

Το αφιέρωμα αποτυπώνει τις εισηγήσεις στο Επιστημονικό Συνέδριο που διοργάνωσαν η Νομική Σχολή ΑΠΘ, το Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) και το Le Mans Université στις 10 Νοεμβρίου 2023, με θέμα Ελληνογαλλικές Συναντήσεις Δημοσίου Δικαίου – Οι μεταλλάξεις του δημοσίου δικαίου μπροστά στις κρίσεις. *Rencontres Gréco-Françaises en Droit Public – Les mutations du droit public face aux crises*

LE CONTRAT PUBLIC EN TEMPS DE CRISE

Hélène Hoepffner

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris I

Le contrat est un accord de volontés, conclu à une date déterminée, il cristallise la volonté des parties et les règles auxquelles elles se soumettent. Qu'importe si son exécution se prolonge dans le temps, son régime juridique est celui applicable au jour de la signature. Cela explique qu'il subisse « les meurtrissures du temps », qu'il soit parfois contraint de s'adapter aux crises afin de survivre.

En droit français, deux expressions sont employées concurremment. Celle de « contrat administratif », qui est ancienne et fait l'objet d'une définition unanimement reconnue et celle de « contrat public » qui fait au contraire l'objet de débats inextricables. La seconde désigne des contrats de droit privé comme de droit administratif passés par des personnes publiques : elle est fondée sur un critère organique. Elle est aujourd'hui essentiellement doctrinale même si une ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 vise les « *contrats soumis au code de la commande publique ainsi que les contrats publics qui n'en relèvent pas* », formule qui, selon la DAJ de Bercy « *englobe l'ensemble des contrats qui s'inscrivent dans la sphère publique, c'est-à-dire les contrats des personnes morales de droit public ainsi que ceux qui sont conclus par les personnes morales de droit privé qui répondent à la définition du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice* ». La notion de contrat administratif est quant à elle parfaitement circonscrite aux contrats conclus par des personnes publiques (sous réserve du cas particulier où le contrat serait conclu entre deux personnes privées dont l'une représenterait une personne publique) soumis à un régime juridique spécial, dérogoratoire au droit civil du contrat et dont le contentieux relève du juge administratif.

Cet état du droit peut surprendre un observateur européen dès lors que cette dernière notion de contrat administratif n'a pas de résonance en droit de l'Union européenne qui reconnaît davantage la notion de contrat public. Le droit de la commande publique en est la parfaite illustration : la distinction entre personnes publiques et privées n'y a pas de conséquence.

Cet état du droit explique aussi que la notion française de contrat administratif n'ait pas été affectée par les réformes européennes successives mais que les catégories de contrats administratifs en soient sorties remaniées. L'exemple de la notion de marché public permet de s'en convaincre. Jusqu'en 2015, il existait un décalage entre les notions européenne et française de marché public. La première était plus large car elle regroupait des contrats passés par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices aussi bien publics que privés alors que le champ d'application du droit des marchés publics français était limité à un cercle restreint de personnes publiques. Cela s'expliquait par la différence de logique entre les règles européenne et française de l'achat public. La première tend à établir un marché intérieur où la concurrence s'exerce librement. La seconde tend à protéger les intérêts des personnes publiques. Cet état du droit a été radicalement bouleversé par la transposition de la directive marchés publics 2014/24 par l'ordonnance du 23 juill. 2015 aujourd'hui codifié dans le CCP : le droit des marchés publics français s'applique aux « acheteurs » qui peuvent être tant des personnes publiques que des personnes privées, qui « sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices » (art. L. 1210-1). De fait, ils ne sont pas tous des contrats administratifs : certains marchés publics sont des contrats de droit privé et relèvent du juge judiciaire. Les propos qui vont suivre seront, par suite, consacrés aux contrats publics dans leur ensemble mais il est vrai que l'accent sera mis sur ceux de la commande publique.

Dès lors que l'exécution d'un contrat – administratif comme privé – s'étale dans le temps, les cocontractants sont confrontés à des aléas, des imprévus, des crises. Ces dernières qui sont aussi bien sanitaires, migratoires, économiques que géopolitiques, définies par Ioannis Michalis dans son propos introductif, sont très diverses : certaines relèvent d'une logique d'urgence de court terme (crise sanitaire, sécuritaire) ; d'autres d'une logique d'urgence de long terme (crise environnementale). Toutes ne touchent cependant pas le droit des contrats de la même façon. Certaines affectent l'exécution des contrats publics : tel est le cas de la pandémie de Covid-19 assortie de ses confinements et couvre-feux (qui a entraîné la résiliation, la suspension ou l'exécution en « mode dégradé » de nombreux contrats et engendré des surcoûts importants) ou de la flambée des prix des matières premières en 2022, à la suite de la guerre en Ukraine. D'autres affectent le droit des contrats. Il en va ainsi de la crise climatique, qui a récemment conduit à l'adoption d'un nouveau marché public global de performance énergétique et à faire évoluer les commandes publiques qui sont désormais souvent des commandes de travaux de rénovation énergétique plus que des commandes de nouveaux ouvrages. Puisque cette crise s'inscrit dans une perspective de long terme, qu'elle est largement prévisible, elle n'est en réalité pas comprise, en droit des contrats, comme un aléa. Les crises sécuritaires (à la suite des attentats survenus en France en 2015) et migratoires, n'ont quant à elles guère affecté le droit des contrats publics. On soulignera cependant l'adoption récente d'un texte spécifique

