

Direction Juridique et Fiscale
Pascal GAREAU

Rédacteur :
Alima MIAL
Conseillère juridique

Note juridique

L'impact de la crise sanitaire sur les marchés de travaux en cours d'exécution

I. Un contexte juridique exceptionnel :

1. Le décret 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 qui crée une obligation de confinement

Afin de faire face à la crise sanitaire liée au covid19, le gouvernement a pris la décision d'interdire tout déplacement en dehors de son domicile jusqu'au 31 mars 2020, sauf dans certains cas limitatifs (Cf. le décret précité paru au JORF le 22 mars 2020).

Toutefois, il ne prévoit pas une interdiction générale et absolue de travailler dès lors que l'article 1-1° dudit décret interdisant les déplacements autorise : « les trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés. »

Sur ce point, il a également précisé que les déplacements pour se rendre au travail sont autorisés si :

- le télétravail n'est pas possible ;
- les gestes-barrière et l'ensemble des consignes permettant d'éviter la contamination peuvent être respectées.

Par décret en date du 24 mars 2020, il a réitéré cette autorisation en précisant que sont également autorisés les « déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par l'article 8 du présent décret » (Cf. art. 3-2° du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire paru au JORF le 24 mars 2020).

Il est à noter que parmi les activités autorisées à ouvrir l'on retrouve celles liées aux négoce des matériaux et équipements de la construction :

- commerce de détail de matériaux de construction, quincaillerie, peintures et verres en magasin spécialisé ;
- location et location-bail de machines et équipements pour la construction

Mise à jour le 26 mars 2020

Il ressort donc de l'état du droit qu'aucune interdiction générale et absolue de travailler ne peut être imposée aux maîtres d'ouvrage contrairement aux positions prises par certains acteurs qui demandent systématiquement la fermeture des chantiers.

Chaque opération de travaux devra donc faire l'objet d'une appréciation in concreto au cas par cas de la part de l'ensemble des acteurs de la construction : le maître d'ouvrage, le coordonnateur SPS, l'équipe de maîtrise d'œuvre et les titulaires des marchés de travaux.

2. La crise sanitaire qui relève de la force de la majeure sous certaines conditions

Pour l'ensemble des acteurs de la construction, se pose la question de savoir si la crise sanitaire peut être un motif justifiant la suspension de l'exécution de leurs marchés et notamment du marché de travaux.

Il sera nécessaire de se reporter aux clauses du marché pour y rechercher les stipulations contractuelles afférentes à la suspension ou à la prolongation des obligations contractuelles.

a) Sur la base des clauses contractuelles du marché de travaux : CCAG marchés publics de travaux ou norme Afnor NF P 03-001 des marchés privés de travaux

Pour les organismes qui ont fait référence aux clausiers précités, se pose la question de savoir si les acteurs de la construction peuvent légalement invoquer :

- une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier (Cf. art. 19.2.2 du CCAG précité) ou une prolongation pour cause non imputable à l'une des parties (Cf. art. 10.3.1.2 de la Norme AFNOR citée) :

Concernant ce point, on peut relever :

Dans la norme NF P 03-001 des marchés privés de travaux (Cf. art. 10.3.1.2) :

- la force majeure;
L'hypothèse de la force majeure sera examinée dans le b).
- les jours fériés ou chômés inhabituel ;
- les jours de grève générale de la Profession ou des corps d'état ou secteurs d'activités dont les travaux de l'entrepreneur dépendent, au lieu d'exécution des travaux à l'exclusion des jours de grève propres à l'entreprise en particulier.

Dans le CCAG marchés publics de travaux (Cf. art. 15.2.2 dudit CCAG) :

- les sujétions techniques imprévues

Selon une jurisprudence constante, sont considérées comme des sujétions techniques imprévues, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties. Ces trois critères sont cumulatifs (CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445).

