

2193

Poursuite des chantiers en période de Covid-19 : prolongation de délai, indemnisation et résiliation

Xavier HEYMANS,

avocat associé, Adamas

Laurent SERY,

avocat associé, Adamas



L'interruption des marchés à l'initiative des maîtres d'ouvrage permettra une indemnisation des entreprises et une prolongation des délais à condition que cette décision ne résulte pas d'un constat d'abandon du chantier. Les interruptions de chantier à l'initiative des entreprises amoindriront les chances d'indemnisation des entreprises au titre de la période d'interruption. Toutefois, ces dernières pourront obtenir des prolongations de délai et échapper à l'application des pénalités de retard grâce à l'application de la théorie de la force majeure et des dispositions législatives spéciales adoptées par les ordonnances prises en application de la loi dite d'urgence sanitaire. La prise en charge des surcoûts liés aux difficultés d'exécution résultant de la mise en œuvre des mesures de protection sanitaire demeure incertaine. Aucune disposition législative spéciale n'a été adoptée. La mise en œuvre des mécanismes de droit commun (pour les marchés publics : théories de l'imprévision ou des sujétions imprévues) demeure aléatoire quant au résultat. Pour les marchés privés, l'issue dépendra de la rédaction du contrat et de son interprétation sur la question de la prise en charge de cet événement imprévisible que constitue la crise sanitaire que nous traversons. Devant tant d'incertitudes, les modes de règlement amiables des litiges pourront être pertinemment utilisés. L'adage attribué à Honoré de Balzac « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » a de beaux jours devant lui.

Dès les premières mesures de restriction commandées par la crise sanitaire provoquée par la Covid-19, les organisations professionnelles du bâtiment (Capeb, FFB et FNTP) ont demandé l'arrêt provisoire des chantiers.

Le Gouvernement a reconnu que, dans certains cas, la Covid-19 pouvait être considéré comme un cas de force majeure tout en invitant les entreprises de construction à poursuivre leur activité.

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 dite « d'urgence sanitaire » a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures d'adaptation des règles d'exécution, de délais de paiement et de résiliation énoncées dans le Code de la commande publique.

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 prévoit ces adaptations – elle a été modifiée sur quelques points par l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020.

L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée notamment par les ordonnances n° 2020-427 du 15 avril 2020 et n° 2020-

560 du 13 mai 2020, comporte des dispositions qui privent d'effet les clauses pénales et les clauses résolutoires sous certaines conditions.

Le guide de l'OPPBTP publié le 2 avril 2020 et mis à jour les 10 avril et 27 mai 2020, énonce les conditions sanitaires de reprise des chantiers.

La circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 donne des instructions aux acheteurs de l'État sur la prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiments et de travaux publics.

Pendant ce temps, sur les chantiers, certains maîtres d'ouvrage ont ordonné l'interruption des chantiers (1). Certaines entreprises ont interrompu elles-mêmes l'exécution des travaux (2). Et aujourd'hui l'heure est à la reprise des chantiers dans des conditions différentes de celles qui ont prévalu lors de la conclusion des marchés (3).

Pour chacune de ces situations, qui ont pu se cumuler dans le temps (exemple : refus de l'entreprise de reprendre l'exécution des

travaux face à une demande de reprise formulée par le maître d'ouvrage qui avait précédemment interrompu le chantier), les acteurs des chantiers s'interrogent sur les éventuels droits à prolongation des délais d'exécution, les droits à indemnisation et la faculté de mettre fin au contrat. Ceci d'autant plus que les droits et obligations des parties ne sont pas les mêmes selon qu'on soit dans le cadre d'un marché privé ou d'un marché public.

1. Interruption du chantier par le maître d'ouvrage

Dans cette hypothèse, le maître d'ouvrage a expressément décidé de suspendre l'exécution du marché. Nous traiterons des marchés publics de travaux (A) avant de nous intéresser aux marchés privés de travaux (B).

A. - Les marchés publics de travaux

La décision unilatérale du maître d'ouvrage d'interrompre l'exécution du marché constitue une décision d'ajournement au sens de l'article 49.1 du CCAG Travaux (applicable en l'absence de dérogation prévue au CCAP). Cette situation est favorable à l'entreprise en raison de ses conséquences notamment indemnitaires (1°).

La suspension de l'exécution du marché à forfait par le maître d'ouvrage emporte obligation de poursuivre le règlement de celui-ci dans certaines hypothèses (2°).

La fin de l'ajournement –et donc la reprise du chantier– est décidée par décision unilatérale du maître d'ouvrage et donne lieu à la signature d'un avenant pour les marchés à prix forfaitaire (3°).

1° L'ajournement : sa mise en œuvre et ses conséquences

L'article 49.1 du CCAG Travaux énonce :

« L'ajournement des travaux peut être décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 1, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés. / Le titulaire, qui conserve la garde du chantier, a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement. / Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée suivant les modalités prévues aux articles 14.3 et 14.4 ».

Constat contradictoire. – L'ajournement donne obligatoirement lieu à un constat contradictoire dressé dans les formes requises par l'article 12 du CCAG travaux. Le maître d'œuvre organise ces constatations qui devront donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal contradictoire. En cas de carence du maître d'ouvrage et ou du maître d'œuvre, l'entreprise aura pu opportunément pallier cette carence en établissant elle-même un constat illustré de photographies, qu'elle aura adressée au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre par tout moyen conférant date certaine.

Garde du chantier indemnisée. – Conformément à l'article 31.4.1 du CCAG-Travaux, c'est le titulaire qui assure la garde de son chantier. La garde n'est, en effet, en principe transférée au maître d'ouvrage qu'après la réception. En cas d'ajournement, l'article 49.1.1 précise que le titulaire conserve la garde chantier et qu'il a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde qui est assurée dans les conditions définies par le maître d'ouvrage.

Délai d'exécution. – Le maître d'ouvrage peut décider unilatéralement une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux ou le report du début des travaux (CCAG-Travaux, art. 19.2.2).

Indemnisation généreuse des frais d'attente. – La responsabilité de plein droit du maître d'ouvrage est engagée pour le préjudice subi du fait de l'ajournement quelles que soient les raisons pour lesquelles le maître d'ouvrage a été amené à prendre la décision

d'ajournement (CAA Paris, 16 juin 2015, n° 13PA00368. – CAA Nancy, 29 mai 1997, n° 96NC02064).

