

# Commande publique - L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique - Etude par Hélène HOEPFFNER

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, étude 6

---

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, étude 6

## L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique

Etude par Hélène HOEPFFNER professeur à l'université Toulouse 1 – Capitole

[Accès au sommaire](#)

**La pandémie de Covid-19, sans être nécessairement un cas de force majeure, a bouleversé l'exécution des contrats en cours. Elle a conduit à la résiliation, à la suspension ou à l'exécution partielle ou « en mode dégradé » de certains contrats. Si l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 propose des solutions pour faire face à court terme à cet événement, elle doit être combinée avec les contrats eux-mêmes et le droit commun de la commande publique qui comporte des solutions parfois au moins aussi intéressantes.**

1. - La pandémie de Covid-19 et les mesures sanitaires prises par les autorités publiques ont bouleversé l'économie de nombreux contrats publics. Si les premières perturbations remontent au début du mois de mars, elles se sont intensifiées à la suite du confinement ordonné par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020. L'exécution des contrats en cours est alors devenue difficile voire impossible<sup>Note 1</sup>. Leurs titulaires ont dû faire face à des pénuries de matériel, au droit de retrait du personnel ou à sa maladie mais aussi à l'absence partielle (ex. secteur transports en commun) ou totale d'usagers (ex. secteur de la petite enfance). Certains contrats ont alors été suspendus, d'autres se sont poursuivis mais « en mode dégradé », d'autres encore ont été résiliés. Si le déconfinement, organisé par les décrets n° 2020-548 du 11 mai 2020 et n° 2020-663 du 31 mai 2020, a permis une reprise des activités, les perturbations perdurent. L'exécution des contrats reprend mais sans toutes les ressources habituelles, humaines ou matérielles. Les chaînes d'approvisionnement se remettent en place progressivement, l'accueil des usagers reste partiel et celui du personnel est réorganisé pour permettre les « gestes barrières ». Dans le secteur du BTP, cette situation a été décrite dans une circulaire du 9 juin 2020<sup>Note 2</sup> relative à la prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics : « *cette épidémie a nécessité des mesures qui n'ont pas par elles-mêmes interdit la poursuite des activités de travaux, ont conduit à un important ralentissement, et dans la plupart des cas à l'arrêt des chantiers. La reprise s'opère progressivement, chantier par chantier, dès que les parties prenantes ont pu définir de nouvelles modalités d'organisation qui permettent le respect des préconisations du guide OPPBTP et au fur et à mesure de la levée de freins périphériques à cette reprise (disponibilité en équipements de protection individuelle, reprise des chaînes logistiques d'approvisionnement, disponibilité des moyens de déplacement)* ».

2. - La suspension des contrats et leur exécution en « mode dégradé » engendrent des surcoûts importants. Ceux-ci ont été identifiés, pour les marchés publics de travaux conduits sous maîtrise d'ouvrage de l'État, dans cette circulaire qui distingue :

- les « *surcoûts liés à la période d'interruption* » (surcoûts directs : mesures de mise en sécurité du chantier, de démobilisation des matériels, de gardiennage et de maintien en condition ayant permis une reprise du chantier ; surcoûts indirects : immobilisation du matériel, frais de personnels non déjà pris en charge en partie par l'État au titre du chômage partiel, frais généraux, perte de chiffres d'affaires) dont la prise en

charge « est évidemment strictement limitée dans le temps » et « ne s'étend pas au-delà de la date de reprise effective du chantier » ou « à la couverture des dommages ou avaries qui auraient été consécutifs à des négligences ou défaillances des entreprises dans l'arrêt et la mise en sécurité du chantier » ;

- des « surcoûts liés aux nouvelles modalités d'exécution du chantier », dans les conditions sanitaires définies par les autorités publiques. Ils se répartissent en deux catégories. D'abord, ceux liés à la mise en œuvre des préconisations sanitaires (gestes barrières et distanciation physique) : modification des bases de vie, équipement en matériel de protection, nettoyages supplémentaires, modification des modalités d'acheminement. Ensuite, ceux liés aux pertes de rendement (not. rotation du personnel, allongement des délais d'exécution).

On pressent toutefois que leur chiffrage va poser des difficultés (not. pour les pertes de rendement)<sup>Note 3</sup> et la répartition de leur prise en charge entre le titulaire et le maître d'ouvrage. C'est tantôt une prise en charge partielle par ce dernier qui est envisagée (*Circ.*, p. 1 et p. 4) pour les surcoûts liés aux nouvelles modalités d'exécution, tantôt une prise en charge totale ou partielle pour les surcoûts directement liés à la période d'interruption (p. 2 en contrepartie de quoi les constructeurs assument les surcoûts indirects). Nombre d'entreprises en situation économique précaire à la suite de la crise n'entendent en effet pas les assumer.

