



Accueil > Actualités > Info du jour > Interview : « La commande...

Interview : « La commande publique devra changer de cadre de référence »

le 07/04/2020 | Commenter | Ajouter aux favoris

Le dispositif "urgence commande publique" est en place. **Nicolas Charrel a bien voulu répondre à cette question : « que vaut-il » ? Une interview que l'avocat souhaite débiter en citant Jacques Prévert : « Le désordre des êtres est dans l'ordre des choses ». Mais il considère que globalement, le défi, considérable, a été relevé avec succès.**



Paraphrasant Jacques Prévert, Nicolas Charrel considère que le désordre des textes est dans l'ordre des choses aussi, dans ce contexte. Et s'agissant de la loi, il se réfère aussi à Aristote (citation ci-après), qui expliquait, il y a plus de 2000 ans, que le législateur ne peut tout prévoir... Le constat est là, considère l'avocat : « nous ne disposons d'aucun dispositif juridique prêt pour faire face à une crise sanitaire d'une telle ampleur désormais juridiquement qualifiée d'état d'urgence sanitaire avec la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Ce qui explique la déconvenue initiale ». Il a donc fallu, notamment en matière de commande publique, "entrer dans le dur" pour gérer immédiatement la situation.

La méthode suivie par le Gouvernement était-elle la bonne ?

Nicolas Charrel - Il faut reconnaître le travail énorme accompli par le "jurislateur" pour mettre en place le dispositif. Il a dû partir du "système D" pour parvenir à un cadre de référence, un état de droit qui continue à garantir les libertés.

Cela étant, on aurait pu avoir une autre approche, en partant du principe selon lequel "tout ce qui n'est pas interdit est autorisé". C'est la position d'Alain Lambert (NDLR : relire « Les vendanges de la crise »), qui considère qu'à force de produire du droit, on finit par perdre le sens. Ainsi, on aurait pu, dans le cadre de la loi "Urgence sanitaire", par exemple, disposer que "tous les délais sont prorogés, quels qu'ils soient".

Fallait-il alors adopter autant de mesures ?

Nicolas Charrel - Le dispositif est à plusieurs étages : une loi, rapidement adoptée, permet l'adoption d'ordonnances. Puis, cinquante-deux ordonnances sont annoncées. Le troisième temps sera celui de la mise en œuvre et l'interprétation des textes, de façon la plus pragmatique possible.

S'agissant de commande publique, on peut citer les dispositions de l'ordonnance qui permettent de procéder au règlement des marchés à prix forfaitaire, même si le service n'est pas fait. Sa rédaction est ambiguë : soit on considère qu'il faut continuer à appliquer les dispositions contractuelles et donc on ne déroge pas à la règle du service fait ; soit on considère que le législateur a voulu y déroger au principe, que le versement doit continuer indépendamment de l'effectivité du service fait et que, ultérieurement, un décompte des prestations réellement réalisées sera effectué, avec un titre exécutoire. Cette dernière interprétation de dérogation à la règle du service fait est bien celle développée par la DAJ dans sa dernière fiche de questions-réponses.

Y a-t-il des secteurs d'activité pour lesquels le dispositif juridique mis en place se révèle insuffisant ?

Nicolas Charrel - Encore une fois, il faut saluer le travail accompli. Bien sûr, certaines interrogations sont partagées, par exemple, sur la problématique des référés précontractuels. Les rédacteurs de la loi d'urgence sanitaire n'étaient certainement pas dans une logique "contentieuse". Toutes les hypothèses n'ont pu être envisagées, mais on pourrait considérer que 90 % des cas sont gérables avec ces textes. Prenons exemple des dispositions sur les reports de délais de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 (art. 2) : en une seule phrase, toutes les hypothèses d'entrée et de sortie sont prévues.