Dans les deux clausiers cités :

- les intempéries (Cf. art. 19.2.3 dudit CCAG et art. 10.3.1.1 de ladite norme AFNOR).

- l'interruption des travaux (Cf. art. 49.2 du CCAG marchés publics de travaux et art. 10.3.2.1 de la Norme Afnor précitée) :

Cette situation recouvre l'hypothèse où le titulaire du marché de travaux peut interrompre le marché pour défaut de paiement du maître d'ouvrage.

Dans la mesure où aucune de ces clauses sont en lien avec la crise sanitaire, on peut donc les écarter.

b) Sur la base du droit et des obligations du code civil : la force majeure

Les parties au contrat peuvent ne pas exécuter ou différer la réalisation des obligations qui leurs incombent s'ils démontrent la force majeure (Cf. art. 1218 du Code civil).

Les conditions de la force majeure ont été rappelées par la DAJ dans sa fiche relative à la passation et à l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fiche-passation-marches-situation-crise-sanitaire.pdf.

Cette dernière précise que :

« Sous réserve de stipulations contractuelles aménageant les cas de force majeure, ceux-ci se constatent au cas par cas dès lors que les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) L'événement était imprévisible. Cette condition est remplie en l'espèce.
- b) Cet événement est extérieur aux parties. Cette condition est également remplie.
- c) Le titulaire du marché public ou l'acheteur public se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie du marché public (délais, quantités, respect de certaines spécifications des prestations à réaliser...). »

Il convient donc de vérifier si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir ses obligations contractuelles. »

3. La loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 qui instaure l'Etat d'urgence sanitaire

La loi instaure un dispositif d'état d'urgence "sanitaire", à côté de l'état d'urgence de droit commun prévu par la loi du 3 avril 1955.

Il s'agit "d'affermir les bases légales" sur lesquelles reposaient jusqu'ici les mesures prises pour gérer l'épidémie de Covid-19.

Le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans les trois mois suivant la publication de la loi, des mesures provisoires afin de répondre à la situation de confinement que connaît le pays (43 habilitations au total).

Ces mesures concernent de nombreux domaines. Il s'agit notamment :

- de permettre aux entreprises de secteurs particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation ou à la continuité de la vie économique et sociale de déroger aux règles d'ordre public et aux

- stipulations conventionnelles relatives à la durée du travail, au repos hebdomadaire et au repos dominical ;
- de modifier les modalités d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, notamment du comité social et économique, pour leur permettre d'émettre les avis requis dans les délais impartis, et de suspendre les processus électoraux des comités sociaux et économiques en cours ;
 - d'aménager les dispositions de la sixième partie du code du travail, notamment afin de permettre aux employeurs, aux organismes de formation et aux opérateurs de satisfaire aux obligations légales en matière de qualité et d'enregistrement des certifications et habilitations ainsi que d'adapter les conditions de rémunérations et de versement des cotisations sociales des stagiaires de la formation professionnelle ;
 - d'adapter les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet.

Il conviendra d'examiner chaque marché et notamment chaque opération de travaux au regard des mesures qui seront prises en application de ce texte.

4. *Une ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 qui modifie le droit au commun des contrats*

Son article 1^{er} fixe son champ d'application et son application dans le temps :

L'ordonnance modifie le droit commun de l'exécution des contrats alors qu'il s'agit d'un droit en grande partie de la passation des achats publics.

Dès lors qu'elle prévoit que sont soumis à ses dispositions tous les contrats passés en application du code de la commande publique, les organismes privés Hlm entrent donc dans son champ d'application.

Par ailleurs, cette dernière prévoit une entrée en vigueur rétroactive de ses dispositions à compter du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 et ce durant deux mois après la fin de l'état d'urgence.

Enfin, cette dernière encadre strictement son application à l'impact liées à la propagation de l'épidémie de covid-19 sur la passation et l'exécution des achats publics.

