

Crise sanitaire et refus du maître d'ouvrage ou des entreprises de reprendre les chantiers : légitimité de ces décisions et éventuel recours

DOSSIER / Suspension et reprise de l'exécution des contrats

Auteur(s) : Elisabeth Lançon Laurent Sery Avocats Cabinet Adamas

Actualité - n° 211 -

23 07 2020

Crise sanitaire et refus du maître d'ouvrage ou des entreprises de reprendre les chantiers : légitimité de ces décisions et éventuel recours

L'interruption des chantiers, conséquence de la crise sanitaire, s'est accompagnée de la mise au point de recommandations spécifiques par l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics quant à leurs conditions de reprise. Dans un contexte sanitaire très délicat, des refus des entreprises ou des maîtres d'ouvrage de reprendre les opérations de travaux ont pu naître. La légitimité de telles décisions pose question, tout autant que les moyens (sanction, contentieux) permettant d'y faire face.

Elisabeth Lançon Laurent Sery Avocats Cabinet ADAMAS

Au moment où certains chantiers ont d'ores et déjà repris à la suite de la décision du Gouvernement de procéder au déconfinement de la population, la question de la continuité des activités de construction dans le contexte d'épidémie de Covid-19 reste toujours d'actualité.

Elle conduit à s'interroger non seulement sur la légitimité de l'éventuelle décision de l'une ou l'autre des parties prenantes d'un chantier - qu'il s'agisse du maître d'ouvrage ou du(des) entrepreneur(s) - de refuser de reprendre leur activité, ce notamment, au regard des recommandations voire obligations strictes auxquelles celles-ci sont désormais soumises ; elle invite également à considérer les éventuels sanctions ou recours -dont ces mêmes parties disposent pour faire face à un éventuel arrêt décidé unilatéralement des opérations de construction.

De nouvelles obligations strictes à la charge des intervenants sur les chantiers

Afin d'appréhender les conditions dans lesquelles ont pu naître ou pourraient être prises des décisions de refus de reprise des chantiers, il est nécessaire de rappeler que le 2 avril dernier(1), l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) a publié un Guide détaillant les préconisations applicables aux parties prenantes du chantier pour la continuité des activités de la construction en période d'épidémie de coronavirus Covid-19. Sa dernière version, en date du 27 mai 2020, intègre les recommandations du Haut Conseil de Santé Publique du 24 avril 2020(2) et du Protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés publié par le ministère du Travail dans sa version du 9 mai 2020(3).

Ce Guide est le résultat d'un accord entre le Gouvernement et les fédérations du BTP (FFB, FNTP, Capeb) trouvé le samedi 21 mars dernier pour « la continuité de l'activité du secteur » du bâtiment. Réalisé en lien avec les professionnels intervenant sur les chantiers, et avec les appuis des experts de l'OPPBTP, il doit permettre d'assurer « la poursuite des chantiers » dans des « conditions sanitaires satisfaisantes »(4).

S'il n'a pas en principe de valeur réglementaire, ce Guide a néanmoins fait l'objet d'un agrément ministériel(5). En outre, une note des ministères de la Transition écologique et solidaire et de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales adressée aux préfets de régions et de départements leur confie le soin de s'assurer de sa bonne application en leur confiant notamment les missions suivantes : mobiliser l'ensemble de la filière et mettre en place des « espaces de coordination » et des « comités de conciliation »(6). La même note précise que les chantiers peuvent se poursuivre ou redémarrer à condition que les recommandations du guide soient respectées. L'on pourrait donc aisément imaginer que l'une ou l'autre des parties prenantes d'un chantier - qu'il s'agisse notamment du maître d'ouvrage ou des entrepreneurs - s'opposent à la reprise de celui-ci dans la mesure où les recommandations à leur charge ne seraient pas respectées.

Sans prétendre ici à l'exhaustivité, nous rappellerons rapidement les grandes orientations de ce Guide pour la reprise des chantiers : planification, application et contrôle(7).

Planification d'abord, l'objectif étant pour les parties prenantes d'élaborer une coordination générale du chantier afin de réduire les risques de contamination. Au titre de son obligation de sécurité, il est indiqué que le maître d'ouvrage « formalise (...) une liste des conditions sanitaires » afin de s'assurer de la mise en œuvre des préconisations du Guide, le cas échéant en concertation avec le maître d'œuvre et le coordonnateur sécurité et protection de la santé (CSPS) afin d'établir un tel document. Le Guide prévoit à ce titre une mise à jour du plan général de coordination (PGC) avec l'élaboration de mesures générales et collectives dans le but de limiter, autant que faire ce peu, la coactivité. Si la coactivité n'est pas évitable, le

Guide exige que l'organisation proposée précise les conditions de respect des mesures sanitaires. Sont ainsi préconisés : la fixation d'heures d'arrivée décalées pour éviter que les personnels résidant en Ile-de-France ne soient contraints d'emprunter les transports en commun en heures de pointe, le respect, en toutes circonstances, d'une distance d'au moins un mètre entre les personnes, la mise en place d'un plan de circulation pour garantir les distances de sécurité, etc. Le Guide préconise également une mise à jour de leurs plans particuliers de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) par les entreprises, ceux-ci étant, par la suite, remis au maître d'ouvrage.