“ Toutes les hypothèses n'ont pu être envisagées, mais 90 % des cas sont gérables avec ces textes ”

Il y aura probablement des interprétations contradictoires et au fil des jours, de nouvelles questions vont apparaître. Certes, on découvrira des manques. Prenons un exemple : l'ordonnance n° 2020-381 du 18 avril 2020 donne plein pouvoirs aux maires (art. 1^{er}-I) sur le fondement des attributions mentionnées à l'article L. 2122-22 du CGCT (relire "Commande publique... les pleins pouvoirs au maire I") et notamment le pouvoir de transiger à hauteur de 1 000 euros pour les communes de moins de 50 000 habitants et à hauteur de 5 000 euros au-dessus de 50 000 habitants. La plupart des transactions en marchés publics seront impossibles sans intervention de l'assemblée délibérante... alors que c'est possible pour les présidents d'EPCI qui se voient déléguer l'ensemble des organes délibérant à l'exception des décisions majeures visées de l'alinéa 7 à 13 de l'article L. 5211-10 (art. 1^{er}-II de l'ordonnance)...

Mais, encore une fois, le résultat est là : nous avons des textes généraux, qui ont su prendre une certaine hauteur. Ils posent le principe de la situation de crise avec l'état d'urgence sanitaire et mettent en place un cadre général de régime d'exception. Ils devraient permettre de répondre à une majorité de situations pratiques auxquelles chacun doit faire face, dans tous les domaines.

Faut-il craindre une vague contentieuse d'ici quelques mois ?

Nicolas Charrel - C'est probable. Pas tant à l'échelle du contrôle de légalité et de "régularité administrative", car les ordonnances règlent beaucoup de questions à ce niveau. Ce seront plutôt des contentieux de "fond", sur l'appréciation des faits.

Les volets exécution et indemnisation pourraient être fournis, par exemple, en matière de travaux, avec les questionnements sur la reprise des chantiers. Et ce malgré les différents guides qui ont pour vocation de tenter de résoudre de nombreuses questions (guide OPP-BTP, le « guide technique national de bonnes pratiques de suspension, interruption, arrêt & reprise des activités de chantier élaboré dans le cadre d'un large partenariat de maîtres d'ouvrage, de maîtres d'œuvre, CSPS, entreprises du secteur de bâtiment - NDLR : lire " Covid-19 et chantiers... Le BTP prend l'initiative "). On y perçoit parfois la tentative de rebasculer la responsabilité sur la maîtrise d'ouvrage, alors que la responsabilité du personnel relève bien de l'entreprise... et avec des postulats de l'existence d'un nombre suffisant de masques de protection et de gel, ce qui ne sera pas nécessairement le cas partout.

Il pourrait aussi naître un contentieux sur des aides de collectivités à des entreprises, dont la légalité pourrait être mise en doute, compte tenu d'un risque de requalification d'aides d'état...

Ce qui est certain, c'est que le Conseil d'Etat sera amené à réexaminer sa jurisprudence, assez ancienne, sur les circonstances exceptionnelles. Il faudra probablement changer de cadre de référence pour les apprécier. Cela étant, à n'en pas douter, le recours à la médiation devrait aussi s'accroître. Il y a fort à parier que la négociation d'avenant de sortie de crise va se systématiser. Compte tenu des circonstances exceptionnelles, il y aura certainement une volonté d'éviter ou de sortir rapidement des litiges, ne serait-ce que pour des raisons économiques.

“ Compte tenu des circonstances exceptionnelles, il y aura certainement une volonté d'éviter ou de sortir rapidement des litiges, ne serait-ce que pour des raisons économiques. ”

“ Le Conseil d'Etat sera amené à réexaminer sa jurisprudence, assez ancienne, sur les circonstances exceptionnelles. ”

Certaines dispositions « urgence-covid » intégreront-elles définitivement le corpus juridique « normal » ?

Nicolas Charrel - Tout le monde ne partage pas cette opinion, mais selon moi, certaines dispositions d'urgence ont vocation à rester dans notre corpus juridique, parce que "mobilisables" en cas de nouvelles crises. Le dispositif "Etat d'urgence sanitaire" ne pourra pas être supprimé. Il sera "enclenchable" en cas de besoin, sans avoir à attendre plusieurs semaines pour mettre en place des mesures juridiques palliatives. Autrement dit, nous serons ainsi en mesure de mettre en vigueur des dispositifs de gestion, certes "dégradés", mais de gestion nécessaire. Je pense notamment à l'ordonnance attribuant de plein droit les pouvoirs au maire (précitée).