4.1 Une remise en cause du droit commun : du droit de l'acheteur public à la poursuite du contrat en cas de bouleversement de l'économie général du contrat

S'il s'agit d'un marché public de travaux :

C'est l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie générale du gaz de Bordeaux qui a consacré la théorie de l'imprévision en droit public.

La théorie de l'imprévision impose à la personne publique cocontractante d'aider financièrement le titulaire du marché à exécuter le contrat, lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat.

Ces critères ont été repris dans la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges

économiques (J.O. du 30/11/1974). Toutefois, l'imprévision ne libère pas le cocontractant de ses obligations. Celui-ci est tenu de poursuivre l'exécution du contrat, faute de quoi il se verrait privé du droit d'obtenir une indemnisation au titre de l'imprévision (C.E. 5/11/1982. Société Propétrol, n°19413).

S'il s'agit d'un marché privé de travaux :

C'est l'arrêt « Canal de Craponne » rendu le 6 mars 1876 par la Chambre civile de la Cour de cassation au visa de l'article 1134 du Code civil français qui rejette la théorie de l'imprévision en droit des marchés privés.

Dans cet arrêt, le propriétaire percevait une redevance pour l'entretien et la fourniture d'eau à la plaine voisine qui ne couvrait même plus les frais d'entretien dudit Canal, à cause de la dépréciation monétaire. Le propriétaire saisit le juge afin de faire revaloriser la redevance prévue aux conventions. S'est posé alors la question de savoir si l'on peut porter atteinte à la force obligatoire du contrat lorsque les circonstances économiques ont changé de telle sorte qu'il n'y a plus d'équilibre contractuel.

C'est le législateur qui va consacrer cette théorie en droit des marchés privés lors de la réforme de 2016 du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Désormais, 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 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. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, 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 (Cf. art. 1195 du code civil).

Ce nouvel article permet désormais au juge civil de réviser le contrat ou d'y mettre fin en cas de changements de circonstances imprévisibles lors de sa conclusion.

4.2 Une instauration d'un régime d'exception : d'un droit protecteur pour le titulaire du marché public (Cf. art. 6 de l'ordonnance précitée)

Alors que le code de la commande publique ne contient qu'exceptionnellement des dispositions relatives à l'exécution des marchés, l'ordonnance prévoit que ses dispositions font échec aux clauses contractuelles contenues dans les marchés relatives à leur exécution à moins que ces dernières soient plus favorables au titulaire du marché de travaux que ce que prévoit ladite ordonnance, remettant ainsi en cause les obligations contractuelles des parties.

- a) Création d'un droit de prolongation du marché public au profit du titulaire du marché

Son article 6 prévoit qu'en cas de difficultés d'exécution du titulaire du marché public :

Le titulaire du marché public peut imposer à l'acheteur, avant l'expiration du délai contractuel, de prolonger ses obligations contractuelles d'une durée égale à la durée d'application de l'ordonnance précitée. Il ne s'agit pas d'une autorisation de la part du titulaire mais d'un droit pour lui d'exiger la prolongation de ses obligations contractuelles.

Le titulaire du marché public peut imposer à l'acheteur une prolongation de ses obligations uniquement dans les deux hypothèses suivantes :

- Impossibilité d'exécuter dans les délais une ou des obligations contractuelles ;

- Exécution rendant sa charge manifestement excessive.

b) Création d'un régime juridique protecteur au profit du titulaire du marché

L'article 6 de l'ordonnance vise 3 hypothèses :

- **En cas d'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat :**

Le titulaire du marché public devra justifier :

- l'insuffisance de moyens,
- une charge manifestement excessive.

Dans ce cas, le titulaire du marché ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée.

- **En cas d'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur liée au covid19 :**

Le titulaire peut être indemnisé des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié.

Dans ce cas, l'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur.

L'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire.

- **En cas de suspension par l'acheteur d'un marché à prix forfaitaire en cours d'exécution :**

Dans ce cas, l'acheteur procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. A l'issue de la suspension, un avenant 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.