destiné à accélérer les réparations rendues nécessaires par les émeutes survenues à Nanterre en banlieue parisienne (ord. n° 2023-660 du 26 juill. 2023).

Ces crises ont toutefois un point commun : elles ont montré la fragilité de nos sociétés, affecté de manière inédite la continuité des activités économiques, sociales et administratives. En France, mais en Europe en général, elles ont conduit à un « retour de l'État », témoignage de ce que la puissance publique est l'ultime garant de la préservation de la Nation, comme l'a démontré il y a quelques instants Jean-Charles Rotoullié. Ce retour de la puissance publique n'a pas épargné le droit des contrats publics.

Une fois la crise identifiée et l'aléa qualifié (avarie ? situation imprévisible ? sujétion imprévue ? force majeure ?), se pose la question du droit applicable pour y faire face. Sur ce point, les crises contemporaines ont révélé deux choses.

D'une part, la théorie générale du contrat administratif, caractérisé par l'existence de théories jurisprudentielles destinées à permettre au contrat de « résister » à des événements imprévus s'est révélée insuffisante pour faire face aux crises contemporaines (I). Ces théories, qui pour certaines remontent à l'Ancien régime, permettent au titulaire d'un contrat ayant poursuivi l'exécution du contrat malgré les difficultés d'obtenir non pas la rémunération de prestations supplémentaires non prévues au contrat (ce qui est le rôle de la théorie de la modification unilatérale) mais l'indemnisation de surcoûts afférents à des obligations stipulées au contrat, parce que les circonstances « rendent (leur) réalisation beaucoup plus difficile que ce qui avait été prévu ». Leur mise en œuvre s'est révélée délicate dans un contexte de successions de crises devenues presque structurelles.

D'autre part, le droit commun et en particulier les clauses contractuelles où les dispositions des différents cahiers des charges ont révélé leurs lacunes (II). En complément aux actions sanitaires, des mesures économiques d'une ampleur inédite ont rapidement été prises, grâce à des facilités de financement accordées en mars 2020 par la Banque centrale européenne et par l'assouplissement des politiques d'aides d'État décidé par la Commission européenne dans le cadre d'un programme temporaire de soutien aux entreprises. La France a ainsi pu adopter un plan de soutien à l'économie reposant sur trois séries de mesures : des garanties d'emprunt ; des aides financières (notamment par l'intermédiaire d'un fonds de solidarité à l'égard des entreprises) ; des mesures de préservation de la trésorerie des entreprises (étalement des paiements). En outre, le Gouvernement a entendu ajouter des mesures propres aux contrats de la commande publique. A compter du mois de mars 2020, il a mis en place un droit dérogatoire qui a depuis été en partie pérennisé et décidé, en 2021, de modifier les cahiers des clauses administratives générales en vigueur.

I. LES INSUFFISANCES DES THÉORIES JURISPRUDENTIELLES

La pandémie de Covid-19 et les mesures sanitaires prises par les autorités publiques ont bouleversé l'économie de nombreux contrats publics. Les perturbations se sont intensifiées à la suite du confinement ordonné par le décret n°2020-260 du 16 mars 2020. L'exécution des

contrats est devenue difficile voire impossible. 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. A la crise sanitaire, a succédé la crise économique et énergétique. Confrontés aux lacunes des contrats pour y faire face, le réflexe a surtout été de recourir aux théories jurisprudentielles classiques du droit des contrats administratifs.

A. LA QUESTION DE L'APPLICABILITÉ DES THÉORIES

1. Lorsqu'en mars 2020, confrontée à la pandémie, la France s'est soudain arrêtée, stupéfaite par l'ampleur de la crise sanitaire, le premier réflexe des pouvoirs publics comme des entreprises a été de mobiliser la théorie de la *force majeure*.

Aux termes de la jurisprudence administrative¹ comme de l'article 1218 du Code civil (applicable 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* »).

