de celles qui sont susceptibles d'être décidées dans des contextes équivalents de difficultés d'exécution et de perturbations anormales. En revanche, la crise sanitaire traversée invite à s'interroger sur les possibilités offertes par le droit pour modifier les contrats et, ce faisant, les mener à leur terme.

La détermination préalable du cadre juridique

Poser la question des conditions dans lesquelles un contrat de la commande publique peut être modifié en conséquence de la survenance de l'épidémie de covid-19 implique de s'interroger sur le cadre juridique applicable à ces modifications.

Dualité du régime de droit commun

Par principe, les modifications devront – sauf dérogations temporaires – s'inscrire dans le cadre du droit commun de la modification des contrats, variant selon la nature des contrats et leur date de conclusion. Quelques principes généraux méritent à cet égard d'être rappelés afin de faire application du « bon » droit.

Pour les contrats pour lesquels une consultation a été engagée à compter du 1^{er} avril 2016, c'est la nouvelle réglementation qui s'applique. Dans le détail, pour ces contrats, selon que la procédure a été engagée avant ou après le 1^{er} avril 2019, sont applicables les principes posés par les Ordonnances Marchés⁽¹⁾ et Concessions⁽²⁾ ou le Code de la commande publique (CCP – la codification ayant été réalisée, sur ce point au moins, à droit constant).

Pour les contrats pour lesquels une consultation a été engagée avant le 1^{er} avril 2016, la détermination des principes applicables est un peu plus subtile. La situation est schématiquement la suivante :

– la modification des contrats formant la catégorie des marchés (marchés publics conclus en application du code des marchés publics, en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, contrats de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et contrats assimilés à des marchés au sens du droit de l'Union européenne), demeure soumise à l'ancienne réglementation ;

(1) Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(2) Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions.

– résultat d'un aménagement prévoyant l'application immédiate de la réglementation aux contrats en cours, la modification des contrats formant la catégorie des concessions (concessions de travaux, concessions de services dont les délégations de service public) est soumise à la nouvelle réglementation de la modification des contrats en cours.

Unicité du régime dérogatoire

La question ne se posera pas dans les mêmes termes pour l'application du dispositif temporaire mis en place par l'ordonnance du 25 mars 2020 dont l'article 1^{er} dispose qu'elle est applicable aux « contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas ». Si la formulation n'est pas des plus heureuses, le dispositif devrait concerner l'ensemble des contrats de la commande publique, indépendamment de la date de la conclusion du contrat et de son fondement.

Les modifications permises par le droit commun

Sauf cas particuliers traités par l'ordonnance du 25 mars 2020, les modifications (unilatérales ou par avenant) induites par la survenance de l'épidémie de Covid-19 s'inscriront dans le droit commun de la modification des contrats en cours.

Les modifications régies par l'ancienne réglementation

Premièrement, les parties à un marché soumis à l'ancienne réglementation seront libres de le modifier pour peu que les modifications apportées, quelle que soit leur nature, n'aient pas pour effet de bouleverser l'économie du contrat ou d'en modifier substantiellement les conditions.

● La limite du bouleversement de l'économie du marché

Les marchés publics conclus en application du Code des marchés publics peuvent ainsi être modifiés dans les conditions prévues par son article 20 selon lequel la modification « ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet », sauf en cas de « sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties ». Selon toute vraisemblance, l'épidémie de Covid-19 et les mesures prises pour limiter sa propagation ne devraient pas constituer, au sens de cette disposition, une sujétion technique imprévue, dont le champ d'application se limite aux difficultés matérielles rencontrées dans l'exécution du marché.

Les modifications envisagées seront donc, au regard du droit interne, admises dans la limite d'un changement de l'objet du marché ou d'un bouleversement de son économie. Or, sur ce point, de manière classique, c'est à une appréciation in concreto qu'il faudra se livrer, étant rap-

pelé, d'une part, que, au-delà d'une évolution du montant du marché de 15 à 20 %⁽³⁾, le risque de caractérisation d'un bouleversement est important et, d'autre part, que l'évolution se mesure toutes modifications, notamment passées, confondues.

Dans les mêmes proportions, ces modifications devraient également pouvoir être admises au regard du droit de l'Union européenne et, en particulier, des principes issus des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, identifiés par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans sa décision *Pressetext*⁽⁴⁾.