Application ensuite, le Guide prévoit plusieurs mesures concrètes sous forme de recommandations, certaines d'entre elles étant présentées comme impératives. Parmi les recommandations simples (à mettre en œuvre « dans la mesure du possible »(8)) sont notamment envisagées : l'utilisation de modes de transport individuel (le cas échéant véhicule personnel) ; la mise au point d'un questionnaire de santé destiné aux salariés lors de leur reprise de poste (dont le modèle est joint en Annexe du Guide) afin d'identifier et d'exclure du chantier les personnes susceptibles d'être contaminées ; le respect de la distance d'un mètre éventuellement en organisant des ordres de passage, en décalant les prises de poste, en mettant en place des marqueurs pour faire respecter une distance d'au moins un mètre, etc. ; la création de lieux de réunion, de repos et de pause en extérieur.

Les recommandations impératives comprennent quant à elles : le nettoyage des véhicules de chantier en cas d'utilisation partagée avec une désinfection des surfaces de contact entre utilisateurs et la mise à disposition de lingettes désinfectantes et de gel ou solution hydroalcoolique ; l'installation de points d'eau ou de distributeurs de gel ou de solution hydroalcoolique à l'extérieur et imposer le lavage des mains avant toute entrée dans les bases-vie ou bungalows de chantier ; en cas d'impossibilité de respecter la distance d'un mètre entre les travailleurs, faire porter des lunettes ou écrans faciaux et des masques de type à usage non-sanitaire de catégorie I, de type FFP1, de type chirurgical, ou de protection supérieure y compris masque à cartouche ou masque à ventilation assistée, s'il n'est pas possible de respecter ces consignes, stopper l'activité, etc.

Contrôle enfin : le Guide recommande (sans qu'il ne s'agisse d'une obligation) la désignation d'un référent Covid-19 par le maître d'ouvrage, chargé de coordonner les mesures à mettre en œuvre(9) . Cette recommandation revêt un caractère impératif pour chaque entreprise et pour chaque chantier. Le Guide précise à ce titre qu'il peut s'agir du « chef d'entreprise, conjoint-collaborateur, chef de chantier, salarié chargé de prévention... »(10) .

La légitimité en question des décisions des parties prenantes de ne pas reprendre les chantiers

Si le ou les débiteur(s) des recommandations du Guide ne sont pas précisément identifiés, il semble que le maître d'ouvrage en soit tout de même le principal responsable, sans pour autant que les entreprises ne soient déchargées de toutes obligations.

La légitimité du refus d'une reprise du chantier par le maître d'ouvrage, garant principal de la sécurité

Cette logique s'inscrit dans la continuité du droit commun qui prévoit que le maître d'ouvrage est aujourd'hui le principal responsable de l'obligation de sécurité sur un chantier. Le maître d'ouvrage est chargé de la coordination des opérations sur le chantier. Il procède à la désignation du CSPS(11) . L'intervention de plusieurs entreprises sur le chantier, y compris des sous-traitants ou travailleurs indépendants, implique par ailleurs pour le maître d'ouvrage des obligations de coordination, lesquelles passent par la prévention des risques résultant des interventions successives et l'utilisation des moyens communs, tels qu'infrastructures, logistique, protections collectives(12) . À cet effet, le maître d'ouvrage fait établir par le CSPS, un PGCSPPS et tient compte, lorsqu'il les estime justifiées, des observations du CSPS(13) . Le maître d'ouvrage est également chargé de la prévention des risques professionnels lors d'interventions ultérieures(14) . En cas d'inaction du maître d'ouvrage dans le respect de ses obligations, sa responsabilité est susceptible d'être engagée, non seulement au plan civil et contractuel (15) mais aussi en matière pénale. Ainsi, en cas d'accident du travail sur un chantier, le maître d'ouvrage peut être poursuivi pour homicide ou blessures involontaires s'il a commis une faute caractérisée en exposant un salarié à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (16) . Le Code pénal sanctionne également le délit de mise en danger de la vie d'autrui susceptible d'être commis par une personne morale et qui consiste dans « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures, de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » (17) . La circonstance que le chantier ne soit pas soumis à l'élaboration d'un PGCSPPS n'exonère pas pour autant le maître d'ouvrage de sa responsabilité en matière de sécurité sur les chantiers.

Ainsi, sont soumis à l'obligation d'établir un plan de prévention, et non un PGC, les entreprises extérieures faisant intervenir des travailleurs « pour exécuter ou participer à l'exécution d'une opération, quelle que soit sa nature, dans un établissement d'une entreprise utilisatrice, y compris dans ses dépendances ou chantiers. »(18) . Si ce plan est élaboré d'un commun accord entre le maître d'ouvrage et le titulaire(19) , le maître d'ouvrage conserve toutefois là encore un rôle déterminant en termes de sécurité : notamment, il coordonne les mesures nouvelles à prendre en cours de travaux, alerte l'entreprise extérieure d'un danger grave dont il

est informé, même si ce danger est exclusivement le fait de l'entreprise extérieure, etc(20) . Le Guide de l'OPPBTP s'inscrit dans la lignée de ces dispositions puisqu'il prévoit que, dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, il appartient au donneur d'ordre (donc au maître d'ouvrage) de mettre à jour le plan de prévention. Par ailleurs, dans le cas où l'entrepreneur intervient seul, et où un PGC n'est donc pas obligatoire, celui-ci reste soumis à l'obligation d'établir un PPSPS (i.e infra) qui sera remis au maître d'ouvrage(21) .