La question pouvait se poser de savoir si une pandémie répondait à cette définition dès lors que la jurisprudence judiciaire offre de nombreux exemples d'épidémies qui n'ont 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 H1N1², dengue³, chikungunya⁴, ébola⁵). Mais dans une allocution du 28 février 2020, le ministre chargé de l'Économie a indiqué que l'épidémie de Covid-19 serait qualifiée de cas de « force majeure », permettant aux entreprises concernées de s'exonérer de tout ou partie de leurs obligations, sans pénalité ni engagement de leur responsabilité. La Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ) a également indiqué, le 18 mars 2020, qu'il était recommandé aux acheteurs publics, 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. La crise s'ancrant dans la durée, cette dernière a toutefois rapidement souligné qu'il n'existait pas « *de présomption de force majeure* »⁶. Tout

¹ CE, 29 janv. 1909, *C^{ie} des messageries maritimes*, n° 17614 ; CE, ass. gén., avis, 26 avr. 2018, n° 394398, *Contrats-marchés publ.* 2019, comm. 54, G. Eckert.

² Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.

³ Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003.

⁴ Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739 ; Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114.

⁵ Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607.

⁶ DAJ, *Ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et*

dépend du moment où le contrat a été conclu, des partenaires et des prestations commandées⁷. Par sa rapide propagation, sa virulence et les inconnues qui l'entourent dans sa nature et ses effets, l'épidémie semble être un événement imprévisible. Mais l'est-elle encore 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), « l'impossibilité absolue de poursuivre » l'exécution du contrat⁸.

2. Dès lors de surcroît que la pandémie se prolongeait, le recours à la théorie de la force majeure devenait difficilement tenable dès lors qu'elle autorise l'interruption des contrats. Il a ainsi fallu trouver des solutions plus pérennes, permettant l'exécution des contrats en mode dégradé moyennant, le cas échéant, une indemnisation de leurs titulaires afin de compenser les pertes et/ou les hausses de charges.

Pour les mêmes raisons que celles évoquées à l'instant, la crise sanitaire n'a pas été qualifiée *in abstracto* d'événement imprévisible permettant l'application systématique de la *théorie de l'imprévision* aménagée, dans des conditions sensiblement différentes, pour les contrats administratifs conclus « pour l'organisation ou l'exécution même d'un service public »⁹, par la jurisprudence et codifiée à l'article L.6, 3° du CCP¹⁰ et, pour les contrats civils, par l'article 1195 du Code civil. Au cas par cas, il a fallu déterminer si l'épidémie était un événement imprévisible, indépendant de la volonté du cocontractant de l'Administration ayant entraîné un bouleversement de l'économie d'un contrat¹¹.

La question s'est également posée de savoir si les mesures sanitaires ayant accompagné la pandémie pouvaient être qualifiées de *fait du Prince* au sens de la jurisprudence administrative, c'est-à-dire comme « un acte juridique, positif ou négatif, général ou particulier, imputable à une administration cocontractante dans l'exercice de ses compétences normatives extérieures aux droits et obligations qu'elle tire, directement ou indirectement, des contrats administratifs qu'elle passe, imprévisible pour les deux parties au moment de la conclusion du contrat et de nature à affecter substantiellement l'équilibre économique des contrats administratifs que cette administration a conclus »¹².

3. Les conditions d'application de ces théories se sont révélées, à cette occasion, particulièrement délicates à apprécier et sources de nombreux différends. Donnons quelques exemples de ces difficultés.

d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 (fiche 26 mars 2020).

⁷ M. Mekki, *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?*, AJ Contrat 2020, p.164.

⁸ V. pour un refus d'appliquer la théorie de la force majeure : TA de Nice, 31 oct. 2023, *Sté. Nice Eco Stadium*, n° 2103109

⁹ CE 30 mars 1916, *Cie gén. d'éclairage de Bordeaux*, Lebon 125.

¹⁰ F. Lichère, *La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique*, AJDA 2020, p.1105.

¹¹ CE 21 oct. 2019, *Société Alliance* n° 419155.

¹² Ph. Terneyre, *Le fait du prince dans les contrats administratifs, De quoi parle-t-on ?*, AJDA 2022. 2181

Les surcoûts liés à la suspension du contrat doivent-ils être intégrés qui peuvent être pris en compte dans l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat ? Comment mesurer le bouleversement¹³ ? existe-t-il un seuil d'imprévision ? 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 1/15^e 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). Sur quelle période faut-il apprécier le bouleversement ? sur toute la durée du contrat (cette position étant généralement celle des autorités publiques) ou sur la période perturbée (cette position étant au contraire celle des entreprises, fondée sur une jurisprudence établie¹⁴) ?

4. A ces questions relatives aux conditions d'application de la théorie, s'ajoutent celles relatives à l'indemnisation.

Quel doit être le montant de l'indemnité et surtout sa ventilation entre l'administration et son cocontractant ? Alors qu'aux termes d'une circulaire du 20 novembre 1974, il était admis que l'administration prenait à sa charge 90 % des pertes subies, ce pourcentage a été expressément modifié par une circulaire du 29 septembre 2022 qui dispose que le titulaire du contrat doit désormais supporter entre 5 et 25% de la charge extracontractuelle subie, ce taux étant fixé en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique. Cette méthode de calcul conduit, en pratique, à de fortes tensions car elle dépend de l'appréciation de chaque acheteur, en fonction des justificatifs fournis par le titulaire du contrat et de la période considérée¹⁵.