**3.** - Afin d'identifier ce à quoi elles peuvent prétendre, il convient d'abord de s'interroger sur la qualification de la pandémie **(1)** avant de réfléchir aux fondements potentiels de leurs réclamations indemnitaires et à leurs conséquences en termes de répartition de ces surcoûts entre les entreprises et les acheteurs publics **(2)**. À la suite de la déclaration d'urgence sanitaire par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, le Gouvernement a choisi de mettre en place un droit spécial à caractère temporaire : 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<sup>Note 4</sup> (modifiée par celles n° 2020-460 du 22 avril 2020<sup>Note 5</sup> et n° 2020-560 du 13 mai 2020)<sup>Note 6</sup>. Ce droit, qui ne se contente pas d'adapter le droit commun, est le vecteur d'une politique interventionniste tendant notamment à « soutenir et protéger les entreprises face aux difficultés d'exécution ». Mais il n'organise guère de droit à indemnité des entreprises. Il prévoit essentiellement la suspension des pénalités de retard et des redevances à verser aux autorités contractantes. La circulaire du 9 juin qui complète l'ordonnance ne pose pas davantage d'obligations de prise en charge des surcoûts : tout repose sur la négociation et sur le devoir d'exemplarité. Au moment de la reprise des chantiers ou après, les maîtres d'ouvrage sont invités à « mettre en place un dispositif formalisé de concertation en vue d'évaluer, avec les entreprises, les surcoûts de différentes natures induits par la pandémie », sans « rouvrir des discussions pour les chantiers ayant repris pour lesquels des accords ont déjà été trouvés ». Ils s'appuieront, en cas de besoin, sur le Médiateur des entreprises ou les comités de règlement amiable des différends des litiges, aux fins de parvenir à « un accord entre les parties sur les questions de prise en charge ou de compensation d'une partie des surcoûts susmentionnés » qui pourra « prendre la forme d'un avenant ou, selon les cas, d'un protocole transactionnel ». Certes, ce droit spécial a sans doute été rédigé un peu vite, en partant du postulat erroné<sup>Note 7</sup> que le droit commun n'offre pas de solutions adaptées pour faire face à des situations exceptionnelles, similaires ou comparables aux dérogations prévues par l'ordonnance<sup>Note 8</sup>. Mais il serait inexact de conclure qu'il est inutile dès lors qu'il ajoute au droit commun ou permet de lui déroger (not. en autorisant le paiement avant le service fait, article 6, 4° ou la signature d'un avenant augmentant le montant du contrat initial de plus de 5 % sans consulter la CAO ou la commission de délégation de service public, « par dérogation aux articles L. 1411-6 et L. 1414-4 du CGCT », art. 6-1). Il ajoute des facilités de suspension ou d'indemnisation, instaure des règles alternatives à la force majeure ou à l'imprévision. Il ne se substitue toutefois que partiellement aux contrats et au droit commun des contrats avec lequel il se combine, « durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 » et dans la mesure où il est nécessaire pour faire face aux conséquences de la pandémie et des

mesures prises pour en limiter la propagation (*art. 1er*)<sup>Note 9</sup>. Les cocontractants ont donc de multiples leviers à actionner pour être indemnisés des surcoûts occasionnés par la crise.

## 1. La qualification de la pandémie : cas de force majeure, circonstance ou sujétion imprévue ?

### A. - Force majeure ?

4. - Les autorités publiques, françaises et européennes<sup>Note 10</sup>, ont rapidement invoqué la théorie de la force majeure<sup>Note 11</sup>. Le ministre de l'Économie a, dans une allocution (28 février), qualifié l'épidémie de cas de « force majeure » permettant aux entreprises de s'exonérer de tout ou partie de leurs obligations. Une telle qualification mérite toutefois d'être discutée, en dépit de la gravité de la crise sanitaire.

5. - Aux termes de la jurisprudence administrative<sup>Note 12</sup> comme de l'article 1218 du Code civil (applicables aux contrats de droit privé de la commande publique), pour être qualifié de force majeure, sous réserve de clauses contraires (qui restreindraient ou étendraient la notion ou qui aménageraient ses conséquences), un événement doit satisfaire aux conditions d'imprévisibilité (cet événement ou ses conséquences ne « pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat »), d'extériorité par rapport aux parties (il doit « échapper au contrôle du débiteur ») et d'irrésistibilité au regard des moyens dont dispose le cocontractant pour l'exécution de ses obligations (ses effets ne peuvent être évités « par des mesures appropriées »). Seule la jurisprudence judiciaire offre toutefois des exemples d'épidémies qui n'ont au demeurant pas été qualifiées de cas de force majeure au motif soit que les maladies, leurs risques de diffusion et leurs effets sur la santé étaient connus, soit qu'elles n'étaient pas (assez) mortelles (ex. grippe H1N1<sup>Note 13</sup>, dengue<sup>Note 14</sup>, chikungunya<sup>Note 15</sup>, ébola<sup>Note 16</sup>).