Ce n'est que lorsque l'ajournement a été décidé en raison d'une faute du titulaire que le maître d'ouvrage n'est pas responsable du préjudice consécutif (CE, 21 févr. 2000, n° 187257. – CAA Nantes, 28 juill. 2015, n° 13NT01133). La faute peut être, par exemple, un abandon de chantier non justifié.

Préjudice théoriquement indemnisable : sous-amortissement des frais généraux du fait du décalage de trésorerie provoqué par l'ajournement, frais d'immobilisation du personnel qui ne peut pas être réaffecté sur d'autres chantiers (à supposer qu'il aurait pu l'être), frais de stockage de fourniture, immobilisation du matériel notamment des grues...

Avertissement : l'appréciation se fera au cas par cas au regard de la motivation de la décision d'ajournement. Une décision d'ajournement fondée sur le constat d'un abandon de chantier n'ouvrira pas les mêmes droits à indemnisation. Dans ce cas, le régime indemnitaire sera plus vraisemblablement celui de la force majeure que pourrait invoquer le titulaire (V. *infra*).

Certaines juridictions excluent même le droit à indemnisation au titre de l'ajournement lorsque celui-ci n'est pas dû à un fait imputable au maître d'ouvrage. Or, la Covid-19 et ses conséquences, ne sont pas un fait imputable au maître d'ouvrage.

D'ailleurs, la Direction des affaires juridiques des ministères Économiques et Financiers (ci-après « DAJ ») dans sa foire aux questions sur la passation et l'exécution des contrats de la commande publique en période de crise sanitaire publiée le 8 avril, limite le régime indemnitaire de l'article 49.1 à l'hypothèse où l'acheteur décide une suspension alors que le titulaire était en capacité de poursuivre l'exécution.

Résiliation. – La résiliation pour cause d'ajournement n'est possible qu'en cas d'interruption des travaux pendant plus d'une année (CCAG-Travaux, art. 49.1.2).

2° La poursuite du règlement du marché à prix forfaitaire

Malgré l'ajournement et donc l'absence de service fait, le maître d'ouvrage devra procéder sans délai au règlement du marché à prix forfaitaire selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat (Ord. n° 2020-319, 25 mars 2020, art. 6, 4°).

Compte tenu de la rédaction du texte, cette obligation de poursuivre le règlement des marchés à forfait ne semble concerner que les marchés qui prévoient expressément les dates des échéances des acomptes et leur montant.

Ainsi, « un marché de travaux stipulant que le montant des acomptes mensuels est déterminé en fonction de l'état d'avancement des travaux à chaque mois, comme le prévoit l'article 13 du CCAG travaux, ne pourra bénéficier de la poursuite des paiements. » (DAJ, foire aux questions, *préc.*)

3° La fin de l'ajournement

Les conditions de la reprise du chantier sont examinées plus bas (V. 3. Reprise du chantier). Il s'agit ici de traiter des modalités pour mettre fin à l'ajournement et clôturer cette période.

Décision unilatérale du maître d'ouvrage. – La fin de l'ajournement, et donc la reprise du chantier, est décidée de façon unilatérale par le maître d'ouvrage. Il pourra opportunément le faire dans le cadre d'un ordre de service co-signé avec le maître d'œuvre dans les conditions énoncées ci-dessous, dès lors que ce dernier joue un rôle prépondérant dans cette reprise. Cette décision ne pourra être prise que si les conditions de la reprise sont réunies et qu'après mise en œuvre des modalités de cette reprise examinées plus bas (V. 3. Reprise du chantier).

L'entreprise destinataire de cet ordre de service veillera à formuler des réserves à cette OS pour faire valoir ses demandes indemni-

taires et de prolongation des délais si un avenant traitant ces questions n'a pas été régularisé préalablement.

Régularisation d'un avenant pour les marchés à forfait. – Pour les marchés à prix forfaitaire, le 4^e de l'article 6 de l'ordonnance impose la régularisation d'un avenant qui détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur (au regard des prestations effectivement réalisées et des sommes forfaitaires versées par l'acheteur).

L'utilisation de l'impératif : « un avenant détermine », paraît exclure la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale reconnu aux personnes publiques en matière contractuelle. Toutefois, selon la DAJ, la reprise des prestations n'est pas subordonnée dans le temps à la conclusion de l'avenant. Celle-ci peut intervenir après la reprise et constater qu'elle a bien eu lieu. L'entreprise ne peut refuser de poursuivre l'exécution tant que l'avenant n'est pas signé.

Les parties peuvent décider qu'il n'y a pas lieu de conclure un tel avenant si le contrat n'a pas à être modifié, notamment lorsque le titulaire poursuit l'exécution du marché sans modification des clauses techniques, financières ou relatives aux délais.

Occasion de traiter les réclamations de l'entreprise. – La DAJ confirme dans sa foire aux questions que l'avenant peut intégrer un volet transactionnel portant sur les indemnités qui seraient dues à l'entreprise. Les réclamations de l'entreprise en termes de prolongation de délai et/ou indemnitaires pourront être traitées à ce stade. La nécessité de conclure un tel avenant constitue l'occasion de les traiter. L'entreprise aura ainsi tout intérêt à exiger la conclusion d'un tel avenant en veillant à ce que ses réclamations soient bien intégrées. À défaut, il refusera de signer ou insérera une clause de réserve expresse si l'avenant ne traite pas toutes ses réclamations (exemple : prolongation de délai sans complément de rémunération).

B. - Les marchés privés de travaux

Là encore, l'hypothèse étudiée est celle où le maître d'ouvrage a décidé de façon unilatérale la suspension de l'exécution du marché en l'absence d'abandon du chantier par les entreprises.

Dans tous les cas, les parties veilleront à vérifier les stipulations de leur contrat qui peuvent prévoir des solutions différentes de celles prévues ci-dessous. Parfois, les marchés se réfèrent aux normes NFP évoquées ci-après (03-001 pour les travaux de bâtiments et 03-002 pour les travaux de génie civil qui comportent des dispositions similaires).