Il conviendra de vérifier au cas par cas si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir une ou ses obligations contractuelles.

II. En l'espèce, il faudra faire une appréciation in concreto de chaque opération de travaux au cas par cas à la lumière de l'état du droit en vigueur.

1. 1^{ère} mesure à prendre pour la maîtrise d'ouvrage : convoquer d'urgence à une réunion de chantier l'ensemble des acteurs de la construction

Les maîtres d'ouvrage doivent convoquer en urgence à une réunion de chantier l'ensemble des intervenant dans l'acte de construire : la maîtrise d'œuvre, le SPS et l'ensemble des titulaires des marchés de travaux.

En l'occurrence, il est demandé à l'ensemble des acteurs de la construction d'avoir l'esprit très ouvert et imaginatif afin de repenser le projet de construction à la lumière de l'état du droit exceptionnel. A cette fin, il conviendra d'envisager des solutions et les aménagements compatibles avec la réalisation du projet de construction sans risque pour la santé des travailleurs.

Recommandation : Instaurer un dialogue avec les acteurs de la construction. Il faut notamment les rassurer sur la démarche, notamment, en leur rappelant le rôle du maître d'ouvrage en matière des principes prévention sur un chantier de génie civil et de bâtiment (Cf. article L. 4531-1 : "Afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur un chantier de bâtiment ou de génie civil, le maître d'ouvrage, le maître d'oeuvre et le coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé mentionné à l'article L. 4532-4 mettent en oeuvre, pendant la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et pendant la réalisation de l'ouvrage, les principes généraux de prévention énoncés aux 1° à 3° et 5° à 8° de l'article L. 4121-2. Ces principes sont pris en compte notamment lors des choix architecturaux et techniques ainsi que dans l'organisation des opérations de chantier, en vue : 1° De permettre la planification de l'exécution des différents travaux ou phases de travail se déroulant simultanément ou successivement ; 2° De prévoir la durée de ces phases ; 3° De faciliter les interventions ultérieures sur l'ouvrage.")

Il est préconisé également de privilégier les échanges à distance pour limiter la diffusion du covid19 : courriel, téléphone, utilisation du BIM ou visio-conférence.

Des comptes rendus détaillés doivent être réalisés et communiqués à l'ensemble des participants.

A l'ordre du jour de la réunion de chantier devra figurer les points suivants :

1. 1 Quelles sont les mesures à prendre pour poursuivre l'exécution des marchés de travaux sans aucun risque pour la santé des travailleurs ?

On pourra poser les questions suivantes à l'ensemble des participants à l'acte de construire :

a) Quels sont les personnels et les matériels à mobiliser pour poursuivre le chantier ?

Sur ce point, on peut s'interroger si :

L'on peut réaliser la prestation en réduisant le nombre d'intervenants sur le chantier ?

S'il est pertinent de maintenir sur le chantier le personnel encadrant ?

Si le choix de salariés disposant d'expériences de chantiers complexes permettrait de réaliser les prestations et ce en toute sécurité ?

b) Comment organiser le chantier pour que chacun des acteurs de la construction puisse intervenir en toute sécurité ?

A titre d'exemple : peut-on envisager que les salariés de la maîtrise d'ouvrage ainsi que l'architecte contrôlent le chantier lors d'une pause des salariés des titulaires des marchés de travaux c'est-à-dire sans leur présence ?

c) Est-ce qu'une réorganisation du planning et du calendrier de chantier permettrait de poursuivre le chantier en toute sécurité ?

Si tel est le cas, le nouveau planning et le calendrier de chantier devra être signé par l'ensemble des parties au marché de travaux.

- d) Quelles sont les modifications à apporter au plan général de coordination ou plan de prévention pour permettre la poursuite du chantier en toute sécurité ?

