



Nouméa, le 29 mai 2024

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

Les troubles à l'ordre public survenus à compter du 13 mai 2024 en Nouvelle-Calédonie ont des incidences substantielles sur les marchés publics.

Si les émeutes sont reconnues comme un cas de force majeure dans le domaine contractuel, les marchés publics en cours d'exécution ne sont pas suspendus de plein droit, ce qui génère des préoccupations importantes de responsabilité.

Plus largement, qu'il s'agisse de l'inaccessibilité de certains chantiers, de dégradations, de vols ou plus généralement de l'impossibilité pour les intervenants de mobiliser du personnel, la vie des marchés publics de travaux, de fournitures et de services s'est trouvée bouleversée.

Les entrepreneurs doivent prendre les décisions et engager les démarches qui s'imposent pour sécuriser leur position sur les plans juridique, technique et financier ainsi que, dans la mesure du possible, anticiper la relance des projets puis la reprise de la commande publique nécessaire à la reconstruction des infrastructures et ouvrages publics.

La présente fiche technique aborde les principaux thèmes et réflexes à maîtriser pour procéder aux arbitrages les plus efficaces – le cas des marchés publics de travaux sera principalement visé, mais les mêmes préoccupations existent concernant les autres types de marchés.

## 1. Sécuriser le présent

La première question que doit se poser le titulaire d'un marché public, qu'il s'agisse d'un marché relevant de la délibération n° 424 ou du Code de la Commande Publique, est celle de la **sécurisation immédiate de sa position**.

En effet, par elle-même, la survenance d'un cas de force majeure ne suspendant pas l'exécution du marché, il est nécessaire en présence d'un impact des émeutes sur l'exécution du marché de notifier au maître d'ouvrage (MOA) et au maître d'œuvre (MOE) une demande d'ordre de service (OS) d'arrêt de chantier et d'organisation, dès que les circonstances le permettront, d'une constatation contradictoire du chantier, le cas échéant en présence d'un bureau de contrôle ou d'un expert technique.

La demande d'OS d'arrêt de chantier sera motivée aussi précisément que possible par l'impact des émeutes sur l'exécution du marché.

Sont tout aussi importantes les questions portant sur :

- La garde du chantier et/ou des approvisionnements : le titulaire du marché assume notamment la garde du chantier jusqu'à ce que la réception des travaux soit prononcée et transfère les risques au MOA. La survenance d'émeutes ne suspend pas automatiquement cette responsabilité, sauf clause expresse dans le CCAP.
- Les mesures conservatoires qui s'imposeraient dans l'attente d'une reprise éventuelle des travaux : en présence d'un chantier se trouvant à un stade critique lors de la survenance des émeutes, le titulaire du marché est tenu, au titre de son obligation de conseil, d'informer le MOA et le MOE des mesures techniques de sécurisation à prendre pour minimiser les risques liés à une mise à l'arrêt du chantier et, le cas échéant, à des dégradations.

Ces deux sujets majeurs impliquent également pour le titulaire de notifier des écrits au MOA et au MOE dans les meilleurs délais et sans attendre la tenue des constatations contradictoires.

Sur le plan financier, la situation n'induit pas de reporter le dépôt des situations d'avril.

En revanche, doit être immédiatement sollicitée l'exonération totale de pénalités liées aux émeutes et à leurs conséquences sur le marché.

## 2. Anticiper les prochaines étapes

Schématiquement, quatre hypothèses principales sont à envisager en fonction de l'impact des circonstances sur un marché et sur l'entreprise en général :

- **La poursuite de l'opération avec modification du marché** (aménagement des délais, modifications financières et techniques) sur le terrain de l'imprévision.
- **La poursuite de l'opération avec conclusion d'un marché complémentaire de service ou de travaux** dispensé de publicité et de mise en concurrence préalable.
- **La résiliation du marché pour force majeure**, qui peut être demandée par les deux parties.

- **La résiliation du marché par le MOA sur le terrain de l'intérêt général**, par exemple si le MOA souhaite prioriser d'autres projets et n'entend pas s'engager sur le principe d'une reprise de l'opération.

L'arbitrage entre la poursuite et la résiliation implique de savoir précisément si le marché peut être poursuivi dans des conditions, notamment financières, et un délai acceptables – avec une situation qui s'apprécie au cas par cas.

**Attention**, la modification d'un marché public demeure encadrée, même en présence de circonstances relevant de l'imprévision, si bien qu'il n'est pas question d'envisager l'organisation de la poursuite comme une simple négociation.

Quant à la résiliation pour motif d'intérêt général, elle peut donner lieu à indemnisation du titulaire du marché.

Quatre autres points méritent d'être évoqués :

- Le cas du marché notifié avant le 13 mai mais sans OS de démarrage : le chantier n'est alors pas matériellement impacté mais son titulaire peut ne plus être en situation d'exécuter le marché. Plusieurs solutions sont envisageables dans une telle hypothèse.
- La question de la coordination des actions et prises de décision en présence de groupements titulaires d'un marché public : tous les membres du groupement ne se trouvant peut-être pas dans la même situation, la prise de décision peut s'avérer plus longue.
- Le cas des sous-traitants impactés : les sous-traitants intervenant sous la responsabilité du titulaire du marché, il convient de faire un point précis sur la situation avant d'en référer au MOA et au MOE.
- La possibilité, dans certains cas, pour le titulaire du marché d'être indemnisé pour les charges supplémentaires (pertes subies), non prévues dans le contrat initial du fait de la situation imprévisible et extérieure aux parties.

### **3. Les futurs marchés**

L'Etat annonce des mesures de simplification/accélération pour la reconstruction d'ouvrages publics, y compris sur du patrimoine de la Nouvelle-Calédonie, des Provinces et des Communes.

S'il peut intervenir sur la réglementation applicable aux marchés de l'Etat et de ses établissements publics, son ingérence en matière de passation des marchés locaux n'est pas évidente.

Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie aurait tout intérêt à édicter un régime temporaire de simplification et d'accélération, qui d'ailleurs viendrait dans le prolongement de la délibération n° 398 du 3 avril 2024 portant mesures exceptionnelles et temporaires en matière de commande publique.

Quoiqu'il en soit, il n'en va de l'intérêt de personne que la commande publique, en tant que levier de reconstruction et de relance économique, intervienne dans un cadre excessivement déréglementé.

D'une part, il faut rappeler qu'il existe des principes généraux applicables même en période de crise et que le droit des marchés publics comporte un volet pénal (favoritisme notamment).

C'est pourquoi le recours à la notion d'urgence impérieuse qui allège très significativement la passation des marchés nous paraît devoir être maniée avec beaucoup de précaution.

D'autre part, considérant la multiplicité de situations chez les MOA et les entreprises en termes de préjudices causés par les émeutes, il semble important d'effectuer un bilan global ainsi qu'une concertation préalablement au lancement de plans de relance.

\* \* \*

Notre cabinet, D&S LEGAL, accompagné au besoin de renforts spécialisés dans ces domaines venant du cabinet OVEREED AARPI, se tient à votre disposition pour toute assistance juridique et stratégique en matière de marchés publics, en cette période bien particulière.