Quelle est la marge de liberté des parties quant au montant de l'indemnité versée lorsque celle-ci est fixée par une convention indemnitaire ? ce montant doit-il être identique à celui qui serait fixé par le juge si celui-ci était saisi ? En principe, les parties disposent de leur liberté contractuelle. La conclusion d'une telle convention doit leur laisser une marge d'appréciation à défaut de laquelle l'intérêt de s'entendre serait limité : on ne peut pas et on ne doit pas exiger des parties que leur accord soit l'ombre portée d'un potentiel jugement¹⁶. Elles sont néanmoins limitées par la règle interdisant les libéralités mais aussi par les règles relatives à la modification

¹³ 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 ?*, CCC n°4/2020, 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.

¹⁴ V. not. CE 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice*, Rec. p. 572, conclusions Riboulet. V. aussi Fiche technique de la DAJ de Bercy, 21 sept. 2022, p.6 et p.17.

¹⁵ Fiche technique de la DAJ de Bercy, 21 sept. 2022, p.6 et p.17.

¹⁶ CE, ass., 16 avr. 1986, n° 75040, *Cie luxembourgeoise de télédiffusion*, : admettant que des clauses de correction du déséquilibre contractuel peuvent être plus favorables que les règles sur l'imprévision.

des contrats. Une jurisprudence récente laisse craindre que la fixation d'une indemnité « trop » importante puisse conduire à requalifier la convention indemnitaire en véritable modification. Dans un récent arrêt relatif à un accord indemnitaire conclu à la suite d'une résiliation amiable d'un contrat le Conseil d'Etat a en effet resserré sa jurisprudence *CCI de Nîmes*¹⁷ et jugé que « les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat »¹⁸, alors qu'il se contentait jusque-là de censurer la disproportion manifeste de l'indemnité. Cette solution risque d'être transposée à l'hypothèse d'une convention d'indemnisation.

5. Ces questions relatives à la mise en œuvre de cette théorie élaborée à l'aube du XXe siècle, pour faire face à des hausses de prix des matières premières (à l'époque le charbon) ont surtout révélé l'inadaptation de cette théorie à cette crise sanitaire où, de façon inédite, les services publics exploités en concession ont tout simplement été désertés (ex. chute du trafic aérien ou de la fréquentation des autoroutes ; fermeture des crèches, des piscines, des musées) et soulevé la question de sa conformité au droit de l'Union européenne.

B. LA QUESTION DE LA CONFORMITÉ AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE DE CES THÉORIES

6. Alors qu'en droit civil (et donc pour les contrats privés de la commande publique), l'imprévision repose sur un pouvoir d'intervention du juge pour réviser le contrat, en droit administratif, elle repose essentiellement sur la volonté des parties, que l'imprévision soit constatée par elles ou au besoin par le juge en cas de désaccord, l'indemnité d'imprévision se matérialisait en principe par la conclusion d'un avenant, ainsi que le préconisait la circulaire de 1974, au sein duquel elles se mettaient d'accord sur les conditions dans lesquelles le service peut continuer à fonctionner en dépit des événements imprévus. Cela revenait à assimiler l'imprévision à une cause particulière de modification des contrats et avait conduit une partie de la doctrine à considérer, lors de l'adoption des directives du 26 février 2014, que le nouveau régime restrictif applicable aux modifications des contrats allait avoir, par ricochet, un effet réducteur sur la théorie de l'imprévision, en l'enserrant dans les conditions posées par la directive.

7. Un avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 a clairement fait évoluer cette situation : il a autonomisé la théorie jurisprudentielle des modifications du contrat¹⁹ (évolution qu'avait

¹⁷ CE, 4 mai 2011, n° 334280.

¹⁸ CE, 16 déc. 2022, *Cne de Grasse*, n° 455186.

¹⁹ CE, avis, 15 sept. 2022, n° 405540 ; *CMP* 2022, comm. 284, H. Hoepffner ; *RDC* 2023. 121, Ch-A. Dubreuil ; Dr.

déjà amorcé une circulaire du 30 mars 2022²⁰) afin de ne pas la soumettre aux règles de la commande publique. Il considère que les parties disposent de la liberté de choisir entre « différents remèdes » afin de pallier une situation imprévisible.

Elles peuvent convenir de conclure un avenant destiné à modifier le contrat, afin de faire face aux circonstances imprévues. Elles sont alors contraintes de respecter les règles encadrant les modifications des contrats en cours (celles autorisant les modifications de faible montant ou celles rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur ou une autorité concédante diligent ne pouvait prévoir) ainsi que l'interdiction pour les personnes publiques d'octroyer des libéralités et l'obligation pour elles de faire un bon usage des deniers publics.