Ainsi, en tout état de cause, la responsabilité du maître d'ouvrage en matière de sécurité est donc importante.

À cet égard, il est normal que ce dernier prenne la décision, soit à de sa propre initiative, soit à la suite de la demande de l'une des parties prenantes du chantier, de prononcer des interruptions de chantier, notamment selon le régime de l'ajournement prévu à l'article 49.1 du CCAG travaux(22) ; de même, il lui appartient de refuser la reprise de celui-ci, dès lors qu'il estimerait que les conditions de sécurité, en particulier celle résultant du contexte de crise sanitaire, ne seraient pas réunies.

La légitimité du refus d'une reprise de chantier par les entreprises, débitrice de l'obligation de sécurité vis-à-vis de ses salariés

Il s'agit du pendant de l'hypothèse précédemment envisagé : celle d'un refus de reprendre le chantier par les entreprises, qui, si elles ne sont pas, a priori, le principal responsable des opérations de sécurité sur site, restent néanmoins soumises à plusieurs obligations en la matière, tant de manière générale en application des règles posées par le CCAG travaux que dans le contexte actuel de l'épidémie de Covid-19.

En effet, les entreprises doivent établir un PPSPS sur les chantiers soumis à l'obligation d'établir un PGC(23) . Par ailleurs, le CCAG Travaux prévoit que les mesures du Code du travail en matière de sécurité et de protection de la santé font l'objet de plans, établis le cas échéant sous la responsabilité du titulaire du marché, et communiqués au coordonnateur SPS ; l'absence de remise de ces plans fait obstacle au commencement de la réalisation des travaux(24) . Le CCAG travaux fixe également l'obligation pour le titulaire du marché de veiller à ce que les prestations respectent les prescriptions de sécurité et de santé des personnes(25) , de prendre sur le chantier toutes les mesures de sécurité et d'hygiène(26) et de transmettre au maître d'œuvre et au CSPS les éléments que celui-ci demande pour l'établissement du dossier des interventions ultérieures sur l'ouvrage(27) . De la même manière que pour le maître d'ouvrage, les entrepreneurs peuvent voir leur responsabilité engagée pour infraction aux dispositions du Code du travail(28) ainsi qu'en matière pénale, en cas d'accident pour manquement aux obligations du même Code(29) . Lorsque l'élaboration d'un PGC n'est pas obligatoire, les entreprises peuvent toutefois être soumises à l'obligation d'établir un plan de prévention, en coopération avec le maître d'ouvrage (i.e supra). Or, dans ce cas, la responsabilité en matière de sécurité ne pèse pas sur le seul maître d'ouvrage. En effet, dans la mesure où, comme le précise l'article R. 4511-6 du Code du travail, « chaque chef d'entreprise est responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection des travailleurs qu'il emploie », indépendamment des fautes éventuelles du maître d'ouvrage, l'entreprise extérieure reste responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection de son personnel (en l'espèce, absence de mise à disposition de la victime de chaussures appropriées)(30) .

Toutefois, sauf dispositions particulières propres au marché, il paraît de prime abord exister relativement peu de leviers juridiques permettant au titulaire d'un marché de travaux de s'opposer à la reprise de l'exécution de ses prestations, y compris pour des motifs de sécurité. Le CCAG travaux ne prévoit en effet la dispense d'exécuter ou la possibilité de refuser d'exécuter tout ou partie du contrat, que dans des cas limitativement énumérés, sans rapport apparent avec le contexte sanitaire actuel(31) . Les dispositions du CCAG Travaux ont en effet surtout pour objet de rappeler les obligations qui pèsent sur le titulaire en matière de sécurité(32) . L' article 5.3 du CCAG travaux précise bien que le titulaire est tenu de respecter les mesures de sécurité, et qu'il peut éventuellement obtenir un délai supplémentaire d'exécution ou une indemnité dans le cas où des informations spécifiques en matière de sécurité n'étaient pas connues au stade de la remise de son offre. Toutefois, si un tel dispositif pourrait éventuellement être mobilisé dans le contexte actuel, il ne justifie pas pour autant un refus d'exécuter. Quant à l'article 28.3 (et 3.6 pour les sous-traitants)(33) du CCAG Travaux, il dispose que les mesures du Code du travail en matière de sécurité et de protection de la santé font l'objet de plans, établis le cas échéant sous la responsabilité du titulaire, et communiqués au coordonnateur SPS. L'absence de remise de ces plans fait obstacle au commencement de la réalisation des travaux. Tout ceci peut certes conduire à des interruptions du chantier pour raisons de sécurité à l'initiative du maître d'ouvrage, selon le régime de l'ajournement(34) ; mais cette situation est distincte de celle d'un refus d'exécuter opposé par le titulaire. Enfin, les circonstances « imprévues » ne sont pas traitées par le CCAG travaux comme des causes légitimes de refus d'exécuter. Ainsi, l'apparition de « difficultés imprévues au cours du chantier » peut simplement donner lieu à une prolongation des délais d'exécution, notifiée par le maître d'ouvrage(35) , la jurisprudence n'ayant pas dégagé de réel droit du titulaire à refuser d'exécuter un marché pour des motifs de sécurité(36) .