6. - Dans le cas du Covid-19, la DAJ a prudemment recommandé aux acheteurs publics, « comme le demande le Gouvernement, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leurs cocontractants sont imputables à un cas de force majeure »<sup>Note 17</sup> mais souligné que l'ordonnance adoptée pour faire face à la crise « ne pose pas de présomption de force majeure »<sup>Note 18</sup>. Tout dépend du moment où le contrat a été conclu, des partenaires et des prestations commandées. Contrairement à ce qu'a pu affirmer la DAJ (18 mars), même les conditions d'imprévisibilité et d'extériorité ne sont pas nécessairement remplies<sup>Note 19</sup>. Par sa rapide propagation, sa virulence et les inconnues qui l'entourent encore dans sa nature et ses effets, l'épidémie (et les mesures administratives qui l'accompagnent) semble être un événement imprévisible. Mais l'est-il encore pour un contrat conclu le 25 mai 2018 et renouvelé le 25 mai 2020 ? Ou pour un contrat conclu en février 2020 avec un fournisseur localisé en Chine où l'épidémie a commencé en novembre 2019 ? Le virus, quant à lui, est bien, en lui-même, extérieur au débiteur. Mais échappe-t-il nécessairement à son contrôle ? La condition d'irrésistibilité est la plus discutable : il convient de vérifier, au regard de la situation sanitaire (et des mesures de police administrative qui l'accompagnent), si l'opérateur ou l'acheteur se trouve dans « l'impossibilité absolue de poursuivre » l'exécution du contrat : la difficulté ne doit pas être surmontable (ex. possibilité d'exécuter la prestation sous une autre forme – à distance ou d'acheminer les fournitures via à un autre canal commercial), moyennant un coût plus élevé (V. la distinction entre l'impossibilité d'exécuter de l'article 1218 du Code civil et la difficulté à exécuter de l'article 1195 du même code). En revanche, si l'on suit la DAJ, cette impossibilité peut être définitive ou momentanée (elle n'entraînerait ainsi pas nécessairement la résiliation du contrat), et concerner l'exécution de tout ou partie du contrat<sup>Note 20</sup>.

### B. - Circonstance imprévisible ?

7. - Suivant le même raisonnement, une pandémie ne peut pas, *in abstracto*, être qualifiée de « **circonstances imprévues** », c'est-à-dire qu'un « *acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » (au sens des CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1) qui autoriseraient les parties à modifier librement leur contrat (dans la double limite de ne pas modifier sa nature globale et de ne pas augmenter de plus de 50 % son montant initial) ou d'**événement imprévisible** qui permettrait la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision aménagée, pour les contrats administratifs conclus « pour l'organisation ou l'exécution même d'un service public », par la jurisprudence<sup>Note 21</sup> et codifiée à l'article L. 6, 3° du CCP<sup>Note 22</sup> et, pour les contrats civils, par l'article 1195 du Code civil. Il faudra, au cas par cas, déterminer si l'épidémie était un événement imprévisible (mais pas irrésistible), indépendant de la volonté du cocontractant de l'Administration ayant entraîné un bouleversement de l'économie d'un contrat. Là encore, une telle qualification mérite d'être discutée.

8. - Deux questions se posent (outre celle sus-évoquée du caractère imprévisible de la pandémie). En premier lieu, celles des surcoûts qui sont pris en compte dans l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat : dès lors que la mise en œuvre de l'imprévision suppose que le titulaire ait poursuivi l'exécution, les surcoûts liés à la suspension du contrat doivent-ils être intégrés dans cette appréciation ? En second lieu, celle de la mesure du bouleversement<sup>Note 23</sup>. Pour les marchés publics, celui-ci est caractérisé dès lors que l'augmentation du montant initial du contrat dépasse un certain seuil : une circulaire (abrogée) du 20 novembre 1974 avait fixé ce seuil à 1/15e du montant initial (soit 6,66 %) mais la jurisprudence des juges du fond fluctue (entre 7 et 10 %). Pour les concessions, le bouleversement est caractérisé dès lors que l'activité connaît un « déficit significatif » (sur une période qui n'est pas précisément fixée par la jurisprudence).

9. - Enfin, une pandémie ne peut être qualifiée de « sujétions techniques imprévues » permettant à l'entrepreneur qui a continué à exécuter ses obligations d'obtenir l'indemnisation intégrale des charges imprévues qu'il a supportées. Cette notion reste en effet réservée aux seules « difficultés matérielles » rencontrées lors de l'exécution d'un marché de travaux, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties<sup>Note 24</sup>.

## 2. Le traitement de la pandémie : les fondements potentiels des réclamations indemnitaires

### A. - Appliquer les stipulations contractuelles

10. - **Force obligatoire du contrat.** - Le premier réflexe des cocontractants doit être de rechercher dans leurs contrats le fondement de leurs prétentions indemnitaires. Nombre de contrats contiennent des stipulations relatives aux aléas auxquels les cocontractants peuvent être confrontés<sup>Note 25</sup>. Nombre de contrats de concessions comportent ainsi des clauses de réexamen ou d'indemnisation en cas de baisse de fréquentation, de changement de réglementation, d'événement imprévisible ou de cas de force majeure. Quant aux marchés publics, si certains, par définition, permettent de faire face à un imprévu (comme le souligne la DAJ, de nombreux marchés publics sont passés sous forme d'accords-cadres à bons de commande sans minimum de commande ce qui permet aux acheteurs de s'abstenir de passer des commandes aux entreprises titulaires concernées), les autres renvoient généralement aux CCAG qui anticipent certaines situations exceptionnelles.