1° La mise en œuvre de la décision de suspension et ses conséquences

Modalités. – Le principe est le même. Seul le maître d'ouvrage peut interrompre le chantier. Il est conseillé de formaliser cette décision par un ordre de service. La régularisation d'un avenant qui détermine les obligations des parties est recommandée afin d'éviter tout litige ultérieur.

Constat contradictoire. – Comme pour les marchés publics, l'ajournement donne obligatoirement lieu à un constat contradictoire. Le maître d'œuvre organise ces constatations qui devront donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal contradictoire. En cas de carence du maître d'ouvrage et/ou du maître d'œuvre, l'entreprise aura pu établir elle-même un constat illustré de photographies, qu'elle aura adressée au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre par tout moyen conférant date certaine.

Garde du chantier. – Dès lors que c'est le maître d'ouvrage qui ordonne l'interruption, l'entreprise peut solliciter le transfert de la garde du chantier. Toutefois, généralement le contrat prévoit que

l'entreprise conserve la garde jusqu'à la réception (ex. : article 13 de la norme Afnor NFP 03-001).

Délai d'exécution. – Dès lors que c'est le maître d'ouvrage qui ordonne l'interruption, l'entreprise pourra négocier une prolongation des délais d'exécution. Aussi, la norme NFP 03-001 prévoit la prolongation des délais d'exécution en cas de suspension des travaux par décision du maître d'ouvrage (art. 9.6.2 et 10.3.2.2.2).

Indemnité. – Cette même norme prévoit l'indemnisation de l'entreprise (art. 9.6.2 et 10.3.2.1). Là encore, dès lors que c'est le maître d'ouvrage qui a ordonné l'interruption, l'entreprise pourra solliciter une prise en charge des surcoûts liés à la période d'interruption. Le maître d'ouvrage pourra opportunément répliquer que sa décision d'ajournement fait suite à un constat d'abandon de chantier pour refuser toute indemnisation.

Tant pour la prolongation du délai d'exécution que pour l'indemnisation, l'article 9.6.2 subordonne ces droits à la formulation de réserves écrites dès la survenance de l'évènement, soit la réception de la décision de suspension.

Résiliation. – La norme Afnor prévoit que l'entreprise peut obtenir la résiliation du contrat en cas d'ajournement ou d'interruption, fractionné ou continu de plus de 6 mois (art. 22.1.3.1 norme Afnor NFP 03-001).

2° La fin de la suspension

La fin de l'ajournement, et donc la reprise du chantier, sera décidée par le maître d'ouvrage.

Un avenant pourra opportunément régler les questions de prolongation des délais d'exécution et d'indemnisation des entreprises, sur la base des règles énoncées ci-dessus, pour la période pendant laquelle l'exécution du marché a été suspendue.

2. Interruption du chantier par les entreprises

L'hypothèse étudiée dans cette deuxième partie est l'interruption du chantier de façon unilatérale par l'entreprise. Bref, il s'agit de l'abandon de chantier décidé par l'entreprise en début de crise sanitaire ou du refus de reprendre l'exécution du marché à la suite de la publication du guide de l'OPPBTP.

Nous traiterons des marchés publics de travaux (A) avant de nous intéresser aux marchés privés de travaux (B).

A. - Les marchés publics de travaux

L'interruption unilatérale de l'exécution du marché public constitue en principe une faute de nature à engager la responsabilité du titulaire et à permettre au maître d'ouvrage de mettre en œuvre des mesures coercitives qui peuvent aller jusqu'à la résiliation pour faute avec substitution du titulaire à ses frais et risques.

Pour échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité et à ces mesures coercitives, le titulaire pourra se prévaloir de la force majeure et des dispositions spéciales de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 pour écarter l'application des pénalités de retard et obtenir une prolongation des délais d'exécution (1°). L'indemnisation de l'entreprise est très incertaine (2°). Enfin, le marché pourra être résilié (3°).

La force majeure. – La force majeure est une cause exonératoire de responsabilité lorsqu'elle empêche l'exécution du contrat à la condition que ce dernier ne comporte pas de clause contractuelle qui empêcherait sa mise en œuvre. La liberté contractuelle permet également de prévoir au contrat une définition plus restrictive que celle exposée ci-dessous qui résulte de la jurisprudence et qui s'applique en l'absence de clause contractuelle contraire. Le premier réflexe est donc d'auditer son marché (*F. Linditch, Crise sanitaire et*

contrats publics : livres propos sur la force majeure : JCP A 2020, 2123 ; Contrats-Marchés publ. 2020, 14).

Les conditions de mise en œuvre de la force majeure : pour que la force majeure soit caractérisée, trois conditions définies par la jurisprudence administrative (*CE, 29 janv. 1909, C^{ie} des messageries maritimes*) doivent être réunies :

- **extériorité** : cette condition, si elle semble plus ou moins abandonnée par le juge judiciaire, reste apparemment conservée par le juge administratif ;

- **imprévisibilité** : cette condition s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. Exemple : l'épidémie de chikungunya ayant débuté en janvier 2006, elle ne constituait pas un événement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août après une embauche le 4 juin (*CA Saint Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114*) ; de même s'agissant de l'épidémie du H1N1 « largement annoncée et prévue » (*CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291*) ;

- **irrésistibilité** : impossibilité d'honorer sa prestation. Ex : le virus chikungunya n'était pas irrésistible dès lors que cette maladie pouvait être soulagée par des antalgiques et était généralement surmontable (*CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739*).

Si les conditions relatives à l'extériorité et l'imprévisibilité semblent être remplies, le 3^e critère, celui de l'irrésistibilité, doit s'apprécier au cas par cas très concrètement.

Pour pouvoir interrompre l'exécution de son marché sans risquer d'engager sa responsabilité et des mesures coercitives, l'entreprise doit **démontrer concrètement** au cas par cas son impossibilité de poursuivre l'exécution du marché :

- localisation du chantier qui nécessite le logement et la restauration des équipes devenues impossible en raison de la fermeture des restaurants ;

- exercice du droit de retrait par les salariés (*C. trav., art. L. 4531-1*) ;

- interruption de l'activité des autres acteurs du chantier : maître d'œuvre, fournisseurs, sous-traitants... ;

- impossibilité de mettre en œuvre les mesures barrières énoncées dans le guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de construction de l'OPPBTP ;

- [...].

