

The Legal 500

Sujet d'actualité : les marchés publics

Comment les marchés publics français font face à la crise du Covid-19 et se tournent maintenant vers un avenir prometteur

Cabinet contributeur

Bignon Lebray

Sébastien Pinot

Associé, responsable du Département de Droit Administratif | spinot@bignonlebray.com

En France, la commande publique représente chaque année plus de 10% du produit intérieur brut et s'élève à environ 200 Mds €. Elle est donc essentielle pour l'économie française et un facteur clé pour le gouvernement pour (re)relancer l'économie.

Les opérateurs potentiels et actuels du secteur public, qu'ils soient locaux ou basés à l'étranger, continuent donc à bénéficier d'opportunités d'affaires à travers les marchés publics français pendant la crise Covid-19, d'autant plus que le lancement de nouveaux contrats est adapté (1) et que les titulaires de contrats actuels sont protégés par des outils juridiques. La crise Covid-19 a également révélé la nécessité d'adapter la réglementation des marchés publics sur le long terme (2).

1. Adaptation des appels d'offres des marchés publics

Afin de permettre aux acheteurs publics de faire face à la crise du Covid-19, de mieux organiser la mise en concurrence des marchés publics et ainsi d'offrir aux opérateurs des opportunités commerciales supplémentaires, le gouvernement a promulgué une ordonnance le 25 mars 2020, quelques jours après le premier confinement en raison du Covid-19.

De plus, le 7 décembre 2020, une nouvelle loi, désormais communément appelée "loi ASAP" a été promulguée, et prévoit notamment que les acheteurs publics puissent exécuter un contrat de marché public sans avoir recours à un appel d'offres pour les contrats de travaux publics en dessous d'un seuil de 100.000 €, alors que ce seuil était fixé à 40.000 € avant la crise du Covid-19 (Art.142) ; l'utilisation de cette exception sera possible jusqu'au 31 décembre 2022.

Plus important encore, les acheteurs publics pourront passer un contrat de marché public sans avoir recours à un appel d'offres si le contrat est fondé sur un motif d'intérêt général (article 131).

Cette nouvelle possibilité s'applique quelle que soit la valeur du contrat et n'est pas limitée dans le temps. Elle vise à mettre en œuvre les conclusions du Conseil de l'Union européenne en date du 30 novembre 2020, ayant souligné que les marchés publics sont un outil essentiel en faveur des investissements publics nécessaires à la relance de l'économie européenne et à la création d'emplois.

Le Conseil de l'Union européenne a demandé à la Commission européenne et aux États membres "d'identifier des mesures supplémentaires pour réduire la charge bureaucratique et les coûts de mise en conformité, et pour réduire également les contraintes procédurales pesant sur les acheteurs publics aux fins de simplification et d'amélioration de l'investissement public."

Le gouvernement ne devra pas prendre de décret afin de préciser le contenu de cette exception d'intérêt général dans le cadre des marchés publics.

En outre, la question se pose de savoir si la directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 relative aux marchés publics, qui contient les principes fondamentaux applicables à tous les États membres, devra être adaptée à cet égard, car elle ne prévoit pas en soi la possibilité d'éviter un processus d'appel d'offres pour des raisons d'intérêt général.

2. Adaptation de l'exécution des marchés publics

Les opérateurs sont protégés depuis longtemps par les principes juridiques relatifs à la force majeure et à l'imprévision. Ces principes sont fondés sur les principes de la jurisprudence administrative française, qui ont été stabilisés en 1916 sur la base d'un arrêt important du Conseil d'État (30 mars 1916, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*). Une réglementation spécifique n'est pas nécessaire pour appliquer ces principes.

Pour qu'un événement soit considéré comme un cas de force majeure, il doit être imprévisible, extérieur à chacune des parties et irrésistible. Si ces conditions sont cumulativement réunies, l'opérateur est dispensé de son obligation d'exécuter le contrat ; toutefois, ce dernier n'est pas en principe indemnisé, sauf clauses contraires figurant dans le contrat.

L'imprévision constitue également un événement imprévisible, extérieur aux parties mais non irrésistible en ce sens qu'elle ne fait pas totalement obstacle à l'exécution du contrat. Dans ce cas, et sauf si l'acheteur public résilie le contrat, l'opérateur est tenu d'exécuter le contrat. S'il subit des coûts supplémentaires, ceux-ci sont supportés par l'acheteur public jusqu'à hauteur de 90%.

Avant même que le confinement du 16 mars 2020 ne soit ordonné, le ministre français de l'économie a déclaré que la crise du Covid-19 remplissait deux des critères relatifs aux cas de force majeure et de *hardship* : imprévisibilité et extériorité. La question de savoir si le Covid-19 a totalement empêché l'exécution d'un contrat ou rendu cette exécution plus difficile et plus coûteuse pour l'opérateur doit être appréciée au cas par cas.

Quelques jours après le confinement du 16 mars, et parmi une série de textes réglementaires promulgués le 25 mars 2020, une ordonnance n°2020-319 relative aux marchés publics a prévu des principes visant à rassurer les acheteurs publics et les opérateurs et à leur permettre d'avoir plus de visibilité sur les conséquences contractuelles de la crise du Covid-19.

À cet égard, elle prévoyait la possibilité de prolonger la durée des contrats, la possibilité pour les opérateurs d'obtenir un montant d'avances plus élevé que celui qui leur est habituellement accordé, ainsi que d'autres mesures telles que la possibilité de geler temporairement l'exécution du contrat, d'exonérer les opérateurs de pénalités de retard, etc.

L'article 132 de la loi ASAP donne des outils aux acheteurs publics et aux opérateurs afin qu'ils puissent faire face dès à présent et de manière plus efficace à des circonstances exceptionnelles sur le long terme.

Ces outils s'inspirent des mécanismes mis en place par l'ordonnance du 25 mars pour faire face à la crise du Covid-19 et qui sont en quelque sorte pérennisés afin d'affronter d'autres crises majeures qui pourraient se produire à l'avenir.

Ainsi, les opérateurs sont susceptibles de se voir accorder plus de visibilité et de stabilité quant aux conséquences d'une crise majeure sur l'exécution de leur contrat.

Le 3 septembre 2020, le gouvernement français a lancé un plan de relance massif et historique de 100 Mds € pour stimuler l'économie et dessiner l'avenir de la France. Un tiers de ce montant de 100 Mds € est dédié au financement de la transition écologique.

Plus généralement, les actions découlant de ce plan doivent être élaborées et mises en œuvre en poursuivant un seul objectif : faire de la France la première économie décarbonée d'Europe et atteindre la neutralité carbone d'ici 2050 grâce, par exemple, à la décarbonation de

l'industrie et de l'agriculture, au bonus écologique et à la rénovation thermique de l'immobilier des acheteurs publics.

Cela offre de grandes opportunités aux opérateurs de marchés publics et de concessions de service public basés en France et à l'étranger, qui bénéficieront désormais de processus d'appels d'offres encore plus efficaces et stables, même en cas de crise sanitaire extrême.

Contributeur

Sébastien Pinot

Associé, responsable du Département de Droit Administratif spinot@bignonlebray.com