Certes, en application de cette jurisprudence, qui s'applique à tous les marchés de l'ancienne réglementation conclus ou non en application du Code des marchés publics, est substantielle, et donc illégale, la modification (i) qui introduit une condition qui, si elle avait figuré dans la procédure de passation initiale, aurait modifié le déroulement ou l'issue de la consultation, ou (ii) qui change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue initialement, ou (iii) qui étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus.

Cependant, d'une manière générale et à l'exclusion du sujet sensible de la cession de contrat, l'application de cette jurisprudence par le juge national n'a jamais véritablement remis en cause l'approche antérieure reposant uniquement sur la notion de bouleversement de l'économie du marché.

● Les circonstances imprévues

Les parties pourraient chercher à se prévaloir de l'ancien fondement des circonstances imprévues pour envisager une modification qui, dans le cadre de l'article 20 précité, serait assimilée à un bouleversement de l'économie du marché.

Auparavant était autorisée, dans certaines circonstances, la conclusion sans publicité ni mise en concurrence, avec le titulaire du marché initial, de « marchés complémentaires de services ou de travaux [excluant de fait les marchés de fournitures] qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial »⁽⁵⁾. Il fallait démontrer que ces prestations étaient, *a minima*, « strictement nécessaires » au parfait achèvement des prestations initialement prévues, le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne pouvant « dépasser 50% du montant du marché principal ».

Cette possibilité a été supprimée par la nouvelle réglementation, dans laquelle les circonstances imprévues peuvent uniquement justifier la modification du marché initial. Face à ce vide, la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie a précisé – sans que le juge n'ait, à notre connaissance, validé a posteriori cette lecture constructive – que le marché complémentaire pourrait, exceptionnellement, être remplacé par une modification du marché initial, sous réserve de respecter toutes les conditions posées par l'ancien dispositif (au demeurant identiques dans le droit de l'Union européenne).

Dans ces conditions, et dès lors que l'épidémie de Covid-19 et les mesures prises pour limiter sa propagation devraient constituer, dans le cadre d'un marché conclu sous l'empire de l'ancienne réglementation, une « circonstance imprévue », les parties à un tel marché public de travaux ou de services pourraient justifier, dans la mesure strictement nécessaire pour le bon achèvement des prestations, une modification aboutissant – toutes modifications confondues – à une augmentation allant jusqu'à 50 % du montant initial du marché.

Les modifications régies par la nouvelle réglementation

Deuxièmement, les contrats dont la modification est soumise à la nouvelle réglementation (Ordonnances Marchés et Concessions ainsi que leur décret d'application⁽⁶⁾, repris par le CCP) ne peuvent être modifiés que dans les cas prévus par les textes. Trois de ces cas prévus méritent d'être interrogés à l'aune de l'épidémie de covid-19.

● Les clauses de réexamen

En particulier dans les contrats de longue durée (notamment les concessions) comprenant des clauses de rendez-vous ou de réexamen du contrat (portant, par exemple, sur les fréquentations ou le niveau des recettes), les parties pourraient envisager de modifier le contrat, sans limite de montant, en avançant que ces modifications étaient « prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses (...) d'options claires, précises et sans équivoque »⁽⁷⁾.

Cependant, la mobilisation d'un tel fondement demeure juridiquement délicate. Il ne devrait, en effet, pas suffire de rentrer dans un des cas de réexamen prévus par le contrat pour que la modification subséquente soit, de fait, légale. Il faudrait non seulement rentrer dans l'un des cas prévus mais surtout que la modification envisagée soit prédéfinie de manière claire et univoque, en indiquant « le champ d'application et la nature des modi-

(3) Sur ce point, voir : Concl. D. Piveteau sur CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445, *BJCP* 2003/31, p. 462.

(4) CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06 ; CJUE 13 avril 2010, *Wall*, aff. C-91/08.

(5) Notamment : CMP, art. 35, 5° ; D. n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, art. 33.

(6) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (marchés) ; décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 (concessions).

(7) CCP, art. R. 2194-1 (marchés publics) et CCP, art. R. 3135-1 (concessions).

fications ou options envisageables ». Partant, sauf cas particulier, il est probable que le recours à cette justification ne soit pas la plus sécurisée pour traiter contractuellement les conséquences de l'épidémie de Covid-19.

● Les circonstances imprévues

Les parties pourraient envisager de modifier le contrat en avançant que « la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ».

