



Nouméa, le 31 mai 2024

SECURISATION DES MARCHES PUBLICS IMPACTES PAR LES EVENEMENTS DE MAI 2024 EN NC

Mise à jour du 31 mai 2024

Lors de sa séance du 29 mai 2024, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a adopté un projet de délibération portant mesures exceptionnelles dans le contexte de la crise de mai 2024.

Ce projet, accompagné du rapport de présentation (en PJ de notre mail accompagnant le présent mémo), a été remis au congrès le 30 mai et suivra la procédure d'adoption vraisemblablement en urgence.

Le projet de délibération prévoit, comme en leur temps les délibérations votées dans le cadre de la pandémie de COVID-19, un certain nombre de mesures dans diverses matières.

Ces mesures sont décryptées et commentées par le Cabinet D&S LEGAL dans des communications dédiées.

En ce qui concerne les contrats et marchés publics (articles 9 à 11), il convient, à ce stade (avant examen et vote du congrès), de retenir ce qui suit.

1. Champ d'application matériel

Le projet de délibération vise les marchés publics passés en application de la délibération n° 424 du 20 mars 2019.

Elle porte également sur les délégations de service public et les « contrats publics » tels que les conventions d'occupation du domaine public.

La délibération ne concerne que les contrats et marchés publics passés par les institutions et collectivités locales (Nouvelle-Calédonie, provinces, communes et leurs établissements publics) et non ceux passés par l'État.

2. Champ d'application temporel

Le mécanisme général, très inspiré de celui mis en place à l'occasion de la pandémie de COVID-19, consiste à instituer une période juridiquement protégée.

Le projet prévoit un point de départ fixé au 13 mai 2024 et une durée maximale de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la délibération (après le vote du congrès).

Le gouvernement conserverait la compétence pour fixer la date de fin de cette période juridiquement protégée, dans le respect de cette limite de deux mois.

Exemple : si la délibération est votée le 10 juin 2024 et publiée au JONC le 11 juin 2024, la période juridiquement protégée commencera le 13 mai 2024 et courra au maximum jusqu'au 11 août 2024, le gouvernement pouvant y mettre un terme avant cette date limite.

3. Les principales mesures du projet en matière de contrats et marchés publics

L'**article 9** aménage les mesures de mise en concurrence préalables à l'attribution des marchés publics en prévoyant, sauf pour les marchés présentant un caractère d'urgence impérieuse, **la suspension des délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours**, sur décision motivée de l'acheteur public, pendant la période juridiquement protégée.

Il ajoute que l'acheteur public peut modifier les modalités de mise en concurrence en cours de procédure.

L'**article 10** prévoit une **faculté de prolongation des contrats arrivant à échéance pendant la période juridiquement protégée**, dans la limite d'une durée de 6 mois au-delà de la fin de la période protégée et à la condition que l'acheteur ne soit pas en mesure d'organiser une procédure de mise en concurrence.

L'**article 11** pose une série de **mesures supplétives** (applicables sauf clauses plus favorables pour les entreprises) :

- Les stipulations relatives aux avances peuvent être modifiées en cours d'exécution du contrat ;
- La durée du contrat peut être prolongée pour une durée égale à celle de la période juridiquement protégée, si le titulaire en fait la demande avant la fin de ladite période ;
- Les entreprises se trouvant dans l'impossibilité d'exécuter leur contrat, ou pour lesquelles cette exécution entraînerait une charge manifestement excessive, sont exonérées de pénalités de retard. L'acheteur peut de son côté confier l'exécution des prestations à un autre opérateur.
- En cas d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation d'un contrat, le titulaire peut être indemnisé à hauteur des dépenses engagées pour l'exécution du bon ou du contrat ;
- En présence d'un marché à prix forfaitaire suspendu, l'acheteur peut régler le titulaire sur la base des prix prévus au marché. Dans un second temps, un avenant

peut modifier le marché en vue de sa reprise ou acter sa résiliation, réglant alors les comptes entre les parties.

- En présence d'une délégation de service public, l'autorité délégante peut prononcer la suspension du contrat et le délégataire peut éventuellement prétendre au versement d'une avance.

4. Les principales questions posées par le projet

L'article 9 suscite une interrogation quant aux critères que les acheteurs publics doivent respecter pour arbitrer entre une déclaration sans suite de mise en concurrence et une modification de celle-ci. L'on sait que la modification des éléments substantiels du marché est très encadrée et même généralement prohibée une fois la procédure lancée. Le dispositif paraît insuffisamment détaillé et surtout ne privilégie pas une véritable stratégie de relance globale et coordonnée des marchés.

L'article 10 semble être vu exclusivement sous le prisme des marchés publics et mériterait d'être explicité sur les critères permettant à l'acheteur public de justifier de l'impossibilité d'engager une procédure de mise en concurrence (faute de candidats ? en raison de difficultés au niveau de l'acheteur ?) ainsi que sur son application aux contrats non soumis à une telle procédure (conventions domaniales par exemple).

L'article 11 déroule une série de mesures déclinant la théorie de l'imprévision sous plusieurs axes (prolongation ou modification des contrats, pénalités de retard...). Cela étant, hormis l'exonération de pénalités pour des entreprises qui parviendront à apporter la preuve d'une impossibilité d'exécution ou d'une charge excessive pour poursuivre l'exécution du contrat, les mesures sont laissées à l'appréciation des acheteurs publics et ne sont pas accompagnées de directives ou d'incitations particulières à l'attention de ces derniers.

Au final et tel qu'il se présente, le projet de délibération fournit quelques mécanismes nécessaires sans garantir leur application effective.

L'on reste donc dans le registre de la boîte à outils contractuels utilisable en présence d'une situation d'imprévision ou de force majeure sans réelle innovation juridique ni mesure structurelle de soutien à l'économie.

Ces projets de mesures **ne remettent pas en cause l'importance, pour les entreprises, d'évaluer elles-mêmes la situation et de mettre en place une stratégie dès maintenant.**

Nous ne manquerons pas de vous tenir informés du cheminement du projet de délibération vers son vote et son entrée en vigueur, ainsi que des mesures prises par l'Etat dans le champ de ses compétences.

Et nous adressons cette note à la CCI et au MEDEF, actuellement particulièrement impliqués dans les discussions avec les autorités quant à l'adaptation des règles juridiques au contexte que nous connaissons actuellement en Nouvelle-Calédonie.

En parallèle, notre cabinet, D&S LEGAL, accompagné au besoin de renforts spécialisés dans ces domaines venant du cabinet OVEREED AARPI, se tient à votre disposition.