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, quant à elle, s'applique « *nonobstant toute stipulation contraire* ». Les dispositions qu'elle prévoit s'appliquent donc quelles que soient les stipulations du marché.

1° Délais et pénalités de retard

Pénalités de retard. – La force majeure permet d'écarter l'application des pénalités de retard. Elle rend impossible la résiliation pour faute du marché par le maître d'ouvrage. Sauf si la faute de nature à justifier les pénalités de retard ou la résiliation est antérieure (*CE, 13 juill. 1928, n° 89134CE. – CE, 5 déc. 1952, n° 006730. – CAA Nancy, 3 avr. 1990, n° 89NC00316*).

L'article 6, 2° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 précise que le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer des pénalités de retard, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée lorsqu'il ne peut pas respecter le délai d'exécution en raison des conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 ou que cette exécution dans les temps nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive.

Délai d'exécution : prolongation de droit. – L'article 19.2.2 du CCAG-Travaux prévoit la possibilité de prolonger le délai de réalisation des travaux en cas de « rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier ». La durée de la prolongation est décidée par le maître d'ouvrage sur proposition du maître d'œuvre formulée après avis du titulaire.

L'article 6, 1° de l'ordonnance prévoit de son côté **un droit** pour le titulaire, qui en fait la demande avant l'expiration du délai contractuel, d'une prolongation du délai d'exécution d'une durée au moins égale à la période comprise entre le 12 mars 2020 et la fin de l'état d'urgence (fixée au 10 juillet) augmentée de 2 mois.

Ce droit à une prolongation des délais offerte par la loi s'applique lorsque le titulaire démontre ne pas pouvoir respecter le délai d'exécution en raison des conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 ou que cette exécution dans les temps nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive. Comme l'énonce la circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020, il s'agit de « neutraliser » la période d'interruption.

2° Indemnisation

En principe, la force majeure n'ouvre pas droit à indemnisation, sauf si le contrat prévoit une solution différente.

Tel est le cas de l'article 18.3 du CCAG-Travaux. Mais seul le préjudice imputable à la force majeure peut faire l'objet d'une indemnisation :

- réparation des pertes de matériel directement provoquées par le cas de force majeure et subies par le titulaire ou ses sous-traitants (*CE, 11 déc. 1991, n° 81588*) ;

- en revanche, pas d'indemnisation du manque à gagner imputable à la résiliation du contrat ni des pertes non directement imputables au sinistre (même arrêt).

Toutefois, la circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 suggère une prise en charge par le maître d'ouvrage (pour les marchés publics de l'État) des coûts directs d'interruption que cette dernière ait été de l'initiative du titulaire ou du maître d'ouvrage. En effet, elle invite les acheteurs de l'État à « faire chiffrer les coûts directs d'interruption correspondant aux mesures de mise en sécurité du chantier, de démobilitation des matériels, de gardiennage et de maintien en condition ayant permis une reprise rapide du chantier, dès lors qu'elles sont raisonnables et justifiées ». Dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage décidait de prendre en charge tout ou partie de ces coûts, la circulaire invite à « payer rapidement cette dépense supplémentaire après la reprise du chantier ».

En contrepartie, les titulaires assumeraient :

- les immobilisations du matériel, frais de personnels non déjà pris en charge en partie par l'État au titre du chômage partiel, des frais généraux, de la marge, de la perte de chiffre d'affaires et tout autre surcoût indirect ;

- indemnités pour les coûts d'études et de conduite d'opération en vue de la préparation de la reprise du chantier.

Les entreprises ne pourraient non plus être indemnisées des coûts liés à des dommages résultant des « négligences ou défaillances des entreprises » dans la mise en sommeil des chantiers.

Ce texte énonce que l'accord doit être matérialisé « sous une forme adaptée » (par exemple un avenant) avec les cocontractants.

Conditions formelles. – Il convient de vérifier les éventuelles formalités prévues dans le contrat.

L'article 18.3 du CCAG-Travaux précise quant à lui que le titulaire doit informer immédiatement et par écrit le maître d'ouvrage de la survenance du cas de force majeure.

Même en l'absence de formalisme prévu au contrat, il est conseillé d'informer le maître d'ouvrage par tout moyen donnant date certaine de son impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat.

3° Résiliation

Résiliation possible à l'initiative du maître d'ouvrage. – En cas d'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat, la personne publique peut résilier le contrat pour cause de force majeure (*CCP*,

art. L. 2195-2). Le titulaire sera indemnisé des dépenses engagées (Ord. n° 2020-319, 25 mars 2020, art. 6. – V. *infra*).

En revanche, comme l'énonce la DAJ dans sa foire aux questions sur la passation et l'exécution des contrats de la commande publique en période de crise sanitaire, dès lors que la suspension suffit à surmonter les difficultés rencontrées par le titulaire et que l'exécution du contrat peut reprendre à l'issue, le maître d'ouvrage ne peut résilier le marché sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Substitution de l'entreprise pour les besoins ne pouvant souffrir d'aucun retard. – Lorsque le maître d'ouvrage justifie que ses besoins ne peuvent souffrir d'aucun retard, il peut conclure un marché de substitution nonobstant toute clause d'exclusivité. Dans ce cas, ce marché n'est pas exécuté aux frais et risque du titulaire initial et ce dernier ne peut pas de son côté engager la responsabilité du maître d'ouvrage. Le titulaire sera indemnisé des dépenses engagées.

B. - Les marchés privés de travaux

Comme pour les marchés publics, l'interruption unilatérale de l'exécution du marché public constitue en principe une faute de nature à engager la responsabilité de l'entreprise et à permettre au maître d'ouvrage d'appliquer des pénalités de retard, voire à substituer son cocontractant.

Pour échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité et aux pénalités de retard, l'entreprise pourra se prévaloir de la force majeure des dispositions spéciales de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020.