11. - Certains organisent, **en cas de force majeure**, la prolongation des délais d'exécution (CCAG-FCS, PI et TIC, art. 13.3.1), la résiliation du contrat (CCAG-FCS et PI, art. 31.1. – CCAG-TIC, art. 41.1), l'absence d'application des pénalités (CCAG-FCS, art. 14.2.5 et CCAG-TIC, art. 14.2.6) ou l'indemnisation du titulaire. Le CCAG-Travaux

prévoit ainsi que le titulaire qui subit des « pertes, avaries ou dommages » provoqués notamment par « un cas de force majeure » sur les matériels et installations stockés sur le chantier pour son exécution et/ou sur l'ouvrage objet du marché, peut être indemnisé « pour le préjudice subi » sous réserve qu'il ait « signalé immédiatement les frais par écrit » (CCAG-Travaux, art. 18.3. – V. DAJ, FAQ, p. 23-24) ou qui, « en cas d'ajournement du chantier », c'est-à-dire de suspension du chantier décidée par l'acheteur, « conserve la garde du chantier », a droit à une indemnisation « des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement », voire, le cas échéant, à « une indemnité d'attente de reprise des travaux » (CCAG-Travaux, art. 49.1.1), dès lors toutefois qu'il est en mesure d'évaluer et de justifier les frais supportés. Cela n'est pas toujours évident : les frais de garde peuvent sans doute être plus facilement justifiés que ceux d'immobilisation du personnel et des salariés dès lors qu'en période de confinement, il est peu probable que ceux-ci auraient pu être mobilisés sur d'autres chantiers. La DAJ (FAQ, p. 23) ajoute, de façon discutable, deux points. Elle précise d'abord qu'une telle indemnisation des charges d'ajournement est possible « pour les marchés autres que de travaux si le titulaire démontre qu'il subit des charges d'attente du fait de cette suspension » ce qui n'est pas prévu par les autres CCAG. Elle affirme que, de façon générale, « les titulaires, en cas de suspension du chantier, conservent la garde du chantier et ont droit, à ce titre, à une indemnisation des frais engendrés par cette garde » alors que le CCAG-Travaux ne prévoit que l'hypothèse où la suspension a été décidée par l'acheteur. En l'absence de décision d'ajournement par l'acheteur (ce qui a été de plus en plus fréquent à mesure que la crise sanitaire s'est aggravée), le titulaire est dans une situation plus délicate : son indemnisation est subordonnée à la conclusion d'un avenant.

**12.** - Par ailleurs, tous les CCAG (art. 6.2) prévoient une **clause de protection du personnel** qui pourrait justifier la prise en charge financière par l'acheteur des mesures de prévention de l'épidémie imposées par les autorités sanitaires : « 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 pouvoir adjudicateur, afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent à la signature d'un avenant par les parties au marché ». Il reste que cette disposition n'ouvre pas « un droit à » indemnisation du titulaire. Elle prévoit seulement la conclusion d'un avenant qui fixera la répartition des surcoûts consécutifs à cette évolution de la législation. Elle ne s'applique par ailleurs qu'en cas « d'évolution de la législation » sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail. Or, si la loi du 23 mars 2020 a permis de déclarer l'état d'urgence sanitaire, c'est un décret<sup>Note 26</sup> qui a fixé la liste des personnes vulnérables devant être placés en activité partielle, c'est aussi un décret<sup>Note 27</sup> qui a imposé que des « mesures d'hygiène et de distanciation sociale, incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes, dites « barrières » soient « observées en tout lieu et en toute circonstance »(art. 1er) puis un protocole (national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la sécurité et la santé des salariés)<sup>Note 28</sup> qui ont imposé de nouvelles mesures destinées à protéger la santé des travailleurs (critère d'occupation maximale des espaces ouverts au public et en milieu de travail ; gestion des flux des personnes ; équipements de protection individuelle). Ce dernier a ensuite été décliné dans différents secteurs d'activités dans des « guides » ou autres documents de droit souple (ex. Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de la construction) dépourvus de force contraignante. Enfin, si cette disposition incite les parties à conclure un avenant afin de faire supporter une partie des surcoûts à l'acheteur, elle peut aussi se retourner contre le titulaire du contrat. Dans la mesure en effet où, si la situation sanitaire a bouleversé l'économie du contrat, son titulaire a intérêt à prétendre à l'application de la théorie de l'imprévision plutôt qu'à obtenir la signature d'un avenant répartissant les seuls surcoûts consécutifs aux mesures de protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail : cet avenant rééquilibrerait partiellement le contrat et le priverait du bénéfice de cette théorie qui suppose un bouleversement de l'économie du contrat initial.

**13.** - **Combinaison avec les textes** . – Les stipulations contractuelles anticipant les aléas ne trouvent toutefois à s'appliquer que si elles sont plus favorables au titulaire du contrat réclamant une indemnisation que les dispositions

de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-560 du 25 mars 2020 organisant la protection des entreprises « en cas de difficultés d'exécution » des contrats publics (« les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat »). Ainsi si, par exemple, « 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 », quand bien même ladite concession ne prévoirait qu'une compensation partielle d'un tel surcoût.

## B. - Appliquer les textes

### 1° Appliquer le droit dérogatoire

14. - Le titulaire du contrat peut d'abord prétendre à l'application du « droit de la commande publique de l'état d'urgence »<sup>Note 29</sup>. Quatre dispositions de l'ordonnance du 25 mars aménagent des mécanismes d'indemnisation. Outre qu'elles ne sont pas parfaitement claires, elles n'ont qu'un champ d'application restreint.

15. - Pour les **marchés publics** en cours, l'ordonnance prévoit deux cas de figure.