Pour les contrats conclus avant la survenance de l'épidémie et même avant l'adoption des premières mesures nationales destinées à limiter sa propagation (limitation des rassemblements puis des déplacements), cette qualification devrait, selon toute vraisemblance, pouvoir être retenue ; l'imprévisibilité ayant déjà été retenue, par le juge judiciaire, au sujet d'autres épidémies^[8]. En revanche, la démonstration pourrait être plus compliquée pour les contrats conclus postérieurement à l'adoption de ces premières mesures. Tout dépendra des circonstances dans lesquelles chaque contrat aura été conclu (dates de lancement de la procédure, de remise des offres engageantes par les soumissionnaires, de signature du contrat, etc.), de la nature et de l'objet du contrat, mais également de l'ampleur des conséquences susceptibles d'être anticipées.

Toujours est-il que, dans l'hypothèse où la « circonstance imprévue » serait caractérisée, la modification pourrait emporter une augmentation du montant du contrat initial allant jusqu'à 50 % (pour les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices n'étant pas concernées par cette limite)^[9], par modification. Il faut cependant rappeler que seules les modifications directement induites par la circonstance imprévue, et strictement nécessaires à la correction de ses effets sur l'exécution du contrat, peuvent être traitées dans ce cadre^[10].

● Les modifications non substantielles

Troisièmement, de manière plus « classique », les parties pourront toujours, en conséquence de l'épidémie de Covid-19, modifier leur contrat à condition que cette modification, quel que soit son montant, ne soit pas substantielle. Ce sera toujours le cas lorsque la modification respectera les conditions propres aux modifications de faible montant^[11], réputées légales. Pour le reste, outre que la modification ne devra pas avoir pour effet de modifier l'objet du marché, il faudra démontrer qu'elle n'introduit pas une condition qui, rétrospectivement, aurait

pu changer le déroulement ou l'issue de la consultation du marché initial ou qu'elle ne modifie pas l'équilibre initial du marché en faveur du titulaire du contrat.

À cet égard, avec toute la prudence nécessaire, et dès lors que la modification aurait pour objet de corriger les effets négatifs de la survenance de l'épidémie de Covid-2019, pourrait être défendue l'idée, d'une part, que, corrigeant les effets d'un événement exceptionnel, cette modification aurait, selon toute vraisemblance, dû être mise en œuvre quel qu'ait été le titulaire du contrat de sorte qu'elle ne peut pas être regardée comme susceptible, rétrospectivement, de modifier le déroulement de la procédure initiale ; et, d'autre part, que cette modification ne modifie pas l'économie dans un sens « favorable » au titulaire puisqu'il s'agit uniquement de rétablir l'équilibre initial. En tout état de cause, une telle argumentation ne pourrait valoir que dans la mesure où la modification traiterait des seules conséquences de l'épidémie.

Les modifications permises à titre dérogatoire

Face à la crise sanitaire actuelle, l'ordonnance du 25 mars 2020 a complété ces règles de droit commun de dispositifs temporaires et exceptionnels dans l'objectif d'apporter de la flexibilité dans l'exécution des contrats.

Un dispositif dérogatoire et donc limité

Trois remarques générales et préalables s'imposent.

D'abord, dérogatoires, ces mesures « ne sont mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans (...) l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation » (art. 1). Le rapport au Président de la République ajoute que « les cocontractants (...) devront justifier la nécessité d'y recourir ». Concrètement, les parties devront être en mesure de démontrer le lien de causalité entre l'épidémie et la modification, le risque étant que l'épidémie soit invoquée pour justifier des modifications qui auraient, sinon, été illégales.

Ensuite, les dispositions de l'ordonnance ont vocation à s'appliquer aux contrats « 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 » (art. 1). D'apparence évidente, cette rédaction peut cependant interroger notamment pour les contrats qui seront conclus pendant la période de crise sanitaire, en connaissance de cette crise. Il y a cependant lieu de considérer que le lien de causalité ne serait pas établi s'il était démontré que les circonstances avancées pouvaient être anticipées.

Enfin, les possibilités ouvertes à titre exceptionnel de modifier les contrats peuvent être mises en œuvre sans considération des règles de droit commun précédemment rappelées. Autrement dit, dès lors qu'elles sont

[8] Grippe aviaire : CA Toulouse, 3 octobre 2019, n° 18/01579 ; Ebola : CA Paris 17 mars 2016, n° 15/04263 ; Chikungunya : CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, n° 17/00739.