Cela étant, en réalité, le titulaire d'un marché de travaux ne paraît pas démuné de moyens d'action pour s'opposer légitimement à une demande de reprise du chantier qui lui serait imposée par le maître d'ouvrage s'il devait considérer que la sécurité du chantier n'est pas garantie. Dans la mesure où le refus d'exécuter

un ordre de service de commencement ou de reprise de travaux lorsque le titulaire ne dispose pas des informations ou des plans nécessaires à l'exécution des prestations peut ne pas être fautif(37) , par analogie, l'on peut se demander si un refus d'exécuter un ordre de service de reprise du chantier pour des raisons sanitaires ne serait pas légitime, s'il apparaissait qu'une telle reprise viendrait par exemple à méconnaître la législation en matière de santé et de protection des personnes.

Dans certains cas en outre, des clauses particulières au contrat fixent des causes légitimes de refus d'exécuter, au bénéfice du titulaire(38) . Dans cette hypothèse, l'appréciation se fera au cas par cas.

Enfin, au-delà de ces fondements dits de « droits communs » des marchés de travaux, deux autres fondements pourraient être utilisés par les entreprises pour tenter de justifier un refus d'exécution dans les circonstances actuelles : la force majeure, dont la caractérisation se fait au cas par cas, et les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

Par définition, la force majeure suppose une irrésistibilité de l'évènement extérieur qui met le titulaire dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations - sauf à ce que des clauses particulières du contrat règlent autrement la situation(39) . Pour s'en prévaloir, le titulaire doit se conformer au formalisme prévu par le contrat(40) . En l'occurrence, la DAJ précise, s'agissant de la crise sanitaire actuelle, que l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 « ne pose pas de présomption de force majeure, laquelle ne peut être qualifiée qu'au cas par cas »(41) . En d'autres termes, pour s'opposer à la reprise d'un chantier sur ce fondement, le titulaire devra démontrer les trois conditions classiques de caractérisation de la force majeure, selon le formalisme du contrat.

C'est sans doute pour pallier les insuffisances du droit commun que l'ordonnance du 25 mars 2020 a également prévu un dispositif « balai » en cas de difficultés d'exécution rencontrées dans le cadre de la crise Covid. Ces mesures ne doivent être mises en œuvre que dès lors elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie et des mesures prises pour limiter cette propagation(42) .

Deux situations sont envisagées par l'ordonnance : un prolongement des délais d'exécution en cas d'impossibilité pour le titulaire du contrat de respecter un délai (ou alors à un coût manifestement excessif) et surtout l'absence de sanction du titulaire (pénalité contractuelle ou responsabilité contractuelle) en cas d'impossibilité pour le même titulaire d'exécuter le contrat. Cette seconde impossibilité s'apprécie bien sûr au cas par cas. Il est notamment question de l'impossibilité de disposer de « moyens suffisants » : l'on peut penser que ces moyens peuvent être d'ordre matériel ou humain. Ce dispositif est indépendant de la force majeure (qui, en parallèle, peut être reconnue ou non) : la seule condition de mise en œuvre de cette disposition est la démonstration de l'impossibilité d'exécuter. Au regard des précisions apportées par la DAJ(43) sur l'interprétation de ces dispositions, l'on peut en déduire que si le titulaire n'est pas en mesure d'assurer la protection sanitaire de ses salariés (à l'aune des mesures édictées dans le cadre de la crise du Covid uniquement), il s'agira probablement d'une cause d'impossibilité de poursuivre les prestations au sens de l'article 6 de l'ordonnance. Concrètement, la démonstration d'une telle impossibilité sera, naturellement, très casuistique, mais l'on peut dégager certaines lignes directrices.