La force majeure. – La force majeure est une cause exonératoire de responsabilité lorsqu'elle empêche l'exécution du contrat à la condition que ce dernier ne comporte pas de clause contractuelle qui empêcherait sa mise en œuvre. La liberté contractuelle permet également de prévoir au contrat une définition plus restrictive que celle exposée ci-dessous qui résulte de la jurisprudence et qui s'applique en l'absence de clause contractuelle contraire. Le premier réflexe est donc là encore d'auditer son marché.

Les conditions de mise en œuvre de la force majeure : par un arrêt de principe du 14 avril 2006, la Cour de cassation (*Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 : JCP G 2006, II, 10087*) a précisé les conditions cumulatives de la force majeure, permettant au débiteur de s'exonérer sans faute de ses obligations contractuelles :

- 1/ un évènement qui échappe au contrôle du débiteur ;
- 2/ un évènement qui ne peut pas être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ;
- 3/ un évènement dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ;
- 4/ un évènement qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Cette définition a été reprise à l'article 1218 du Code civil.

La notion de force majeure peut être aménagée par le contrat et les droits et obligations des parties définis. Ce que font les normes Afnor NFP 03-001 et NFP 03-002.

Condition formelle. – Les contrats prévoient habituellement une obligation de signalisation de l'évènement dans un temps très court (quelques jours). Il convient d'être attentif à la rédaction du contrat et vérifier si le non-respect de ce délai est sanctionné.

L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par celle n° 2020-427 du 15 avril 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette période, prévoit des dispositions spécifiques à son article 4.

1° Délais et pénalités de retard

Délais. – L'article 1218 du Code civil précise que lorsque l'empêchement résultant de la force majeure est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue.

Selon la jurisprudence, « la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé » (*Cass. 3^e civ., 22 févr. 2006, n° 05-12.032*). Le contrat est donc suspendu jusqu'à la fin de l'évènement qui constitue la force majeure.

Cette suspension de l'exécution du contrat emporte suspension des délais d'exécution. Concrètement, les délais d'exécution des marchés privés de travaux sont suspendus jusqu'à la date à laquelle les entreprises seront en capacité de poursuivre l'exécution du marché dans des conditions sanitaires satisfaisantes, c'est-à-dire conformément aux préconisations du guide OPPBTP (*V. infra*).

Les articles 10.3.1.2 de la norme NFP 03-001 et 10.5.1.2 de la norme NFP 03-002 prévoient expressément qu'en cas de force majeure les délais d'exécution sont prolongés de la durée des empêchements.

Pénalités de retard. – La force majeure exclut l'application des pénalités de retard et interdit au maître d'ouvrage de résilier le marché pour faute de l'entreprise. Il en va autrement, si la faute de nature à justifier les pénalités de retard ou la résiliation est antérieure à l'évènement de force majeure.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par celle n° 2020-427 du 15 avril 2020, prévoient un système de suspension des pénalités de retard applicable indépendamment de toute notion de force majeure.

- Les pénalités qui ont pris effet avant le 12 mars sont suspendues pendant la période protégée et reprennent leur cours à l'issue, soit à compter du 24 juin.

- Pour les pénalités devant prendre effet entre le 12 mars et la fin de la période protégée (actuellement le 24 juin), le dispositif est le suivant :

- pour les contrats conclus avant le 12 mars, l'application des pénalités de retard est reportée d'une durée égale à celle entre le 12 mars et la date à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée, à compter de la fin de la période (actuellement le 24 juin).

EXEMPLE

Contrat conclu le 20 février et une clause pénale devant, en cas d'inexécution produire son effet le 15 avril, soit 34 jours après le début de la période protégée. Les pénalités de retard commenceront à s'appliquer en l'absence d'exécution de l'obligation 34 jours après la fin de la période, soit le 28 juillet.

- pour les contrats conclus après le 12 mars, l'application des pénalités de retard est reportée d'une durée égale à celle entre la date de prise d'effet du contrat et la date à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée, à compter de la fin de la période (actuellement le 24 juin).

Le rapport au président de la République qui accompagne l'ordonnance modificative reconnaît que les parties au contrat peuvent naturellement décider d'écarter ce dispositif.

EXEMPLE

Contrat conclu le 30 mars et une clause pénale devant, en cas d'inexécution produire son effet le 15 mai. La date à laquelle est née l'obligation est postérieure au 12 mars. C'est donc cette date qu'il faut prendre en compte pour calculer la durée de la suspension, laquelle sera 46 jours. Les pénalités de retard commenceront à s'appliquer en l'absence d'exécution de l'obligation 46 jours après la fin de la période, soit le 9 août.

- Le dispositif est similaire lorsque la clause pénale doit prendre effet **après** la période protégée (après le 24 juin). Ce cas de figure n'était pas traité par l'ordonnance initiale. Cette situation a été critiquée par les opérateurs économiques qui ont fait valoir à juste

titre qu'une construction devant être achevée après le 24 juin était nécessairement impactée par la crise sanitaire, le retard accumulé ne pouvant être rattrapé.

L'application des pénalités de retard est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née (prise d'effet du contrat) et, d'autre part, la fin de cette période (le 24 juin).

– pour les contrats conclus avant le 12 mars, l'application des pénalités de retard est reportée d'une durée égale à celle entre le 12 mars et la fin de la période (actuellement le 24 juin).

EXEMPLE

Contrat conclu le 20 février et une clause pénale devant, en cas d'inexécution produire son effet le 30 juin. Les pénalités de retard commenceront à s'appliquer en l'absence d'exécution de l'obligation 3 mois et 12 jours (durée de la période protégée) après le 24 juin, soit à compter du 6 octobre 2020.

– pour les contrats conclus après le 12 mars, l'application des pénalités de retard est reportée d'une durée égale à celle entre la date de prise d'effet du contrat et la fin de la période (actuellement le 24 juin).

EXEMPLE

Contrat conclu le 30 mars et une clause pénale devant, en cas d'inexécution produire son effet le 30 juin. La date à laquelle est née l'obligation est postérieure au 12 mars. C'est donc cette date qu'il faut prendre en compte pour calculer la durée de la suspension, laquelle sera 86 jours. Les pénalités de retard commenceront à s'appliquer en l'absence d'exécution de l'obligation 86 jours après la fin de la période, soit à compter du 18 septembre.

2° Indemnisation

La force majeure est une cause exonératoire de responsabilité, mais elle n'ouvre pas droit à indemnisation.