16. - En premier lieu, elle organise l'**indemnisation du titulaire en cas de résiliation du marché ou d'annulation d'un bon de commande** (art. 6, 3°) : « 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 ». Cet article appelle trois remarques. D'abord, il se contente d'organiser la conséquence : l'indemnisation, sans prévoir les causes : l'annulation du bon de commande ou la résiliation du marché. Celles-ci sont prévues par le droit commun, aux articles L. 2195-1 et suivants du Code de la commande publique qui organisent la résiliation en cas de force majeure (CCP, art. L. 2195-2), pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 2195-3, 2°) ou lorsque l'exécution du marché ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux règles relative à la modification des contrats en cours fixée par le Code de la commande publique (CCP, art. L. 2195-6). Ensuite, il ne prévoit qu'une indemnisation partielle du titulaire, pour « les dépenses engagées ». Cette disposition interroge. Elle semble au mieux inutile dans la mesure où la jurisprudence aménage d'ores et déjà l'indemnisation du titulaire d'un contrat résilié pour force majeure, au pire contraire aux intérêts des entreprises (contrairement à l'objectif annoncé par la DAJ). Aux termes de la jurisprudence *Sté Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire*<sup>Note 30</sup> en effet, le titulaire d'un contrat résilié pour force majeure doit être indemnisé « des pertes résultant pour lui de la résiliation » : si l'on distingue les pertes subies des gains manqués, cette jurisprudence peut apparaître comme limitant l'indemnisation aux seules dépenses engagées, à l'instar de l'ordonnance. Cette dernière serait alors inutile. Mais on note qu'aux termes d'une jurisprudence mieux établie, en cas de force majeure administrative, à défaut d'accord sur la réorientation de l'exploitation, les parties peuvent demander au juge la résiliation du contrat et le titulaire prétendre à une indemnité couvrant toutes les charges extracontractuelles<sup>Note 31</sup>. Par ailleurs, dès lors qu'un doute subsiste quant à la qualification de l'épidémie de force majeure, la résiliation d'un marché en cours pourrait être prononcée unilatéralement par l'acheteur pour un motif d'intérêt général. Or, aux termes d'une jurisprudence là aussi établie, une telle résiliation ouvre droit à une indemnisation totale du préjudice subi par l'ancien titulaire, c'est-à-dire au titre des pertes subies (les dépenses engagées)<sup>Note 32</sup> ainsi que du manque à gagner (bénéfice dont il a été privé pour la période du contrat restant à courir, apprécié à la date de la résiliation, au regard de la durée restante à courir)<sup>Note 33</sup>. L'ordonnance apparaît alors moins protectrice que la jurisprudence. Enfin, on s'interroge sur l'opportunité même de

résilier un marché conclu pour une durée supérieure à celle de l'épidémie. Même une commande ponctuelle (ex. organisation d'un festival) peut le plus souvent être reportée ce qui, du point de vue des finances publiques, présenterait l'avantage indéniable d'éviter de « payer deux fois » : pour l'indemnisation des dépenses engagées puis pour la prestation elle-même. Cette disposition présente en outre l'intérêt d'écartier toute clause contraire au marché. Si l'on en croit en outre la DAJ, elle « ne fait pas obstacle à une indemnisation complémentaire du titulaire au titre de son manque à gagner du fait de l'inexécution des prestations en application de la jurisprudence administrative en cas de résiliation pour motif d'intérêt général ».

**17.** - En second lieu, l'ordonnance organise **l'indemnisation du titulaire à la suite de la suspension d'un marché à prix forfaitaire** : l'acheteur « procède, sans délai, au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. À 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 » (*art. 6, 4°*). Là encore, cette disposition appelle trois remarques. D'abord, elle ne vise que les marchés à prix forfaitaire, à l'exclusion des marchés à prix unitaire. Elle organise un mécanisme équivalent à une avance en aménageant le paiement du titulaire pour des prestations qui n'ont pas encore été réalisées, avant l'établissement du décompte, par dérogation à la règle du paiement après service fait, afin de lui éviter des problèmes de trésorerie. Ensuite, elle ne vise que l'hypothèse où la suspension a été décidée par l'acheteur (jusqu'à quand ?), à l'exclusion de celle demandée par le titulaire du marché et sans limitation de durée. Enfin, elle n'organise pas un « droit à » indemnisation. À l'issue de la suspension, trois configurations sont envisagées : une reprise à l'identique, une reprise en mode dégradée qui justifierait la conclusion d'un avenant destiné à fixer le montant des indemnités auxquelles le titulaire pourrait prétendre pour compenser les coûts liés aux mesures imposées par les autorités sanitaires ou la résiliation du marché. On s'interroge toutefois sur « les sommes dues au titulaire » et sur cette sorte de « droit à avenant » prévu au profit du titulaire. À quoi peut-il prétendre à l'occasion de la négociation d'un tel avenant ? En temps ordinaire, « les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique »<sup>Note 34</sup>. Or, des sujétions techniques sont des « difficultés matérielles » rencontrées lors de l'exécution du marché (*V. supra*). En temps de crise sanitaire, il faut sans doute comprendre que cette disposition invite les acheteurs à faire preuve de clémence (*V. FAQ de la DAJ qui prévoit que « l'avenant peut intégrer un volet transactionnel déterminant les indemnités qui seraient dues à l'entreprise », p. 23*).