Premièrement, le titulaire devra être dans une situation d'impossibilité d'exécuter le marché en raison des conséquences de « la propagation de l'épidémie de co-vid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation »(44) . C e pourrait être le cas, par exemple, si la localisation du chantier nécessite un logement et une restauration des équipes devenus impossibles en raison de la fermeture des établissements ou services hôteliers / de restauration ; si le personnel est indisponible en raison de l'exercice du droit de retrait des salariés(45) ou encore en cas d'absence d'autres intervenants du chantier - à l'instar du maître d'œuvre - rendant impossible la poursuite des prestations par le titulaire. Par ailleurs, le refus opposé par le titulaire de poursuivre les prestations pour des motifs sanitaires devrait être légitime tant que ces motifs résident dans l'impossibilité de respecter les mesures d'hygiène et de distanciation édictées au niveau national. Par extension, on pourrait considérer qu'il en est de même pour l'impossibilité de respecter les préconisations du Guide OPPBTP, par exemple en termes d'EPI. Toutefois, ce Guide, quoique revêtu d'agrément ministériels, n'a pas de valeur réglementaire, de sorte que le fondement juridique est plus contestable. Mais à l'inverse, l'application de ce Guide étant vivement recommandée, il pourrait être risqué pour le maître d'ouvrage de sanctionner l'entreprise qui refuserait d'exécuter ses prestations au motif de l'impossibilité de respecter les préconisations du guide ; cela serait d'autant plus délicat si le CSPS émettait l'avis de ne pas reprendre le chantier. À noter que pour des impossibilités de type « surcharge planning », l'appréciation semble plus délicate et très casuistique. Il ne faudrait pas, en effet, que l'impossibilité alléguée trouve en réalité son origine dans une désorganisation du titulaire, voire dans un retard d'exécution antérieur à la crise. À l'inverse, le cas d'un titulaire qui ne pourrait honorer ses contrats car il a, en parallèle, été réquisitionné par l'État(46) , pourrait sans doute constituer une cause légitime. Enfin, précisons qu'il importe de veiller à la cohérence du comportement du maître d'ouvrage : si l'arrêt du chantier est à l'initiative de ce dernier (par exemple par un OS d'interruption ou une décision d'ajournement), au motif d'une impossibilité de respecter les gestes barrières, alors la reprise ne pourra logiquement être ordonnée que si cette impossibilité est levée.

Deuxièmement, la démonstration de cette impossibilité sera très relative et variable selon les chantiers, car tributaire de nombreux éléments ; la levée progressive des restrictions de déplacement rend à cet égard de

plus en plus difficile d'établir une indisponibilité de personnel.

Troisièmement, la démonstration du titulaire devra être dûment établie et prouvée. Il appartiendra par exemple au titulaire, en cas d'impossibilité de se fournir en masque ou en EPI, de se constituer une preuve des démarches effectuées en usant de tous les moyens de preuve possible (attestation de son fournisseur, constats d'huissiers si nécessaire dans certains cas, etc.) pour justifier l'impossibilité de la reprise du chantier.

Il est donc permis de constater que, en pratique, dans certains cas, les entreprises de travaux seront parfaitement fondées à refuser la mise en œuvre d'un OS de reprise de chantier.

Au-delà de ces problématiques relatives à la faculté ou non pour les acteurs de la construction de s'opposer à une reprise des chantiers, il convient également de s'interroger sur les éventuels « recours » possibles contre de telles décisions.

Les éventuelles sanctions ou recours possibles contre les refus de reprendre les chantiers

Aux sanctions éventuelles pouvant être mises en œuvre par le maître d'ouvrage contre le refus injustifié des entreprises de reprendre les opérations de travaux, s'ajoute également, compte tenu du contexte actuel, la question des éventuels recours possibles des entreprises en cas de refus de reprise du chantier par le maître d'ouvrage lui-même.

Les leviers d'action du maître d'ouvrage contre le refus opposé par le titulaire du marché de travaux

La faculté pour le maître d'ouvrage de sanctionner éventuellement le titulaire du marché de travaux dépend essentiellement de ce que le refus d'exécuter opposé par ce dernier est justifié, ou non.

Dans une première hypothèse, comme évoqué plus haut, le bien-fondé du refus de reprise du chantier pourra notamment être justifié par les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 ou l'existence d'une situation de force majeure, lesquelles feront alors obstacle à tout pouvoir de sanction de la part du maître d'ouvrage. Les dispositifs de l'article 6 de l'ordonnance susvisés sont en effet présentés par la DAJ de Bercy comme « protégeant les entreprises contre les sanctions contractuelles »(47) . L'on déduit, au moins implicitement, de l'article 6 1°, que la prolongation des délais d'exécution diffère, mécaniquement, le point de départ des pénalités de retard. Et, de manière très explicite, il résulte de l'article 6 2° que la démonstration par le titulaire de son impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat fait échec de manière générale au pouvoir de sanction de l'acheteur. Quant à la possibilité de passer, exceptionnellement, un marché de substitution, elle n'est pas ici une mesure coercitive, car elle n'est pas prononcée aux frais et risques du titulaire défaillant. En définitive, à la condition que l'impossibilité de reprise du chantier soit dûment démontrée, le maître d'ouvrage pourrait se retrouver effectivement privé de son pouvoir de sanction. Concrètement le maître d'ouvrage ne pourra donc pas : - appliquer des pénalités (notamment de retard) ; - résilier le marché pour faute du titulaire ; - organiser une mise en régie provisoire, aux frais et risques du titulaire.

Il en sera a fortiori de même si le cas de force majeure est caractérisé, car une telle situation constitue une véritable cause exonératoire de responsabilité au profit de l'entreprise, de sorte qu'aucune sanction n'est susceptible d'être prise à son encontre. En effet, « le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure »(48) . Aussi, comme le précise la DAJ de Bercy, les difficultés résultant notamment des mesures de confinement « peuvent relever du régime de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle. Dans ces situations, les entreprises ne doivent donc pas dans le silence du contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit »(49) . Ainsi, et sauf éventuel aménagement spécifique à la force majeure prévu par des clauses contractuelles particulières, lorsque la force majeure est valablement caractérisée, la collectivité ne peut sanctionner le titulaire à aucun titre que ce soit, sauf à engager sa propre responsabilité. À nouveau, donc, la collectivité ne pourra en principe appliquer des pénalités, résilier le marché pour faute ou organiser une mise en régie provisoire aux frais et risques à défaut de reprise du chantier par l'entreprise de travaux.