L'article 1351 du Code civil précise que l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, sauf clause contractuelle contraire.

Les normes Afnor ne prévoient aucun mécanisme d'indemnisation que ce soit au profit du maître d'ouvrage ou de l'entreprise. Chacune des parties conserve ses frais à sa charge.

3° Résiliation

Si l'empêchement résultant de la force majeure est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

Une résiliation de plein droit du marché, sans accomplissement d'aucune formalité judiciaire, est prévue selon l'article 22.2.1 norme Afnor NFP 03-001.

Bien entendu, cette impossibilité doit être définitive. Ce qui ne semble pas être le cas pour les marchés frappés par la crise sanitaire que nous connaissons qui n'est que temporaire.

Les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par celle n° 2020-427 du 15 avril 2020, qui privent d'effet les clauses résolutoires pendant la période de référence ne concernent que celles qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé. Elles ne semblent donc pas s'appliquer aux clauses qui permettent la résolution du contrat en cas de force majeure qui rendra définitivement impossible la poursuite de l'exécution du contrat.

Les parties pourront convenir amiablement de résilier leur contrat.

3. Reprise des chantiers

L'obligation de sécurité des acteurs du chantier. – Le maître d'ouvrage doit mettre en œuvre pendant toute la durée d'exécution du chantier les principes généraux de prévention qui sont applicables aux employeurs (et donc aux entreprises) en matière de sécurité (*C. trav., art. L. 4531-1* qui renvoie à l'article L. 4121-2).

Cela comprend des mesures pour :

- éviter les risques (*C. trav., art. L. 4121-2, 1°*) ;
- planifier la prévention des risques (*C. trav., art. L. 4121-2, 7°*) ;
- prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle (*C. trav., art. L. 4121-2, 8°*).

Le maître d'ouvrage engagerait sa responsabilité pénale s'il commettait une faute caractérisée en exposant un salarié à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (*Cass. crim., 17 nov. 2015, n° 14-83.894*).

Il n'est donc pas exclu que le maître d'ouvrage qui imposerait la poursuite des travaux alors même qu'il ne pouvait ignorer les risques (de contamination) pour les intervenants, pourrait voir sa responsabilité pénale engagée pour homicide involontaire, blessures involontaires, voire mise en danger d'autrui.

Il en résulte que le maître d'ouvrage doit s'assurer de la mise en œuvre de mesures générales d'organisation de l'exécution des travaux propres à garantir la sécurité sanitaire des intervenants en mettant notamment en œuvre les préconisations du guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de construction de l'OPPBTP. De leur côté, les entreprises doivent mettre en œuvre des modalités d'exécution des travaux dans ce même but, en appliquant ces mêmes mesures.

Le guide de l'OPPBTP :

- est le résultat d'un compromis : accord du 20 mars : bénéfice du chômage partiel contre guide pratique pour assurer la reprise des chantiers dans des conditions de sécurité sanitaire ;
- répond à un double objectif : protéger la santé des travailleurs et poursuivre les chantiers ;
- n'a pas de valeur réglementaire malgré l'agrément ministériel.

A. - Modalités de mise en œuvre du guide communes aux marchés publics et aux marchés privés

Conception. – L'objectif est d'élaborer une coordination générale du chantier afin de réduire les risques de contamination.

Formalisation d'une liste des conditions sanitaires. – Le maître d'ouvrage, au titre de son obligation de sécurité (*V. supra*), est tenu de « formaliser une liste des conditions sanitaires » afin de s'assurer de la mise en œuvre des préconisations du guide.

Toutefois, il ne dispose pas d'une compétence spécifique en matière de sécurité ou de protection de la santé. Il pourra donc faire appel à des prestataires tel que celui en charge de l'ordonnancement du pilotage et de la coordination (OPC) afin d'établir un tel document.

Mise à jour du PGC et des PPSPS. – Le Code du travail impose une coordination pour tout chantier de bâtiment où interviennent plusieurs entreprises. La mission du Coordinateur en matière de sécurité et de protection de la santé (CSPS) varie en fonction de la complexité du chantier (niveaux). Pour le niveau d'exigence le plus élevé (niveau 1), le guide impose la mise en place d'un collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).

En application de l'article R. 4532-47 du Code du travail, le plan général de coordination (PGC) doit être complété et adapté en fonction de l'évolution du chantier. Le maître d'ouvrage invitera ainsi le CSPS à mettre à jour le PGC.

Cette mise à jour du PGC le but de :

- limiter la coactivité : éviter autant que possible l'intervention simultanée de plusieurs entreprises ;

- si la coactivité est nécessaire, élaboration de mesures de prévention : fixation d'heures d'arrivée différenciées pour ne pas surcharger la base de vie, parking supplémentaire pour accueillir le surcroît de véhicules individuels, livraisons des matériaux successives et non simultanées, obligation pour le livreur de rester dans son véhicule, distance de sécurité d'un mètre entre les intervenants, plan de circulation circulaire pour garantir ces distances de sécurité...

Sur la base du PGC mis à jour, les entreprises mettent à jour leur Plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS).

Si le PGC constitue un document contractuel des marchés de travaux (vérifier dans le CCAP la liste des documents contractuels), il conviendra d'établir un avenant au contrat.

Mise en œuvre. – Le guide l'OPPBTB énonce des mesures concrètes sous forme de recommandations. La dernière mise à jour du 27 mai intègre les recommandations du Haut Conseil de la santé publique du 24 avril 2020 et du protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés. Ce document liste les mesures urgentes et spécifiques à mettre en œuvre pour assurer les conditions sanitaires nécessaires aux personnels du secteur des bâtiments et travaux publics appelés à travailler en bureaux, ateliers, dépôts ou chantiers et autres lieux, en complément des mesures sanitaires édictées par les pouvoirs publics, qui ont approuvé ces mesures spécifiques.

Les débiteurs ne sont pas mentionnés. C'est ainsi que des initiatives régionales ont vu le jour. Des chartes de bonnes pratiques ont été signées entre les représentants des professionnels de la construction. Ces chartes préconisent une approche au cas par cas avec une volonté de collaboration et de solidarité pour étudier la prise en charge partagée et proportionnée des frais et coûts induits.