**18.** - Pour les **contrats de concession**, dans le cadre desquels le titulaire assume « *un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* », (*CCP, art. L. 1121-1*), l'ordonnance complète le droit commun sans guère innover : ce sont essentiellement les concessionnaires qui vont devoir assumer les surcoûts de travaux et les pertes d'exploitation.

**19.** - En premier lieu, elle organise les conséquences de **la suspension d'une concession par le concédant ou à la suite d'une mesure de police administrative**. Dans ce cas de figure, elle prévoit un mécanisme de suspension des paiements dus par le concessionnaire au concédant (not. redevances domaniales) et un mécanisme de paiement anticipé des sommes dues par le concédant au concessionnaire pour des prestations qui n'ont pas encore été réalisées, par dérogation à la règle du paiement après service fait, afin de lui éviter des problèmes de trésorerie : « *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. À l'issue de cette suspension, un avenant détermine, le cas échéant, les*

*modifications du contrat apparues nécessaires* » (art. 6, 5°). Ces dispositions soulèvent plusieurs interrogations. D'abord, celle de savoir ce que signifie le terme « suspension » des versements. Si l'on isole la première phrase, on peut comprendre que jusqu'au terme de la crise sanitaire, ces versements sont supprimés et qu'ils reprendront à l'identique ensuite. Si, au contraire, on la combine avec la seconde phrase qui prévoit, « le cas échéant », la signature d'un avenant pour prendre en compte d'éventuelles modifications, on peut comprendre que les redevances « suspendues » devront être payées une fois la crise terminée, selon des modalités fixées par cet avenant. Ensuite, la question se pose de savoir jusqu'à quand ces versements sont suspendus. Le cadre temporel de ce droit dérogatoire n'est pas parfaitement clair. L'ordonnance s'applique aux contrats publics « *en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020* » dans la mesure où elle est « *nécessaire* » pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie et des mesures prises pour la limiter. Si la suspension a été décidée lors du confinement, elle peut être levée aussi bien lors de la première ou de la seconde phase du déconfinement, voire le 23 juillet, à l'issue programmée de l'état d'urgence. Enfin, la question se pose de savoir si cette disposition ouvre un « droit à avenant » et ce qu'il pourrait contenir. Il pourrait organiser le rééchelonnement des sommes dues à l'autorité concédante, officialiser leur annulation, traduire une renégociation des termes financiers de la concession (ex. prévoir une modification du montant des redevances pour tenir compte de la situation économique du concessionnaire à la suite de la crise sanitaire) voire même une renégociation du contrat, afin de tenir compte d'éventuels besoins nouveaux de l'autorité concédante ou de coûts supplémentaires, dans les conditions prévues par les articles L. et R. 3135-1 du CCP qui autorisent notamment les modifications « *rendues nécessaires par des circonstances imprévues* » ou « *de faible montant* ». Mais on doute que cette disposition ouvre un « droit à » une modification des concessions ou à un nouvel équilibre financier, dès lors que, par définition, un concessionnaire s'expose à un risque d'exploitation. Des avenants seront conclus au cas par cas, en fonction de la qualité du concessionnaire et de l'objet du contrat.<sup>20</sup> – En second lieu, l'ordonnance prévoit, **en l'absence de toute suspension de la concession, un droit à indemnité du concessionnaire** afin de compenser les surcoûts engendrés par la crise sanitaire : « *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* » art. 6, 6°). On s'interroge sur l'utilité de cette disposition qui, ainsi que le rappelle la DAJ, reprend le droit à indemnisation du cocontractant de l'Administration en cas de modification unilatérale du contrat de concession pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 6) ou de modification rendue nécessaire « *par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* » (CCP, art. L. et R. 3135-5). Elle présente toutefois un réel intérêt si le contrat a anticipé une telle modification mais a limité ou supprimé le droit à indemnisation de son titulaire. Conformément à l'article 6 de l'ordonnance, le concessionnaire peut alors solliciter une indemnisation « *nonobstant toute stipulation contraire* ». Celle-ci n'est toutefois pas de droit. Elle n'est octroyée que si l'exécution en mode dégradé a bouleversé l'économie initiale du contrat et altéré la situation financière du concessionnaire. On peut ainsi se demander, par exemple, si la baisse de la fréquentation des autoroutes, concrétisant le « risque trafic », ouvrira droit à une indemnité au profit des sociétés concessionnaires ou si un gestionnaire de crèche municipale, confronté à la fermeture de sa structure puis à une reprise partielle, peut prétendre à une indemnisation.

## 2° Appliquer le droit commun

**20.** - L'ordonnance n'apportant que des solutions partielles et temporaires, il convient, pour le reste, de mobiliser le droit commun. Celui-ci ne laisse pas les acheteurs démunis face à l'urgence sanitaire et propose des solutions à plus long terme, parfois plus favorables au titulaire du contrat. Le Code de la commande publique prévoit ainsi **l'indemnisation** du titulaire du contrat « *qui en poursuit l'exécution* » « *lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat* » (CCP, art. L. 6, 3°). Il organise la

**modification** du contrat, par voie unilatérale (et moyennant indemnisation, sauf clause contraire, *art. L. 6, 4°*) ou contractuelle (*CCP, art. L. et R. 2194-1 s. et L. et R. 3135-1 s.*), dès lors que les modifications ont été prévues par le contrat initial, qu'elles sont rendues « *nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* » dès lors que le montant de la modification n'est pas supérieur à 50 % du montant du contrat initial ou que la modification n'est pas substantielle. Il organise enfin **la résiliation** du contrat par l'acheteur pour un motif d'intérêt général (*CCP, art. L. 6, 5°, ex. en cas d'abandon du projet*), moyennant indemnisation intégrale du titulaire (sauf clause contraire) ou pour force majeure (*CCP, art. L. 2195-2, L. 3136-2*).