Dans une seconde hypothèse, à l'inverse, dans la mesure où le refus de reprendre l'exécution de ses prestations par le titulaire du marché de travaux ne serait pas justifié, le pouvoir de sanction du maître d'ouvrage perdurera. En effet, ni la situation actuelle ni les textes d'exception édictés dans l'urgence, notamment l'ordonnance du 25 mars 2020, ne font table rase du droit commun des marchés publics. Comme le précise la DAJ, « pour toutes les situations n'entrant pas dans les cas visés par l'ordonnance, le droit commun de la commande publique continue de s'appliquer »(50) .

S'agissant concrètement du pouvoir de sanction, les « cas non visés » par l'ordonnance peuvent recouvrir principalement deux types de situations fautives : - les manquements contractuels qui ne seraient pas la conséquence de la propagation de l'épidémie et des mesures prises pour limiter cette propagation et donc qui sont insusceptibles de relever de la réglementation d'exception mise en place et donc du champ d'application de l'ordonnance. Par exemple : un retard dont l'origine résiderait dans des circonstances

antérieures à la crise, une impossibilité d'approvisionnement auprès d'un fournisseur pour des raisons de rupture de stock indépendante de la crise, etc.

- les manquements contractuels qui, quoique liés de près ou de loin à la crise, ne sont pas pour autant justifiés par une impossibilité d'exécuter, au sens de l'article 6 de l'ordonnance. Ainsi, dans ce cas, le titulaire ne pourra pas en principe échapper aux sanctions prévues par le marché.

Dans la mesure où le refus de reprise du chantier ne se-rait pas fondé, des sanctions contractuelles seront donc possibles. Elles pourront prendre la forme de pénalités (plus spécifiquement de retard) prévues par le CCAG et/ ou les clauses particulières mais aussi, pour s'en tenir ici à l'article 48 CCAG travaux relatif aux « mesures coercitives » : - d'une mise en demeure(51) , - d'une poursuite des travaux aux frais et risques(52) , voire d'une éventuelle résiliation pour faute(53) , laquelle pourra notamment être prononcée dans les cas prévus à l'article 46.3.1. du CCAG travaux.

Les recours contre le refus opposé par le maître d'ouvrage de reprise du chantier

Le maître d'ouvrage dispose d'un pouvoir de contrôle et de direction qui existe même lorsqu'il n'est pas spécifiquement rappelé par les dispositions contractuelles(54) . C'est en vertu de ce pouvoir qu'il peut prendre la décision de procéder à l'ajournement des travaux conformément aux dispositions de l'article 49.1 du CCAG travaux. Si, à la lecture des textes, une telle décision semble être laissée à la libre discrétion du maître d'ouvrage - l'article 49.1 du CCAG travaux ne fixant, a priori, aucune condition de recours spécifique - ce dernier devra toutefois veiller à ce qu'elle soit fondée sur des motifs qui lui sont propres et non en vue d'acter des difficultés qui ont une origine extérieure, notamment, par exemple, le comportement du titulaire du marché.

L'on pourrait donc a priori parfaitement imaginer, que dans le contexte actuel de l'épidémie de Covid-19, un maître d'ouvrage prenne la décision de poursuivre l'ajournement des travaux décidé au début du confinement pour des motifs qui lui sont propres, que ceux-ci aient ou non à voir avec à l'application des mesures de sécurité sur le chantier conformément aux dispositions du Code du travail et du Guide de l'OPPBTP.

Dans la mesure où une telle décision intervient dans le cadre du pouvoir unilatéral de contrôle des opérations par le maître d'ouvrage, le seul recours qui semble s'offrir au titulaire du marché, est un recours indemnitaire conformément aux dispositions de l'article 49.1 précité. Le CCAG travaux prévoit en effet qu'en cas d'ajournement des travaux, 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 ». S'il appartient au titulaire de solliciter auprès du maître d'ouvrage la mise en œuvre d'une procédure de constat ayant pour objet « la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés » conformément aux dispositions de l'article 12 du CCAG, le régime de responsabilité de l'article 49 du CCAG travaux reste un régime de responsabilité sans faute, qui n'exige pas non plus, de condition relative au bouleversement de l'économie du marché(55) . Par conséquent, l'existence d'une faute du maître d'ouvrage ne constitue pas une condition sine qua non d'indemnisation du titulaire en cas d'ajournement des travaux par le maître d'ouvrage, mais un simple moyen de preuve de l'existence d'un préjudice. C'est ce que le juge administratif a récemment rappelé à plusieurs reprises(56) . Dans le contexte actuel, il ne peut néanmoins être exclu que la volonté du maître d'ouvrage de suspendre les travaux n'ait pas été parfois traduite dans les faits par une décision explicite d'ajournement en bonne et due forme : « l'ajournement » aura par exemple pu prendre la forme d'un échange de courrier ou d'une forme d'acceptation tacite de la décision de l'entreprise d'exécuter ses travaux. Dans ce cas, dans le cadre notamment de marchés de travaux conclus à prix forfaitaire, il pourra alors être envisagé par l'entreprise de se fonder aussi sur le régime d'indemnisation « général » du titulaire du marché fixé par la jurisprudence Région Haute-Normandie(57) pour obtenir réparation des conséquences pécuniaires de la décision injustifiée du maître d'ouvrage de reprise du chantier : rappelons que cette jurisprudence soumet le droit à indemnisation par le titulaire d'un marché à forfait des difficultés rencontrées dans le cadre de son exécution à deux situations : - soit celles-ci ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat ; - soit celles-ci sont imputables à une faute de la personne publique.