Adopter un nouveau plan conforme aux règles de sécurité imposées par les textes d'urgence. Il est recommandé de préciser en détail les interventions de l'ensemble des acteurs de la construction : architecte, bureau d'étude et les titulaires des marchés de travaux ainsi que leurs interactions entre eux dans le respect des nouvelles règles de sécurité.

- e) Les règles de distance physique entre les travailleurs peuvent-elles être respectées sur le chantier ?

Il convient de s'interroger pour mettre en œuvre cette règle : le nombre de salariés présents sur le chantier, les conditions de réalisation des tâches des salariés et leurs interactions avec le matériel pour réaliser les tâches et les autres intervenants au chantier.

Recommandation : Afficher les consignes sur le chantier. Rappel de l'affichage obligatoire dans le local vestiaire pour les salariés détachés dans un bon état de lisibilité et dans leur langue des points suivants : prévention des chutes de hauteur ; équipements individuels obligatoires et existence d'un droit de retrait. (Cf. art. 3 du décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales).

- f) Est-il possible d'adapter ou d'ajouter des bases de vie pour répondre aux nouvelles exigences sanitaires qu'impose cette crise ?

Réorganiser la base de vie du chantier afin de respecter les nouvelles règles de sécurité, en adaptant ou ajoutant des vestiaires, des réfectoires, des douches et ou des lavabos.

- g) Est-ce que les salariés disposent des équipements de protection individuelle pour faire face au covid19 ?

Des masques, gants, gel hydraulique ou lavabo pour se laver les mains sont-ils disponibles et ce en quantité suffisante ?

Le port de combinaison « amiante » ne permettrait-elle pas les contacts en toute sécurité entre les salariés ?

1.2 Quels sont les freins à la réalisation des obligations contractuelles ?

On pourra poser les questions suivantes à l'ensemble des participants à l'acte de construire :

- a) De quelles natures sont les freins : délais, quantités, respect de certaines spécifications des prestations à réaliser ?

Sont-ils insurmontables ou adaptables ?

Les délais peuvent-ils être allongés pour tenir compte des nouvelles conditions de réalisation des prestations ?

- b) Existe-t-il une rupture d'approvisionnement du matériel ou des équipements ? Cette rupture est-elle momentanée ou va-t-elle perdurer dans le temps ?

Sur ce point, on pourra poser les questions suivantes :

Quels sont les matériaux ou équipements nécessaires pour poursuivre le chantier ?

L'ensemble des matériaux ou équipements nécessaires sont-ils disponibles sur le chantier ou chez le titulaire du marché de travaux ou dans les commerces ?

Sous quel délai, les matériaux ou équipements pourraient être disponibles ?

Les commerces de matériaux et d'équipements sont-ils ouverts ou fermés ? Si lesdits commerces sont fermés s'agit-il d'une fermeture temporaire ou durable ?

- c) Existe-t-il une impossibilité partielle ou totale de réaliser les prestations dans le respect des règles de sécurité ?

Cette impossibilité de réaliser les prestations est-elle imputable à la crise sanitaire ?

Dans l'hypothèse où elles ne sont pas imputables aux titulaires des marchés des travaux, les maîtres d'ouvrage ne devront pas appliquer des pénalités de retard.

- d) Le titulaire du marché public est-il dans l'impossibilité d'exécuter dans les délais une ou des obligations contractuelles ?

Qu'est-ce qui justifie que le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations ?

- e) Cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive ?

Que doit mobiliser le titulaire pour pouvoir réaliser la prestation dans les délais contractuels ? Sont-ils manifestement excessifs ?

- f) Le titulaire est-il dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du marché ?

Dans ce cas, le titulaire doit justifier ne pas disposer de moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

2. 2^{ème} mesure à prendre pour la maîtrise d'ouvrage : la décision de poursuivre ou non le chantier

Les réponses aux questions précédentes permettront de savoir si le chantier peut se poursuivre. Si le chantier doit être suspendu, quelles sont les mesures urgentes de mise en sécurité et de gardiennage qui doivent être prises ?