Le contrôle. – Le guide recommande la désignation d'un référent Covid-19 par les entreprises et le maître d'ouvrage : « un par chantier ». Le rôle du référent désigné par le maître d'ouvrage a été précisé par un guide publié par la fédération des acteurs de la prévention (FAP) le 5 mai dernier (www.federation-prevention.com/). Sa désignation demeure une faculté. Elle n'est pas obligatoire.

B. - La reprise des marchés publics de travaux

1° Prolongation des délais

L'article 19.2.2 du CCAG-Travaux permet une prolongation des délais d'exécution en cas de difficultés imprévues qui pourraient être constituées par la mise en œuvre des préconisations du guide.

Mais surtout, l'article 6, 1° de l'ordonnance prévoit que lorsque le titulaire **ne peut pas respecter le délai** d'exécution ou que la poursuite de l'exécution nécessite la mobilisation de moyens qui ferait peser sur le titulaire une **charge manifestement excessive**, le délai est prolongé d'une durée au moins égale à la période comprise entre le 12 mars 2020 et la fin de l'état d'urgence augmentée de 2 mois.

Sous les mêmes conditions, **les pénalités de retard ne peuvent être appliquées** et la responsabilité contractuelle des titulaires ne peut pas être recherchée.

2° Indemnisation

La question concerne ici la prise en charge des coûts induits par les mesures de lutte contre la crise sanitaire qui dégradent les conditions d'exécution du marché.

L'article 10.1.1 du CCAG Travaux précise que les prix sont réputés comprendre toutes les sujétions d'exécution qui sont normalement prévisibles excluant par là même celles qui ne le sont pas.

Deux cas de figure se présentent : soit, le maître d'ouvrage est ouvert à une prise en charge des prestations supplémentaires et charges induites par la mise en œuvre des mesures sanitaires sur le chantier et dans ce cas il s'agit de déterminer le fondement légal permettant la modification du contrat ; soit, il ne l'est pas et dans ce cas il s'agit de déterminer si le titulaire dispose d'un droit à indemnisation qui contraindrait le maître d'ouvrage.

1^{er} cas de figure : le maître d'ouvrage est disposé à indemniser.

Les maîtres d'ouvrage publics de bonne volonté font application de l'article 14 du CCAG Travaux qui permet la rémunération de prestations non prévues au marché.

La circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 (qui, pour rappel, ne concerne que les marchés passés par l'État) distingue :

- les coûts directement liés aux mesures sanitaires pouvant être déjà chiffrées.

Il s'agit des coûts induits par la mise en œuvre des mesures sanitaires nécessaires à la sécurité du chantier : modification des installations de chantier, acquisition d'équipements individuels de protection, nettoyages supplémentaires (matériaux et temps de travail), modification des modalités d'acheminement voire d'hébergement des personnels intervenant sur le chantier). La circulaire propose la mise en œuvre de l'article 6.2 du CCAG Travaux qui permet une modification du contrat en cas d'évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail en cours d'exécution du marché.

En revanche, les augmentations de prix qui sont retracées dans les index utilisés pour la révision des prix du marché sont exclues (coûts des matériels et matériaux, de l'énergie ou des transports) ;

- les pertes de rendement et autres coûts indirects.

La circulaire relève pertinemment que les pertes de rendement liées à la coactivité ou à un allongement des délais d'exécution, ne peuvent, en général, pas être objectivement chiffrés dès à présent. En outre, elles sont amenées à se réduire grâce aux effets d'apprentissage ou à l'évolution favorable de la situation sanitaire. C'est ainsi que la circulaire conseille aux acheteurs de l'État d'attendre avant de chercher un accord et d'exercer une vigilance afin que ces surcoûts soient réduits.

Cette pratique de la modification du marché est confortée par les dispositions des articles L. 2194-1 et R. 2194-5 du Code de la commande publique qui permettent des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues. En outre, la modification du contrat n'est possible qu'aux conditions suivantes :

- si l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, elle ne peut être supérieure à 50 % du montant du marché initial (*CCP, art. R. 2194-3*) ;

- elle ne saurait avoir pour objet de « changer la nature globale du contrat » (*CCP, art. L. 2194-1*).

L'accord sur la prolongation des délais et la prise en charge des surcoûts pourra prendre la forme d'un avenant ou d'un protocole transactionnel. La circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 précise que dans ce cas, le titulaire doit renoncer à toute indemnité supplémentaire en lien avec l'arrêt de chantier et les conséquences de la pandémie. L'absence de clause de renonciation exposerait le maître d'ouvrage à un risque de réclamation en fin de chantier.

2^e cas de figure, le maître d'ouvrage n'est pas disposé à indemniser : quel droit à indemnisation ?

Le titulaire pourra fonder sa réclamation sur la théorie de l'imprévision et celle des sujétions imprévues.

Théorie de l'imprévision. – La théorie de l'imprévision permet une indemnisation partielle des surcoûts en cas d'évolution exceptionnelle de la conjoncture économique qui n'était pas prévisible lors de la conclusion du marché, à la condition que l'économie du contrat ait été bouleversée (dépassement de 10 % du montant du marché).

En droit, consacrée par le Conseil d'État dans son arrêt du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage du gaz de Bordeaux, la théorie de l'imprévision est désormais codifiée au 3° de l'article L. 6 du Code de la commande publique aux termes duquel :

« 3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; ».

Il convient à ce titre de souligner que si l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 applique ce principe d'imprévision aux concessions, elle n'en fait pas état pour les marchés publics – une question écrite en date du 16 avril 2020 – sans réponse à ce jour – a ainsi été posée au Sénat sur les conditions d'application du principe d'imprévision aux marchés publics (QE n° 15319 : JO Sénat 16 avr. 2020, J.-M. Janssens).

Elle se distingue normalement de la théorie des sujétions imprévues.

Théorie des sujétions imprévues. – La théorie des sujétions techniques imprévues permet un **indemnisation totale** du préjudice subi en présence d'une difficulté exceptionnelle (par opposition à un aléa normal) :

- indépendante des parties : la cause doit être extérieure aux parties ;
- imprévisible lors de la conclusion du contrat.