Le titulaire du contrat n'a toutefois aucun « droit à » un tel avenant. Il n'a qu'un droit à indemnisation en cas d'imprévision qu'il peut, faute d'accord sur une telle indemnité, faire valoir devant un juge. De fait, deux voies s'ouvrent à lui. Il peut tenter de trouver un accord purement indemnitaire avec l'administration, « dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles » subies par le titulaire du contrat, afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée, qui prendra la forme d'une « convention ad hoc »²¹ ou une « convention d'indemnisation »²². Elle se superpose au contrat initial sans s'y incorporer. Elle « ne peut être que temporaire ». Parce qu'une telle convention « n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du contrat, ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante » et qu'elle n'est donc ni un avenant ni même une transaction, elle permet de s'affranchir des règles du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours. Une telle convention peut, au demeurant, être remplacée par une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière. Faute d'un tel accord ou « lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat », le titulaire du contrat sera contraint de saisir le juge, qui pourra « accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle » née de la situation d'imprévision. Dans un tel cas, contrairement au juge civil, le juge administratif n'est pas conduit à modifier les stipulations du contrat²³. Il n'est donc pas non plus tenu par les dispositions du droit de la commande publique relatives aux modifications des contrats.

Une telle solution est pragmatique : elle permet de conforter une théorie jurisprudentielle emblématique du droit administratif, récemment codifiée à l'article L.6, 3° du code de la commande publique, c'est-à-dire dans le titre préliminaire dudit code façonné par le Conseil d'État. Elle n'en est pas moins, à notre sens, juridiquement fragile dès lors que le contrat initial est bien, en partie au moins, neutralisé par une telle convention indemnitaire qui, à titre

Adm. 2022, comm. 3, E. Muller ; JCP A 10 oct. 2022, 2276, J. Martin et 2277, F. Linditch ; JCP E 13 oct. 2022, 1335, F. Lichère.

²⁰ n° 6338 SG.

²¹ Circ. 30 mars 2022, préc.

²² CE, avis, 15 sept. 2022, préc. pt. 22

²³ CE, 2 nov 1927, Ville de Saint-Omer, n° 84340.

temporaire, modifie ses clauses financières voire les conditions d'exécution de la prestation. C'est d'ailleurs ce qui avait expliqué qu'en 1974, le recours à l'avenant soit préconisé. On ajoutera que, parce que cette convention peut aussi avoir pour effet de mettre fin à un litige entre les parties, elle pourrait être qualifiée de transaction au sens des articles L. 423-2 et R. 423-3 du CRPA. Or la CJUE soumet les transactions aux règles relatives à la modification des contrats²⁴. On ajoutera que son indépendance est en tout état de cause affaiblie par son objet : réparer le préjudice causé au titulaire d'un contrat par des circonstances imprévues afin de rétablir l'équilibre contractuel initial affecté par lesdites circonstances, étant entendu que ledit préjudice sera apprécié au regard de l'équilibre économique du contrat tel qu'il découle de ses stipulations. Dans ce contexte, on peine à croire qu'une telle convention ne puisse pas être considérée, en droit européen, comme une forme de modification du contrat.

8. Il reste que ces théories, malgré leurs lacunes et leurs faiblesses, ne sont pas moins efficaces que le droit commun des contrats qui a lui aussi révélé ses insuffisances en période de crise.

II. LES INSUFFISANCES DU DROIT COMMUN

9. Les crises successives ont également révélé deux autres séries d'insuffisances. D'abord, l'insuffisance anticipation, par les contrats, d'éventuels imprévus. Ensuite, l'insuffisance des règles écrites applicables aux contrats publics.

A. DES CONTRATS INADAPTÉS

10. En cas de crise, le premier réflexe doit être d'appliquer le contrat, d'y rechercher le fondement des prétentions indemnitaires.

11. Lors de la crise sanitaire, cela a bien sûr été fait car nombre de contrats contiennent des stipulations relatives aux aléas auxquels les cocontractants peuvent être confrontés, en particulier depuis l'épidémie de grippe H1N1. Il est en effet fréquent que des contrats de concession comportent 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 (cas des accords-cadres à bons de commande sans minimum de commande ce qui permet aux acheteurs de s'abstenir de passer des commandes), les autres renvoient généralement aux CCAG qui anticipent certaines situations exceptionnelles (not. en cas de force majeure, les CCAG de 2009 organisaient la prolongation des délais d'exécution, l'ajournement du chantier, la résiliation du contrat, l'absence d'application des pénalités ou l'indemnisation du titulaire ; tous contenaient également une clause de protection du personnel prévoyant la conclusion d'un avenant fixant la répartition des surcoûts consécutifs à une évolution de la

²⁴ CJUE 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne*.

législation. Ces dispositifs se sont néanmoins révélés très imparfaits. Prenons l'exemple de cette clause de protection du personnel. Les CCAG prévoyaient leur application uniquement 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 (n°2020-521 du 5 mai 2020) qui a fixé la liste des personnes vulnérables devant être placées en activité partielle. C'est aussi un décret (n° 2020-548 du 11 mai 2020) 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. 1^{er}). C'est ensuite un protocole (*national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la sécurité et la santé des salariés* ; Min. Travail, 8 mai 2020) qui ont imposé de nouvelles mesures destinées à protéger la santé des travailleurs (not. critère d'occupation maximale des espaces ouverts au public et en milieu de travail ou équipements de protection individuelle). Ces dispositions n'ont ainsi guère pu être appliquées.