Et surtout, elles doivent permettre de répondre à la question de savoir si l'impossibilité de poursuivre relève de la force majeure.

La DAJ ayant reconnu que la crise sanitaire revêt les deux premiers critères de la force majeure que sont l'imprévisibilité et l'extériorité des parties, il convient de vérifier si l'irrésistibilité est caractérisée.

Pour rappel, la jurisprudence analyse de manière stricte la force majeure. Par irrésistible, il est entendu que le contrat **doit être constitutif d'une difficulté d'une ampleur ou d'une nature** telle qu'elle rend l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement (cf. CE 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes* et pour un exemple récent CAA Douai, 10 janvier 2008, n° 05DA01537), tel est le cas :

- si l'événement a mis le cocontractant dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat, pour ce faire, cet événement doit être un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations par le cocontractant (CE, 7 juin 1939, « Pichol »).

- « En raison de la force exceptionnelle au cours de cette nuit et de la direction du vent qui soufflait du sud vers le nord cette tempête du fait de son caractère imprévisible et irrésistible a présenté le caractère d'un événement de force majeure ». Dans cette affaire, la cour retient que les conséquences de la tempête ont été aggravées par certaines carences dans l'exécution et la surveillance des travaux pour atténuer les effets de la force majeure et décide que le sinistre sera dû pour 2/3 à la force majeure et 1/3 aux contractants. (CAA Nantes, 5 Novembre 1998, « Mutuelles du Mans Assurances).

Elles doivent permettre également de vérifier si le titulaire peut bénéficier du dispositif juridique prévu par l'ordonnance en date du 26 mars 2020 :

Le titulaire du marché public peut-il imposer à l'acheteur une prolongation de ses obligations ?

Le titulaire du marché est-il dans le cas d'une impossibilité d'exécuter ses obligations contractuelles ?

2.1 Le maître d'ouvrage constate l'impossibilité définitive de poursuivre le chantier

En cas d'impossibilité permanente d'exécuter le contrat, le juge reconnaît le cas de force majeure (C.E. 24/04/1968. N°55451).

Dans ce cas, le maître d'ouvrage peut résilier le contrat pour force majeure (Cf. art. 2195-2 du code de la commande publique ou clause spéciale du contrat).

Pour rappel, cette résiliation ouvre droit à une indemnisation limitée de l'entrepreneur (C.E. 14/06/2000. N°184722)

- Indemnisation des pertes : ex : déficit d'exploitation,
- Indemnisation de la période d'exécution du contrat entre la survenance de l'événement et de la résiliation effective du contrat.

En cas d'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, l'article 6 de l'ordonnance en date du 26 mars 2020 prévoit que :

Le titulaire du marché ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée.

En cas d'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur liées au covid19, l'article 6 de l'ordonnance en date du 26 mars 2020 prévoit que :

Le titulaire peut être indemnisé des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié.

Dans ce cas, l'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur.

L'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire.

Dans l'hypothèse où l'organisme Hlm a visé le CCAG marchés publics de travaux dans son marché :

La décision de résiliation du marché est notifiée au titulaire laquelle prend effet à la date fixée dans la décision de résiliation ou, à défaut, à la date de sa notification.

Il est procédé aux constatations relatives aux ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, à l'inventaire des matériaux approvisionnés ainsi qu'à l'inventaire descriptif du matériel et des installations de chantier par procès-verbal. Ce dernier doit comporter l'avis du maître d'œuvre sur la conformité aux dispositions du marché des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés et être signé par le maître de l'ouvrage.

Il emporte réception des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, avec effet de la date d'effet de la résiliation, tant pour le point de départ du délai de garantie que pour le point de départ du délai prévu pour le règlement final du marché. Dans les dix jours suivant la date de signature de ce procès-verbal, le représentant du pouvoir adjudicateur fixe les mesures qui doivent être prises avant la fermeture du chantier pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés. Ces mesures peuvent comporter la démolition de certaines parties d'ouvrages.

