

RENFORCEMENT DES DISPOSITIFS DE SECURITE DANS LE CADRE DE L'ETAT D'URGENCE- APPLICATION DE L'ARTICLE 35 II 1°

QUESTION

A la suite des évènements survenus le 13 novembre 2015 en Ile-de-France, dans quelles mesures est-il possible de recourir à l'article 35 II 1° du code des marchés publics pour passer des marchés de gré à gré afin de renforcer certaines mesures de sécurité dans les lieux pouvant présenter un risque pour le public ?

RÉPONSE

Le 1° du II de l'article 35 du code des marchés publics prévoit que peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence « *les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. (...) Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence* ».

Au regard des dérogations aux principes de la commande publique qu'une telle procédure implique, l'application de cet article doit demeurer exceptionnelle. Trois conditions, rappelées par la Commission européenne¹, doivent être réunies pour en justifier la mise en œuvre. L'urgence impérieuse doit résulter d'évènements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur. Elle doit également rendre impossible le respect des délais exigés par les autres procédures. Enfin, il doit exister un lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse.

Ces conditions sont d'interprétation stricte et le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier son choix de recourir à l'article 35 II 1°.

- **La survenance d'actes terroristes de l'ampleur de ceux du 13 novembre constitue une circonstance imprévisible.**

Les circonstances à l'origine de l'urgence impérieuse doivent avoir été imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et ne doivent en aucun cas lui être imputables ([CJUE, 14 septembre 2004, Commission c/ Italie, Aff. C-385/02, point 26](#)). A la différence des circonstances imprévues², qui excèdent seulement les vicissitudes de la vie économique, les circonstances imprévisibles sont de celles qui déjouent toutes les prévisions ([Rép. min. n° 87442, JOAN, 23 novembre 2010](#)). Le Conseil d'Etat a ainsi refusé de qualifier d'évènement imprévisible le passage d'une dépression tropicale dans une zone à risque ([CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, n° 117717](#)). A l'inverse, une catastrophe naturelle, telle que la tempête Xynthia relève des circonstances imprévisibles au sens de l'article 35 II 1°³. Une telle qualification a également été retenue pour des intempéries, à la suite desquelles un arrêté de catastrophe naturelle a été pris et qui ont entraîné des dégâts importants nécessitant des travaux urgents afin de prévenir l'aggravation

¹ Dans sa communication au Parlement européen et au Conseil relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile datée du 9 septembre 2015, p.7. Ces conditions avaient déjà été posées dans l'arrêt de la CJUE datée du 18 novembre 2004, *Commission c/ Allemagne* (C-126/03, point 23).

² Telles qu'envisagées par exemple à l'article 35 II 5° relatif aux marchés complémentaires.

³ Cf point 1.2.1 de la fiche technique de la DAJ « *Les marchés négociés de l'article 35* » et point 2.2.1 de la fiche technique « *L'urgence dans les marchés publics* ».

des risques pour la sécurité des personnes et des biens, dans la perspective de nouvelles intempéries ([CAA Marseille, 12 mars 2007, Commune de Bollène, n° 04MA00643](#)).

Quand bien même le risque d'actes terroristes sur le sol français aurait été appréhendé par le Gouvernement, la nature des attaques du 13 novembre et l'ampleur de celles-ci, qualifiées « d'actes de guerre » par le Président de la République, déjouent toutes les prévisions. La gravité des événements, qui a entraîné la déclaration de l'état d'urgence⁴, a rendu nécessaire la mise en place de mesures de sécurité renforcées dont la nécessité n'avait pu être anticipée jusqu'à présent. En ce sens, les attaques du vendredi 13 novembre relèvent bien de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur.

- **L'existence d'une urgence impérieuse doit rendre impossible le respect des délais exigés par les autres procédures.**

Les attentats qui ont été perpétrés sur le territoire national ont rendu nécessaire la mise en place de mesures de sécurité urgentes pour faire face à d'éventuelles nouvelles attaques dont la réalisation demeure probable. L'existence d'une urgence impérieuse ne peut ainsi raisonnablement être mise en doute face à la réalité et à l'imminence du danger qu'il s'agit de prévenir. Des mesures urgentes doivent par exemple être prises pour sécuriser les bâtiments recevant du public, qui peuvent être, à tout moment, la cible de nouvelles attaques.

Pour que l'urgence impérieuse puisse être caractérisée, la passation des marchés publics nécessaires à la sécurisation des lieux publics doit s'effectuer dans les meilleurs délais. En effet, à mesure que la date des événements imprévisibles s'éloigne, la nécessité de réaliser les prestations présente de moins en moins le caractère d'urgence impérieuse.

Par ailleurs, dans la mesure où les marchés passés sur le fondement de l'article 35 II 1° répondent à un besoin immédiat, ils doivent être limités aux seules prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Enfin, l'urgence doit rendre impossible le respect des délais exigés par les autres procédures. L'article 35 II 1° ne peut ainsi être utilisé pour passer un marché dont l'urgence aurait pu être palliée par la mise en œuvre des réductions de délais de procédure que permet le code des marchés publics⁵. Une appréciation, au cas par cas, du degré d'urgence de chaque marché devra donc être effectuée afin de déterminer si une simple réduction des délais de la procédure ne suffit pas pour obtenir la prestation souhaitée dans un délai jugé utile. Si tel est le cas, le recours à l'article 35 II 1° ne pourra être justifié.

- **Le lien de causalité existant entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse doit être établi.**

L'existence d'un lien de causalité entre le risque terroriste et la nécessité de renforcer la sécurité des bâtiments recevant du public ne peut guère être contestée. Il convient, toutefois, d'apprécier pour chaque marché, au regard de son objet, s'il répond à un besoin né à la suite de la survenance des événements évoqués et dont la satisfaction relève de l'urgence impérieuse.

⁴ Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

⁵ Les articles 60 et 62 relatifs à l'appel d'offres restreint permettent de diminuer les délais minimum de réception des candidatures et des offres en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur. Le délai de réception des candidatures peut également être réduit en procédure négociée, conformément à l'article 65.