“ Le dispositif "Etat d'urgence sanitaire" ne pourra pas être supprimé. Il sera "enclenchable" en cas de besoin. ”

La crise sanitaire amènera-t-elle d'autres évolutions de la commande publique ?

Nicolas Charrel - Sans aucun doute. Certaines pratiques seront cristallisées dans le droit. Par exemple, les appels d'offres seront peut-être plus exigeants en matière de plan de continuité des activités. Les logiques d'achat seront certainement plus attentives à l'enjeu de la gestion des stocks : la politique "zéro stock" sera sans doute réinterrogée. En clair, toute une nouvelle littérature juridique et contractuelle devrait apparaître pour créer de nouveaux référentiels. Pensons aussi à l'achat public local, les circuits courts, l'achat responsable... le droit européen devra sans doute s'assouplir, dépasser le débat manichéen sur le respect de la libre concurrence : le localisme ne sera peut-être plus perçu comme une mesure protectionniste en vue de favoriser des acteurs locaux. Manifestement, il y a des éléments stratégiques à apprécier dans l'achat local. Le droit européen devra aussi savoir se réinterroger...

“ Le droit européen devra sans doute s'assouplir et dépasser le débat manichéen sur le respect de la libre concurrence ”

Quelle est la grande leçon à tirer de la crise ?

Nicolas Charrel - La crise montre qu'un dispositif global de gestion de crise nous manque. Elle nous oblige donc à nous poser, quasi philosophiquement, la question du cadre de référence juridique, pour ne pas "sur-jouer" sur la norme.

Nous devons nous détacher d'une économie de gestion, pour nous orienter vers une économie de prévision... Définir un droit capable d'absorber les situations de crise et, s'agissant de l'achat public, un droit plus orienté vers l'enjeu de l'approvisionnement. Un dispositif « alternatif » à disposition pour donner les moyens à toutes les autorités, quel que soit leur niveau, de gérer une crise.

“ Nous devons définir un achat public orienté vers l'approvisionnement et un dispositif « alternatif » à même de donner les moyens à toutes les autorités, quel que soit leur niveau, de gérer une crise. ”

Si on pousse un peu la réflexion, on constate que l'article 16 de la Constitution organise un mode de gestion de crise pour un Etat très concentré ; on ne disposait pas d'un outil de ce type adapté à la décentralisation et dédié à l'exercice de réponses pragmatiques, rapides et efficaces à l'échelon local.

NDLR : Citation Aristote (Ethique à Nicomaque), livre V, chapitre 14
« Dans les matières, donc, où on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses puisque par essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité. Quand par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle, on doit alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'ouït dis le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question »

© achatpublic.info

Commenter | Ajouter aux favoris | Share | Tweet

Lire d'autres articles

[Tribune] Les vendanges de la crise (Alain Lambert)	02/04/2020
Ordonnance Commande... (Rédaction)	03/04/2020
En période de crise, les marchés... (Aude Camus)	06/04/2020
La DAJ accompagne les acheteurs... (Aude Camus)	02/04/2020
Ordonnance "Covid-19" (Rédaction)	31/03/2020
[TV express]... (Rédaction)	26/03/2020

Vous cherchez un profil marchés publics ?

DÉPOSEZ VOTRE OFFRE

Offres d'emploi

[07/04] – Responsable mutualisé(e) du service commande publique (h/f)

[03/04] – Juriste spécialisé(e) dans les marchés publics (h/f)

[01/04] – Responsable du services Commande Publique / Achats / Assurances (h/f)

Les plus lus

- 1 - Covid-19 et marchés publics...
- 2 - Covid-19 : découvrez le...
- 3 - Un nouveau guide pour...
- 4 - Covid-19 : la commande...
- 5 - Covid-19 et marchés : ...

Nouveaux documents

Les derniers documents de la documentation :

[06/04] – CE 4 avril 2020, CHU Guadeloupe - Ministère de la Santé, ord. n° 439904 et 439905

[06/04] – Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19

[06/04] – TUE 5 mars 2020 HB