### C. - Recourir aux théories jurisprudentielles

**21.** - Si l'épidémie est qualifiée de cas de **force majeure** et conduit à un retard tel que la prestation devient inutile ou caduque ou si l'impossibilité d'exécuter est définitive, le contrat est résilié « de plein droit »<sup>Note 35</sup> (V. pour les contrats de droit privé : *C. civ., art. 1351 et 1218*). La décision est prononcée par l'acheteur ou le juge à la demande du titulaire<sup>Note 36</sup>. Sauf stipulation contraire, le titulaire du contrat peut être indemnisé des pertes subies imputables à l'événement constitutif de force majeure<sup>Note 37</sup>. L'Administration ne peut ni prendre de sanctions pour inexécution<sup>Note 38</sup>, ni appliquer les pénalités de retard<sup>Note 39</sup>. Comme l'a toutefois rappelé la DAJ, la force majeure peut être temporaire et conduire à la seule suspension du contrat sans faire disparaître définitivement l'obligation de l'exécuter. Les obligations qui ne peuvent être actuellement honorées sont alors reportées et devront être réalisées dès que la situation le permettra.

**22.** - Si l'épidémie est qualifiée de cas d'**imprévision**, le titulaire, s'il a poursuivi l'exécution, peut prétendre à une indemnité couvrant une partie des pertes subies (qualifiées de charges « *extracontractuelles* »)<sup>Note 40</sup> afin de lui permettre de continuer à exécuter le contrat). À défaut d'accord entre les parties, le juge fixe la répartition de la charge d'imprévision entre l'Administration et son cocontractant qui supporte le coût de l'aléa économique inhérent à tout contrat. Il demeure toutefois une incertitude quant à cette part restant à la charge du titulaire, la jurisprudence la faisant fluctuer entre 5 et 20 %<sup>Note 41</sup> et quant au caractère éventuellement définitif du bouleversement justifiant la résiliation du contrat (cas de force majeure administrative).

### 3. Conclusion

**23.** - La solution pérenne est de négocier une solution équitable permettant la poursuite de l'exécution du contrat grâce à sa modification. Certes, aucun principe de bonne foi ou devoir de collaboration n'impose aux parties de renégocier. Mais modifier le contrat ne permet pas seulement de soutenir les entreprises : cela permet surtout de garantir la satisfaction des besoins publics et *in fine* de l'intérêt général. L'État se doit donc d'être exemplaire en sa qualité de maître d'ouvrage (*Circ. préc.*) mais peut-être aussi plus largement. C'est ce que suggère F. Lichère (*art. préc.*) lorsqu'il propose, afin de lever les incertitudes sus-étudiées, qu'une disposition législative organise un véritable « droit à un remboursement partiel des surcoûts liés à la crise sanitaire » au profit des titulaires de contrats publics et, le cas échéant, permette aux autorités contractantes de demander à l'État de les couvrir d'une partie des surcoûts qu'une telle disposition mettrait à leur charge. »

#### Essentiel à retenir

- L'épidémie de Covid-19 n'est pas nécessairement un cas de force majeure.
- Les réclamations indemnitaires peuvent le plus souvent être fondées sur les stipulations contractuelles ou les CCAG.
- L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 propose des solutions partielles qui se superposent au droit commun et aux

**Essentiel à retenir**

théories jurisprudentielles.

**.. Encyclopédies : Contrats et marchés publics, fasc. 14**

Note 1 V. *le communiqué de presse du Gouvernement, 10 juin 2020, n° 220.*

Note 2 *Circ. n° 6177/SG.*

Note 3 Le Gouvernement a annoncé la création d'un comité de suivi pour les objectiver (*communiqué de presse, 10 juin*).

Note 4 M. Amilhat, *La commande publique face au Covid-19 : JDA 2020, art. 282.* – G. Clamour, *Adaptation de la commande publique à la crise sanitaire : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 137.* – J.-D. Dreyfus, *Covid-19 et contrat public : AJ Contrat 2020, p. 187.* – G. Eckert, *Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 : Contrats-Marchés publ. 2020, étude 4.* – F. Linditch, *Covid-19 et exécution des marchés publics : JCP A 2020, 2078.* – Ph. Rees, *Le droit de la commande publique en état d'urgence : Contrats-Marchés publ. 2020, repère 5.*

Note 5 X. Delpech, *Covid-19 : nouvel assouplissement des règles de la commande publique : AJ Contrat 2020, p. 208.*

Note 6 Adde *Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique : JO 18 juin 2020, texte n° 14.*

Note 7 *Communication de la Commission, Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19 : JOUE n° C 108, 1er avr. 2020, p. 1* : « les règles européennes en matière de marchés publics fournissent tous les outils nécessaires pour répondre à ces besoins, conformément aux dispositions de la directive ». – V. *comm. F. Linditch : Contrats-Marchés publ. 2020, alerte 18.*