Il a été jugé que pour les marchés à forfait, l'économie générale du marché doit avoir été bouleversée. La notion de bouleversement de l'économie globale du contrat s'apprécie au cas par cas par rapport au montant du marché. La FNTF, dans son rapport sur les sujétions imprévues de novembre 2018, estime que « pour l'Administration, ce seuil peut théoriquement être atteint dès 6,66 % (1/15), mais en jurisprudence il se situe plutôt en moyenne entre 12 et 13 % » et poursuit « Dans une note du Ministère de l'équipement et des transports du 18 mai 2004, adressée aux préfets à l'occasion d'une brusque hausse du prix de l'acier, il est relevé que : «... le seuil de déclenchement n'étant considéré comme atteint qu'au-delà du quinzième du montant initial du marché. Toutefois, les jurisprudences administratives rendues depuis 1974 sur les différentes modifications susceptibles d'affecter la consistance ou le prix des marchés tendent à considérer que ce seuil ne peut être atteint que sous réserve d'une augmentation du montant initial du marché d'environ 10 % ».

La jurisprudence est donc venue préciser ce seuil.

La cour administrative d'appel de Nantes a par exemple censuré un avenant qui excédait un seuil de 12,8 %, précisément pour cause de bouleversement de l'économie du marché : « ... ce pourcentage doit être regardé comme ayant pour effet de bouleverser l'économie du contrat ; que, par suite, tant la délibération du 15 mai 2007 du conseil municipal de Saint-Brieuc que l'avenant du 13 juin 2007 ont été adoptés en méconnaissance des dispositions de l'article 20 précité du code des marchés publics... » (CAA Nantes, 30 déc. 2009, n° 09NT00763).

Depuis, le Conseil d'État a considéré comme insuffisant un seuil de 11,3 % et a été amené à observer qu'une cour administrative d'appel avait : « ... Inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que les dépenses occasionnées en l'espèce, d'un montant estimé par elle à 78 624 euros HT et 94 034 euros TTC, soit 11,3 % du montant total de 695 940 euros HT, avaient bouleversé l'économie générale du marché ; que, par suite, son arrêt doit être annulé. » (CE, 1^{er} juill. 2015, n° 383613, Sté Sud Terrassement ; JCPA 2015, 2328 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 235, note J.-P. Pietri).

Par ailleurs, certaines décisions exigent une difficulté d'ordre matérielle pour caractériser la sujétion technique imprévue (CAA Nancy, 25 févr. 2020, n° 18NC02081 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 146).

Toutefois, le qualificatif « technique » n'est pas systématiquement accolé à la notion de sujétion (V. par ex. CE, 1^{er} juill. 2015, *prec.*).

Devant ces incertitudes, il sera prudent pour le titulaire de fonder sa réclamation sur le fondement de la théorie des sujétions imprévues et sur l'article L. 6 du Code de la commande publique.

Ainsi, les surcoûts liés aux mesures d'exécution de chantier rendues nécessaires dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 pourraient faire l'objet d'un droit à indemnisation dès lors que du fait de leur montant ils bouleversent l'équilibre du contrat. Concernant les autres conditions, nous nous accorderons à dire qu'elles sont remplies : ces mesures constituent un évènement extérieur aux parties et imprévisible lors de la conclusion du contrat.

3° Résiliation

L'hypothèse de l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat qui peut aboutir à la résiliation a été examinée plus haut (V. 2, A, 3°).

C. - La reprise des marchés privés de travaux

1° Prolongation des délais

L'entreprise pourra tenter d'obtenir une prolongation des délais d'exécution en se prévalant des difficultés imprévues que constitue la mise en œuvre des préconisations du guide.

L'article 10.3.1.3 de la norme Afnor NFP 03-001 prévoit que le délai d'exécution est prolongé en cas de changement dans la nature des prestations à la demande du maître d'ouvrage. Mais il faut un changement dans la « nature des ouvrages ». *A priori*, la mise en œuvre des mesures de sécurité sanitaire ne modifie pas la nature des ouvrages, mais les conditions de leur réalisation. Il est donc peu probable que cet article puisse être mobilisé pour obtenir une prolongation des délais d'exécution.

Par ailleurs, le mécanisme de suspension des pénalités de retard évoqué plus haut, prévu par les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par celle n° 2020-427 du 15 avril 2020, peut le cas échéant être mis en œuvre.

2° Indemnisation

La question concerne ici la prise en charge des coûts induits par les mesures de lutte contre la crise sanitaire qui dégradent les conditions d'exécution du marché.

La théorie de l'imprévision a été introduite dans le droit civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. L'article 1195 énonce :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse **pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque**, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au Juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au Juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Ainsi, lorsqu'un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté le risque (par une clause contractuelle), celle-ci peut demander la renégociation du contrat.

Elle devra toutefois continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raison-

nable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Ces dispositions peuvent être écartées par le contrat.

La norme Afnor NFP 03-001 n'écarte pas son application, au contraire elle contient un dispositif similaire à son article 9.1.2.

Toutefois ces dispositifs ne permettent d'imposer qu'une tentative de négociation qui en cas d'échec ouvre la voie à une action judiciaire. Or, pendant tout le temps de la négociation et de l'action judiciaire, l'entreprise devra poursuivre l'exécution du contrat au risque de voir sa responsabilité contractuelle engagée, se voir appliquer des pénalités de retard, voire se faire résilier son marché.

3° Résiliation

L'hypothèse de l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat qui peut aboutir à la résiliation a été examinée plus haut (V. 2, B, 3°).

Au terme de ces développements, nous nous apercevons que si des outils juridiques issus du droit commun et des ordonnances prises en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 dite « d'urgence sanitaire » peuvent être mobilisés pour régler certaines situations, des incertitudes demeurent notamment sur la prise en charge des surcoûts induits par la crise sanitaire. Le recours à la concertation comme le suggère la circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020 afin de régler amiablement les différends permettrait d'éviter des contentieux dont les issues seront incertaines. Le recours à la médiation pourra être pertinemment envisagé, ainsi que la saisine des comités consultatifs interrégionaux de règlement amiable des différends qui présentent l'avantage d'être des processus limités dans le temps, permettant un dénouement rapide.

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Covid-19