12. Si une réforme des CCAG avait été programmée avant la pandémie, celle-ci a finalement eu lieu après (par des arrêtés ministériels du 30 mars 2021) ce qui a permis de prendre en compte les changements de circonstances tels que ceux observés pendant la pandémie de Covid-19 et de renforcer l'équilibre contractuel entre les parties.

En premier lieu, des clauses relatives à la gestion d'un cas d'imprévision ont été insérées dans les nouveaux CCAG, en cohérence avec le code de la commande publique et la jurisprudence administrative.

Les CCAG prévoient désormais un mécanisme de suspension des marchés : en cas de circonstances imprévisibles rendant l'exécution du marché temporairement impossible, les parties devront se rapprocher afin de s'accorder sur les modalités de répartition des surcoûts liés à ces circonstances imprévisibles et de convenir des dispositions à prendre durant la suspension du marché et pour la reprise des prestations (v. not. CCAG Trav. art. 53.3.).

Ils prévoient également une clause de réexamen aux termes de laquelle en cas de modification significative des conditions d'exécution du marché due à des circonstances imprévisibles, quand bien même l'exécution du marché serait toujours possible, les parties devront convenir des modalités de prise en charge des surcoûts supportés par le titulaire (not. CCAG Trav. art. 54).

En second lieu, le CCAG Travaux contient désormais une *clause de changement de loi*, sans doute pour anticiper des mesures d'urgence qui pourraient être prises par le gouvernement tel que cela a été le cas pendant la crise de Covid-19. Celui-ci dispose qu'en cas de modification imprévisible de la réglementation applicable impactant les coûts du marché, le CCAG prévoit la poursuite des travaux moyennant une évaluation de l'impact financier par les parties suivie, le cas échéant, de la conclusion d'un avenant, en cas de modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché (art. 9.1.1.).

13. S'il est encore un peu tôt pour apprécier l'efficacité de ces nouveaux dispositifs, on peut néanmoins se réjouir de la généralisation de tels dispositifs d'anticipation des aléas. Le contexte

contemporain d'augmentation des prix des matières premières et de retour de l'inflation met en lumière leur utilité tout comme les recommandations des pouvoirs publics²⁵ et des fédérations professionnelles (not. la FNTF) incitant les cocontractants à insérer dans leurs contrats des clauses d'adaptation ou de rendez-vous. On soulignera toutefois que ces dispositifs révéleront sans doute à leur tour leurs limites et donneront lieu aussi à des difficultés d'interprétation. Même des textes adoptés par décret en Conseil d'Etat, c'est-à-dire examinés en détail par une section administrative de celui-ci voire par son assemblée générale donnent naissance à de telles difficultés. La crise sanitaire a ainsi, par exemple, montré les limites du décret n° 2007-244 du 23 février 2007 *relatif aux aéroports appartenant à l'État et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aéroports* dont l'article 74, relatif aux « faits nouveaux » entend se substituer aux théories jurisprudentielles classiques mais créé tout autant d'incertitudes en disposant : « I. - En cas de disposition législative ou réglementaire nouvelle ou d'événement relevant de l'imprévision ou de la force majeure, de nature à bouleverser l'équilibre économique de la concession, le ministre chargé de l'aviation civile et le concessionnaire arrêtent d'un commun accord la compensation à apporter (...) de façon à rétablir l'équilibre économique de la concession. ». Les notions de bouleversement de l'équilibre économique de la concession ou de rétablissement de l'équilibre économique de celle-ci ne sont nullement évidentes à manier et on perçoit ici aisément les contentieux qui ont pu éclore à la suite de l'effondrement du trafic aérien pendant la période de la pandémie.

B. UNE RÉGLEMENTATION INADAPTÉE

14. Les textes législatifs et réglementaires applicables « en temps ordinaire » n'ayant guère été plus efficaces pour faire face aux différentes crises, ils ont dû être complétés, d'abord par des textes applicables à titre temporaire, puis par des textes destinés à prendre en compte les crises sur le temps long.

15. *Le droit temporaire d'abord.* Dans les jours qui ont suivi la mise en place de l'état d'urgence sanitaire, le Gouvernement a été autorisé par le Parlement²⁶, à prendre par ordonnance les mesures permettant d'adapter les règles de passation, les conditions de paiement, d'exécution et de résiliation des contrats de la commande publique, 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. Cela a conduit, deux jours plus tard, à l'adoption d'un « *droit de la commande publique de l'état d'urgence* » grâce à 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*, laquelle a été complétée par l'ordonnance

²⁵ Circ 30 mars 2022, n° 6338/SG ; v. aussi fiche technique DAJ Bercy, *Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières*, févr. 2022.