[9] CCP, art. R. 2194-3 (marchés publics) et CCP, art. R. 3135-3 (concessions).

[10] Fiche DAJ, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique », Questions-réponses, 2020.

[11] CCP, art. R. 2194-8 (marchés publics) et CCP, art. R. 3135-8 (concessions).

autorisées par l'ordonnance du 25 mars 2020, les modifications sont réputées, de manière générale, légales, tant par dérogation aux règles de fond (par exemple en termes de durée des contrats ou de modification des conditions financières) que par dérogation aux règles de modification des contrats. À défaut, la portée des mesures serait annihilée.

Les modifications autorisées

Dans le cadre de ce dispositif, plusieurs modifications sont autorisées, pour certaines dérogoires au droit commun des modifications et, au surplus, dérogoires au droit commun des contrats concernés.

● La modification de la durée du contrat

Premièrement, les parties peuvent s'entendre pour prolonger les contrats qui arrivent à leur terme pendant la période de l'état d'urgence sanitaire si l'organisation de la procédure de mise en concurrence nécessaire au renouvellement du contrat ne peut pas être mise en œuvre ; ce qui appelle quatre observations.

1) En particulier pour les marchés, c'est la prolongation des contrats en cours qui devrait être privilégiée plutôt que la conclusion, sans publicité ni mise en concurrence, sur le fondement de l'urgence impérieuse^[12]. Cette logique devrait aussi valoir pour les concessions, en substitution temporaire du dispositif prévu à l'article R. 3121-6 du CCP.

2) La durée de la prolongation ne peut pas excéder la période de l'état d'urgence sanitaire augmentée, d'une part, de deux mois et, d'autre part, de la durée nécessaire à la mise en concurrence du nouveau contrat. On retrouve ici l'exigence de causalité entre l'épidémie et la modification, cette possibilité de prolongation ne pouvant pas être utilisée afin de compenser des retards pris indépendamment de l'épidémie.

3) La prolongation est possible même si, ainsi que le prévoit expressément l'ordonnance pour éviter toute discussion sur la mise en œuvre des articles L. 2125-1 et L. 2325-1 du CCP, elle aboutit à un dépassement de la

durée maximale de quatre ans des accords-cadres ; de même que, dans les domaines concernés par la limitation des contrats de concession à vingt ans, la consultation du directeur départemental des finances publiques n'est exceptionnellement pas requise.

4) De manière plus générale, il nous semble que ce dispositif exceptionnel est prévu sans préjudice de la capacité que les parties peuvent avoir de modifier, dans le respect du droit commun, la durée du contrat^[13].

● Les avances

Deuxièmement, pour les marchés, par dérogation notamment aux articles L. 2191-3 et R. 2191-6 et suivants du CCP, l'ordonnance prévoit la possibilité de modifier par avenant le régime des avances.

Au prix d'une rédaction un peu ambiguë (notamment parce que l'avenant n'est évoqué que dans la première phrase, qui ne couvre pas toutes les hypothèses), l'article 5 de l'ordonnance autorise ainsi la modification, par avenant, de deux données. Des conditions de versement de l'avance, d'abord, ce qui pourrait justifier, par exemple, qu'un titulaire ayant renoncé à l'avance puisse demander, finalement, à en bénéficier. Du taux de l'avance, ensuite, en autorisant le dépassement du plafond de 30 % sans constitution d'une garantie à première demande. Répondant à un objectif louable de préservation de la trésorerie des opérateurs économiques, cette mesure doit être mise en œuvre avec vigilance dès lors qu'elle expose l'acheteur public à un risque accru en cas d'inexécution du marché (essentiellement en cas de suppression de la garantie à première demande).

En revanche, l'article 5 de l'ordonnance ne modifie pas les règles de remboursement de l'avance et ne semble pas autoriser la modification par les parties de ces règles (différentes des règles relatives « aux conditions de versement »). Cela signifie que le calendrier de remboursement devra être revu et que, en tout état de cause, le remboursement devra être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire aura atteint 80 % du montant TTC du marché^[14].

[12] CCP, art. R. 2122-1 (marchés publics).

[13] Sur le point particulier de la prolongation de la durée des concessions, voir : M. Hauton, L'extension de la durée des contrats de concession, *Contrats publics-Le Moniteur*, n° 183, Janvier 2018, p. 51.

[14] CCP, art. R. 2191-12.