Ainsi, le régime d'indemnisation du titulaire du marché qui se heurterait à un refus de reprise du chantier par le maître d'ouvrage pourra être différent selon que celui-ci a ou non explicitement pris la décision d'ajourner les travaux.

Quoi qu'il en soit, il sera de l'intérêt de chacun, comme souligné par le Guide de l'OPPBTP, de privilégier le dialogue entre les parties prenantes pour une reprise du chantier qui fait consensus.

(1) G. Casu, S. Bonnetle, « Comment construire en période de coronavirus ? », Dalloz actualité.fr, 8 avril 2020 (https://www.dal-loz-actualite.fr/flash/comment-construire-en-période-de-corona-virus#.Xq_dpZ4zaUk).

(2) Préconisations du Haut Conseil de la santé publique relatives à l'adaptation des mesures barrières et de distanciation sociale à mettre en œuvre en population générale, hors champs sanitaire et médico-social, pour la maîtrise de la diffusion du SARS-CoV-2.

(3) <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-de-deconfinement.pdf>. Sa dernière mise à jour date du 24 juin dernier. (4) A. Pouthier, « Continuité de l'activité : ce que comprend l'accord entre le BTP et l'Etat », Le Moniteur.fr, 21 mars 2020.

(5) « Ce guide a reçu l'agrément des ministères de la Transition écologique et solidaire, de la Ville et du Logement, des Solidarités et de la Santé, et du Travail. », *i.e p.* 1 du Guide.

(6) Ministère de la Transition écologique et solidaire, Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, note aux préfets 200004897, « Mesures relatives à la continuité de l'activité pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics ».

(7) G. Casu, S. Bonnetle, « Comment construire en période de coronavirus ? », Dalloz actualité.fr, 8 avril 2020 [https://www.dal-loz-actualite.fr/flash/comment-construire-en-periode-de-corona-virus#.Xq_dpZ4zaUk].

(8) G. Casu, S. Bonnetle, « Comment construire en période de coronavirus ? », Dalloz actualité.fr, 8 avril 2020 [https://www.dal-loz-actualite.fr/flash/comment-construire-en-periode-de-corona-virus#.Xq_dpZ4zaUk].

(9) Guide, p. 2, colonne de gauche, troisième tiret. (10) Guide p. 4, colonne de gauche, troisième tiret. (11) C. trav., art. L. 4532-2 et 4.

(12) C. trav., art. L. 4232-8. (13) C. trav., art. R. 4532-9. (14) C. trav., art. L. 4211-1.

(15) Exemples : C. trav., art. L. 4744-1, L. 4744-2, L. 4744-3, L. 4744-4. À noter que le juge le juge conçoit largement le rôle du maître d'ouvrage : il considère par exemple que celui-ci doit apprécier l'expérience du coordonnateur au regard de la nature de l'opération, sans se satisfaire de la seule attestation de compétence produite par le coordonnateur qui s'appuie notamment sur un minimum d'expérience (Cass. crim, 16 septembre 2008, n° 06-82369).

(16) Cass. crim. 17 novembre 2015, n° 14-83894.

(17) C. pén., art. L. 223-1.

(18) C. trav., art. R. 4511-1; Pour le champ d'application de ces dispositions, voir aussi : article R. 4511-3 du même Code.

(19) C. trav., art. R. 4512-6.

(20) C. trav., art. R. 4511-7 et R. 4511-8 al. 1er ; sur la responsabilité de l'entreprise utilisatrice, voir également : Articles R. 4512-4, R. 4513-1, R. 4513-2, R. 4513-7 et R. 4513-9 du Code du travail ; (21) C. trav., art. R. 4532-57

(22) CAA Lyon 9 janvier 2014, Sarl Rhône Fluides, req. n° 12LY01997. (23) C. trav., art. L. 4532-9. (24) CCAG travaux, art. 28.3 ; voir aussi article 3.6 pour les soustraitants. (25) CCAG travaux, art. 7.1. (26) CCAG travaux, art. 31.4. (27) CCAG travaux, art. 40. (28) Exemples : Articles L. 4744-5 et L. 4741-4 du Code du travail. (29) C. pén., art. L. 1213 ; Cass. crim, 6 mai 2002, n° 01-84717.