²⁶ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

n° 2020-460 du 22 avril 2020 puis par celle n°2020-560 du 13 mai 2020 ainsi que par une circulaire du 9 juin 2020. Ce droit de l'urgence ne se contente pas d'adapter le droit commun. Il est le vecteur d'une politique interventionniste tendant notamment à « *soutenir et protéger les entreprises face aux difficultés d'exécution* » mais aussi à assurer la continuité de la satisfaction des besoins publics.

Sur le premier point – le soutien aux opérateurs économiques – l'ordonnance du 25 mars 2020 ajoute trois dispositions de portée inégale. En premier lieu, elle aménage un régime dérogatoire à l'article R. 2191-8 du Code de la commande publique relatif aux avances dans les marchés publics. Elle autorise le versement d'une avance dont le « *taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande* » et cela sans que les acheteurs soient « *tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché* ». L'octroi de cette avance est soumis à l'accord des parties et prend la forme d'un avenant au marché. En second lieu, l'ordonnance tend à améliorer la trésorerie des entreprises cocontractantes grâce à la levée de la règle du service fait en cas de suspension de l'exécution d'un marché à prix forfaitaire. Elle prévoit que, dans ce cas, l'acheteur « *procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus au contrat* ». À l'issue de la suspension, si la quantité de prestations est modifiée, un avenant en détermine les conséquences financières. Cette disposition, à l'inverse de la précédente, revêt un caractère impératif pour les acheteurs publics, lesquels n'ont donc pas d'autre choix que de continuer les paiements dans ce cadre. En troisième lieu, elle prévoit que dans le cas où « *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* » (not. les redevances domaniales).

Plus largement, l'ordonnance facilite la suspension des contrats ou de certaines de leurs obligations et, à cette fin, protège les entreprises des risques de sanctions contractuelles et assure l'indemnisation des préjudices subis.

Sur le second point – la continuité de la satisfaction des besoins publics – ce droit temporaire a ajouté quelques facilités au droit commun. Au stade de la passation des contrats, si le code offrait déjà des possibilités de simplification des procédures de mise en concurrence (ex. réduction du délai de remise des offres en cas d'urgence ou procédure sans publicité ni mise en concurrence), l'ordonnance facilite l'adaptation des procédures en cours en permettant la prolongation des délais de réception des candidatures et l'aménagement du règlement de la consultation. Au stade de l'exécution ensuite, l'ordonnance a ajouté à la possibilité de modifier l'exécution des contrats en raison de circonstances imprévues celle de prolonger par avenant l'exécution des contrats en cours « *lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre* ». Elle a ajouté des règles dérogatoires relatives à la durée des contrats de concession dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets.

16. Ce droit de la commande publique « *de l'état d'urgence* » présente trois spécificités.

D'une part, contrairement au droit commun, il est d'origine purement nationale, la Commission

européenne n'ayant pu réagir à la crise que par l'adoption d'une communication. De fait, il a un caractère largement résiduel : il s'est développé dans les rares espaces laissés vacants par les directives européennes, notamment au stade de l'exécution des contrats.

D'autre part, il témoigne d'un fort recul de la liberté contractuelle dès lors qu'il conduit à porter atteinte à certains contrats en cours (en raison de son application immédiate voire de son caractère rétroactif), « *nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ».

Enfin, il tranche avec le droit des contrats administratifs classique dont les règles tendent à assurer, malgré l'adversité, la continuité du service public et de l'approvisionnement des acheteurs en facilitant la suspension de l'exécution des obligations contractuelles.

17. Cette première expérience d'un droit de la commune publique de l'urgence n'est depuis pas restée isolée. A la suite d'émeutes urbaines survenues entre le 27 juin et le 5 juillet 2023, l'Etat a décidé de mettre en œuvre des mesures afin d'accélérer et faciliter les opérations de reconstruction ou de réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits durant ces troubles, notamment en matière de commande publique. Cela a donné lieu à l'adoption de l'ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 *portant diverses adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique nécessaires à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violence urbaines*.