Note 8 V. les exemples donnés par G. Eckert, *art. préc.*

Note 9 V. *Contrats-Marchés publ. 2020, repère 7.*

Note 10 V. aussi *Avis relatif aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 sur les enquêtes antidumping et antisubventions, 16 mars 2020, 2020/C86/06.*

Note 11 S. Pignon, *Coronavirus et force majeure en droit des contrats publics : Contrats-Marchés publ. 2020, alerte 11.*

Note 12 *CE, 29 janv. 1909, n° 17614, Cie des messageries maritimes.* – *CE, ass. gén., avis, 26 avr. 2018, n° 394398 : JurisData n° 2018-024965 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 54, note G. Eckert.*

Note 13 *CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.*

Note 14 *CA Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003.*

Note 15 *CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739.* – *CA Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114.*

Note 16 *CA Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607.*

- Note 17 DAJ, *La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire (fiche 18 mars 2020)* – V. *Contrats-Marchés publ. 2020, alerte 12 puis Contrats-Marchés publ. 2020, alerte 14, focus F. Linditch* ; JCP A 2020, 2123, obs. F. Linditch.
- Note 18 DAJ, *Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 (fiche 26 mars 2020)*.
- Note 19 M. Mekki, *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?* : AJ Contrat 2020, p. 164.
- Note 20 CE, 2 nov. 1927, *Ville Saint-Pol-sur-Terroise* : Lebon, p. 100. – CE, 5 janv. 1942, *Gaz de la Ferté-Milon* : Lebon, p. 18.
- Note 21 CE, 30 mars 1916, *Cie gén. d'éclairage de Bordeaux* : Lebon, p. 125.
- Note 22 F. Lichère, *La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique* : AJDA 2020, p. 1105.
- Note 23 Pour une analyse détaillée, V. F. Lichère, *art. préc.* – Pour les contrats de droit privé, V. Ch.-E. Bucher, *Contrats : la force majeure et l'imprévision, remèdes à l'épidémie de covid-19 ?* : *Contrats, conc. consom. 2020, étude 5* soulignant que la jurisprudence n'a pas donné d'illustration de ce qu'est une « exécution excessivement onéreuse » et s'interrogeant sur le point de savoir si elle doit s'apprécier au regard de chaque contrat ou de la situation financière globale du cocontractant.
- Note 24 CE, 30 juill. 2003, n° 223445, *Cne Lens* : *JurisData* n° 2003-065732 ; *Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 172, note J.-P. Pietri* ; *BJCP 2003, p. 462, concl. D. Piveteau* ; *Dr. adm. 2003, comm. 236, A. Ménéménis*.
- Note 25 V. l'épidémie de grippe H1N1 : *TA Lille, 8 avr. 2014, n° 1102672*
- Note 26 D. n° 2020-521, 5 mai 2020 : *JO 6 mai 2020, texte n° 10*.
- Note 27 D. n° 2020-548, 11 mai 2020 : *JO 12 mai 2020, texte n° 6*.
- Note 28 *Min. Travail, 8 mai 2020*.
- Note 29 Ph. Rees, *Le droit de la commande publique en état d'urgence* : *Contrats-Marchés publ. 2020, repère 5*. – G. Eckert, *Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19* : *Contrats-Marchés publ. 2020, étude 4*.
- Note 30 CE, 8 janv. 1925, *Sté Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire* : Lebon, p. 28.
- Note 31 CE, 11 avr. 1924, *Magisson* : Lebon, p. 400. – CE, 9 déc. 1932, *Cie des tramways de Cherbourg* : Lebon, p. 1050, *concl. Josse*. – CE, 14 juin 2000, n° 184722, *Cne Staffelfelden* : *JurisData* n° 2000-060670 ; Lebon, p. 227 ; *Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 15, note P. Soler-Couteaux* ; *BJCP2000, p. 434, concl. C. Bergeal* ; *LPA 8 déc. 2000, p. 14, L. Jégouzo-Viénot*.
- Note 32 CE, 10 févr. 2016, n° 387769, *Sté Signacité* : *JurisData* n° 2016-002147 ; *Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 98, note M. Ubaud-Bergeron*.
- Note 33 CE, 26 mars 2018, n° 401060, *Sté Balineau* : *JurisData* n° 2018-004515 ; *Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 104, note J.-P. Pietri*.
- Note 34 CE, 5 juin 2013, n° 352917, *Région Haute-Normandie* : *JurisData* n° 2013-011332 ; *Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 216, note G. Eckert*.
- Note 35 CE, 7 août 1926, *Bouxin* : Lebon, p. 891.
- Note 36 CE, 27 sept. 1985, n° 46359, *Cie française d'irrigation*.
- Note 37 CE, 8 janv. 1925, *Sté Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire* : Lebon, p. 28.
- Note 38 CE, 29 janv. 1958, *Bonadeau* : Lebon, p. 50.
- Note 39 CE, 29 janv. 1909, n° 17614, *préc.*

---

Note 40 *CE*, 21 oct. 2019, n° 419155, *Sté Alliance* : *JurisData* n° 2019-018542 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 13, note G. Eckert ; *AJDA* 2020, p. 796, C.-A. Dubreuil.

Note 41 Il n'en va pas différemment pour les contrats de droit privé : l'article 1195 du Code civil ne fixant pas de règle, c'est le juge qui fixe la répartition finale.

© LexisNexis SA