A défaut d'exécution de ces mesures par le titulaire dans le délai imparti par le représentant du pouvoir adjudicateur, le maître d'œuvre les fait exécuter d'office.

Sauf dans les cas de résiliation ouvrant droit à indemnité, ces mesures sont à la charge du titulaire.

Le maître de l'ouvrage dispose du droit de racheter, en totalité ou en partie :

- les ouvrages provisoires réalisés dans le cadre du marché et utiles à l'exécution du marché ;
- les matériaux, produits de construction, équipements, progiciels, logiciels et outillages approvisionnés, acquis ou réalisés pour les besoins du marché, dans la limite où il en a besoin pour le chantier.

Il dispose, en outre, pour la poursuite des travaux, du droit, soit de racheter, soit de conserver à sa disposition le matériel spécialement construit pour l'exécution du marché.

En cas d'application des deux alinéas précédents, le prix de rachat des ouvrages provisoires et du matériel est égal à la partie non amortie de leur valeur. Si le matériel est maintenu à disposition, son prix de location est déterminé en fonction de la partie non amortie de sa valeur.

Les matériaux, produits de construction, équipements, progiciels, logiciels et outillages approvisionnés, acquis ou réalisés, sont rachetés aux prix du marché ou, à défaut, à ceux qui résultent de l'application de l'article 14.

Le titulaire est tenu d'évacuer les lieux dans le délai qui est fixé par le maître d'œuvre

En cas de résiliation du marché, une liquidation des comptes est effectuée. Le décompte de liquidation du marché, qui se substitue au décompte général, est arrêté par décision du représentant du pouvoir adjudicateur et notifié au titulaire.

Le décompte de liquidation comprend :

a) Au débit du titulaire :

- le montant des sommes versées à titre d'avance et d'acompte ;
- la valeur, fixée par le marché et ses avenants éventuels, des moyens confiés au titulaire que celui-ci ne peut restituer ainsi que la valeur de reprise des moyens que le pouvoir adjudicateur cède à l'amiable au titulaire ;
- le montant des pénalités ;
- le cas échéant, le supplément des dépenses résultant de la passation d'un marché aux frais et risques du titulaire dans les conditions fixées à l'article 48.

b) Au crédit du titulaire :

- la valeur contractuelle des travaux exécutés, y compris, s'il y a lieu, les intérêts moratoires ;
- le montant des rachats ou locations résultant de l'application de l'article 47.1.3 ;
- le cas échéant, le montant des indemnités résultant de l'application des articles 46.2 et 46.4.

Le décompte de liquidation est notifié au titulaire par le pouvoir adjudicateur, au plus tard deux mois suivant la date de signature du procès-verbal prévu à l'article 47.1.1. Cependant, lorsque le marché est résilié aux frais et risques du titulaire, le décompte de liquidation du marché résilié ne sera notifié au titulaire qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux. Dans ce cas, il peut être procédé à une liquidation provisoire du marché, dans le respect de la réglementation en vigueur. »

Dans l'hypothèse où l'organisme Hlm a visé la norme AFNOR des marchés privés de travaux dans son marché :

Le marché est résilié de plein droit, sans indemnité et sans accomplissement d'aucune formalité judiciaire, dans le cas de force majeure rendant impossible la poursuite du chantier.

Le maître de l'ouvrage peut conserver les matériels et les installations de chantier spécialement créés pour le chantier, qui seront décomptés à l'entrepreneur compte tenu de leur amortissement au prorata des travaux. Il pourra également acquérir la propriété des matériaux approvisionnés et non périssables qui ont donné lieu au paiement d'acomptes, moyennant le paiement du solde de leur prix

Dans tous ces cas, l'entrepreneur ou ses ayants droit sont réglés du montant des travaux effectués à la date de la résiliation. Enfin, les pertes, avaries et dommages constatés par une des parties doivent, dès qu'ils lui sont connus, être signalés à l'autre partie.