(30) Cass. crim., 14 sept. 1999, n° 98-87.941.

(31) Refus d'exécuter un ordre de service portant sur certains travaux excédant 1/10e du montant contractuel des travaux (CCAG travaux, art. 15.2.2) ; en cas d'émission tardive de l'ordre de service de commencement des travaux (possibilité pour le titulaire de demander la résiliation du marché) (CCAG travaux, art. 46.2.1.) ; non-paiement de deux acomptes successifs (possibilité d'interrompre les travaux) (CCAG travaux, art. 49.2.1) ; intempéries (CCAG travaux, art. 19.2.3) au sens de la réglementation du travail (Droit des marchés publics, Le Moniteur, n° IV.215.2.6 et IV.370.3.3 ; Code du travail art. L. 5424-8) entraînant un arrêt de travail sur les chantiers. (32) Le titulaire veille à ce que les prestations qu'il effectue respectent les prescriptions de sécurité et de santé des personnes (CCAG travaux, art. 7.1). Il prend sur son chantier toutes les mesures d'ordre et de sécurité, les dispositions utiles pour assurer l'hygiène des installations de chantier destinées au personnel, et toutes les mesures d'ordre, de sécurité et d'hygiène (CCAG travaux, art. 31.4).

(33) Cf. article 3.6 du CCAG - commentaire (34) CAA Lyon 9 janvier 2014, Sarl Rhône Fluides, req. n° 12LY01997.

(35) CCAG travaux, art. 19.2.2.

(36) CAA Douai 31 décembre 2014, Société Valérien, req. n° 11DA01495 (en l'espèce, il s'agit de terrains bombardés lors de la seconde guerre mondiale, qui devaient être déminés). Le juge se prononce sur le refus de sociétés sous-traitantes d'exécuter leurs prestations au motif que « les conditions de sécurité n'étaient pas réunies pour leur permettre d'intervenir sans risque ». Il estime qu'il leur appartenait « soit de refuser de signer le contrat de sous-traitance, si elles estimaient que les modalités d'exécution des opérations de dépollution pyrotechnique n'étaient pas régulières ou présentaient des conditions de sécurité insuffisantes,

soit, le cas échéant, d'exiger des compléments d'information sur ces points ».

(37) CAA Paris 11 décembre 2005, Commune de Melun, req. n° 05PA02576 ; CAA Nancy 19 juillet 2018, req. n° 16NC02781 (38) Ces clauses sont généralement plus fréquentes en concessions.

(39) DAJ, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique - Questions-réponses », 8 avril 2020 (40) CAA Lyon 28 novembre 1991, req. n° 89LY0045.

(41) DAJ, fiche technique « Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 », 27 avril 2020.

(42) Article 1er de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

(43) « les règles de protection sanitaire et les mesures de confinement n'obligent pas à suspendre toute activité économique et administrative et n'empêchent pas l'exécution de tous les marchés en cours. Lorsque la poursuite de l'exécution des contrats est nécessaire et si elle est possible dans le respect de règles sanitaires permettant de protéger les salariés du virus, elle doit pouvoir continuer. Le titulaire est invité à produire tous les éléments dont il dispose pour démontrer de réelles difficultés d'exécution et établir notamment qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter les prestations ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. Avant de prendre une décision de suspension, ou à défaut une décision de prolongation des délais d'exécution, il convient donc de s'assurer que le titulaire est mis dans l'impossibilité de réaliser les prestations prévues au marché et notamment en prenant en considération le respect des règles sanitaires de protection des salariés » (DAJ, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique -Questions-réponses », 8 avril 2020).

(44) Article 1 er de l'ordonnance du 25 mars 2020. (45) C. trav., art. L. 4531-1. (46) « En cas de réquisition par l'Etat empêchant un fournisseur d'honorer des commandes qui lui ont été passées dans le cadre de marchés publics, il s'agit d'un cas de force majeure justifiant l'annulation de la commande ».

(47) DAJ, fiche technique « Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 », 27 avril 2020, art. 3.1.

(48) CE 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n° 370644.

(49) DAJ, fiche « La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire », 18 mars 2020.

(50) DAJ, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique - Questions-réponses », 8 avril 2020.

(51) CCAG travaux, art. 48.1.

(52) CCAG travaux, art. 48.2 48.3, 5 et 6.

(53) CCAG travaux, art. 48.2, 48.4, .5 et .6.

(54) CE 22 février 1952, Société pour l'exploitation des procédés Ingrand, *Rec. CE*, p. 130.

(55) CE 21 février 2000, OPHLM de la Ville de Nice et des Alpes Maritimes, req. n° 187257.

(56) TA Grenoble 17 juin 2019, req. n° 1702255. CAA Paris 16 juin 2015, Région Ile-de-France, req. n° 13PA00368 ; Voir : T. Sermot, « L'ajournement dans les marchés de travaux », *Contrats publics -Le Moniteur*, n° 207, mars 2020.

(57) CE 5 juin 2013, Région Haute-Normandie, req. n° 352917.

Mots clés

Guide de l'OPPBTP - Ajournement - Force majeure - Ordonnance du 25 mars 2020 - Pénalités de retard - Indemnisation