Dans un premier temps, la Première ministre a, par une circulaire du 5 juillet 2023, rappelé les dispositifs existants pouvant être mobilisés par les acheteurs publics afin de conclure des marchés travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables. D'abord, l'urgence impérieuse (CCP art. R. 2122-1) autorise la conclusion d'un marché de gré à gré, quel qu'en soit le montant mais doit être limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation, pour garantir la sécurité des biens et des personnes ou de rétablir la continuité du service public en faisant les réparations nécessitées par les dégradations. Concrètement, ce dispositif peut être utilisé pour faire réaliser des réparations urgentes d'une partie du bâtiment endommagé (vitrages, portes, murs et second œuvre nécessaire au bon fonctionnement des ouvrages) ou, en cas de dégradation de l'ensemble du bâtiment, notamment du fait d'un incendie, et si le foncier disponible aux alentours le permet, en l'installation de préfabriqués sommaires pour permettre aux services publics abrités par le bâtiment inutilisable de pouvoir fonctionner normalement. Ensuite, depuis le décret du 28 décembre 2022 (en vigueur jusqu'au 31 déc. 2024), le code autorise la conclusion de gré à gré de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 100.000 €HT ou de lots portant sur des travaux dont le montant est inférieur à un tel montant, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.

En second lieu, après y avoir été habilité par la loi n° 2023-656 du 25 juillet 2023, le gouvernement a adopté l'ordonnance précitée du 26 juillet qui a introduit trois assouplissements au droit de la commande publique. D'abord, une possibilité de conclure des marchés de travaux

sans publicité préalable lorsque leur montant est inférieur à 1.500.000 €HT ou pour les lots dont le montant est inférieur à 1.000.000 €HT, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots. L'acheteur devra néanmoins, dans le but de respecter les principes fondamentaux de la commande publique et l'exigence de bon usage des deniers publics, mettre en place une mise en concurrence minimale pouvant prendre la forme de l'envoi d'un devis adressé à au moins deux entreprises. Ensuite, elle a introduit une possibilité de déroger à l'obligation d'allotissement : un acheteur pourra ainsi conclure un marché de reconstruction ou de réhabilitation d'un équipement public ou d'un bâtiment affecté par les émeutes en un lot unique, sans avoir à justifier qu'il se trouve dans une des situations prévues à l'article L. 2113-11 CCP (impossibilité d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, hypothèse où la dévolution en lots séparés restreindrait la concurrence ou risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations). Ce dispositif permettra par exemple, pour des travaux portant sur un bâtiment, d'attribuer à une entreprise générale de construction un marché unique englobant des travaux de maçonnerie, d'électricité, de plomberie, de charpente, de peinture, de revêtements de sols, de menuiserie. Enfin, l'ordonnance a introduit la possibilité de conclure un marché de conception-réalisation sans condition, quel que soit le montant du marché, pour la reconstruction ou la réhabilitation d'un équipement public ou d'un bâtiment affecté par les émeutes, par dérogation à l'article L.2431-1 du CCP qui impose en principe que les missions de conception soient assurées par un maître d'œuvre et séparées des missions d'exécution des travaux. Ces dispositifs sont toutefois limités à la fois dans leur champ d'application temporel (ils ne sont applicables qu'aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de publicité est envoyé à la publication entre le 28 juillet 2023 et le 28 avril 2024 inclus) et matériel (ils ne sont applicables qu'aux marchés ayant pour objet la reconstruction ou à la réfection des équipements publics, tels que la voirie, les réseaux, les abribus, les équipements sportifs ou culturels) et des bâtiments affectés par des dégradations ou destructions liées aux troubles à l'ordre et à la sécurité publics survenus entre le 27 juin et le 5 juillet 2023).

18. De tels dispositifs temporaires se justifient pour des crises dont la durée est limitée dans le temps. Pour d'autres qui s'inscrivent dans la durée à l'instar de la crise climatique, il a fallu et il faudra encore sans doute adapter le droit commun.

C'est ainsi que, par exemple, dans le but de lutter contre le changement climatique et la crise énergétique, la loi n° 2023-22 du 30 mars 2023 a créé, à titre expérimental pour l'instant (5 ans), une nouvelle forme de contrat de performance énergétique, autorisant le paiement différé pour les personnes publiques auxquelles celui-ci est en principe interdit. Ce contrat hybride, dérogoratoire au droit commun de la commande publique, fondé sur un marché global à financement privé, comporte des caractéristiques originales mais emprunte certains éléments au régime des marchés de partenariat destinées à permettre de faciliter le préfinancement externe (« tiers financement ») des opérations de rénovation énergétique publiques.

19. En guise de conclusion, on peut se demander ce qu'il reste de ce « droit de la crise ». Il en reste du droit commun comme en témoigne la loi du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique* dite loi ASAP qui a inséré dans le code de la commande publique des dispositions spécifiques applicables en cas de circonstances exceptionnelles, relatives aux modalités de la consultation, à la prolongation par avenant des contrats qui arrivent à échéance pendant la période de circonstances exceptionnelles, à la prolongation des délais d'exécution ou à l'inapplicabilité des sanctions contractuelles. Comme le droit de l'état d'urgence sécuritaire qui a, en son temps, été pérennisé et codifié dans le code pénal, le droit de la commande publique de l'état d'urgence sanitaire a été partiellement pérennisé et codifié dans le CCP. Le droit de la crise est ainsi devenu le nouveau droit commun, à l'instar des crises qui se succèdent et deviennent ainsi structurelles. □