2.2 Le maître d'ouvrage constate l'impossibilité temporaire de poursuivre le chantier

Il sera nécessaire de se reporter pour y rechercher les stipulations contractuelles afférentes à la suspension ou à la prolongation des obligations contractuelles :

- aux clauses du marché ;
- à l'article 6 de l'ordonnance en date du 26 mars 2020.

a) Sur la base des clauses contractuelles du marché de travaux : CCAG marchés publics de travaux ou norme Afnor NF P 03-001 des marchés privés de travaux

Pour les organismes qui ont fait référence aux clausiers précités, ils peuvent opter entre prendre une décision d'ajournement ou de suspension du chantier. Le régime juridique de ces notions diffèrent selon si l'on se réfère à l'un ou l'autre clausier.

Dans l'hypothèse où l'organisme Hlm a visé le CCAG marchés publics de travaux dans son marché :

La décision d'ajournement :

Si la situation ne relève pas de la force majeure mais que le maître d'ouvrage souhaite tout de même suspendre le chantier, il peut décider de l'ajournement du marché.

Il faut savoir que le recours à la décision d'ajournement est très encadré, tant par le CCAG que par la jurisprudence.

Dans le silence du CCAG, la jurisprudence a précisé que l'ajournement est la décision du maître d'ouvrage de différer le début des travaux ou d'en suspendre l'exécution(CE 12 juin 2019, Grand port maritime de Marseille, req n° 421545).

Elle entend strictement, d'ailleurs, la notion d'ajournement :

Il y a ajournement lorsque :

- le maître d'ouvrage est à l'origine de la décision (CAA Lyon 31 janvier 2019, Commune de Mions, req n° 16LY03829) ;
- le maître d'ouvrage manifeste une volonté de suspendre les travaux et pas seulement de constater des retards (CAA Douai 2 février 2017, SARL Module, req n° 15DA003005) ;

Il n'y a pas d'ajournement :

- en cas d'intempéries (CAA Lyon 9 janvier 2014, SARL Rhône Fluides, req n° 12LY01997.) ;
- en cas de refus fautif du titulaire d'exécuter un ordre de service ;
- en cas décision du titulaire de suspendre de lui-même l'exécution des travaux ;
- lorsqu'elle a pour origine le comportement du titulaire.

La décision d'ajournement des travaux doit répondre également à des caractéristiques précises :

- elle ne peut être prise que par le maître d'ouvrage en tant que représentant du pouvoir adjudicateur ;

Concernant le maître d'œuvre, il intervient à la marge avec le renvoi aux modalités de l'article 12 du CCAG Travaux s'agissant de la procédure de constat. En pratique, il se chargera, le plus souvent, de la notification de l'ordre de service résultant de l'ajournement décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur.

- il faut une décision formelle de la maîtrise d'ouvrage de suspendre l'activité du titulaire. Il n'y a donc pas d'ajournement implicite ou qui résulterait du comportement du maître d'ouvrage.

Dans sa décision du 12 juin 2019, req. n° 421545, le Conseil d'État a rappelé que doit figurer dans la décision le terme « ajournement », sa portée : ajournement intégrale ou sur une partie des ouvrages et la période visée à venir.

La spécificité de l'ajournement des travaux est d'instituer un régime de responsabilité contractuelle-sans faute-du maître d'ouvrage vis-à-vis du titulaire du marché qui ouvre un « droit à être indemnisé » pour le titulaire du seul fait de la décision d'ajournement.

Le maître d'ouvrage ne peut donc utilement soutenir qu'aucune faute ne lui est imputable (CAA Paris 16 juin 2015, Région Ile-de-France, req. n° 13PA00368). Seule une faute du titulaire serait de nature à faire échec à ce droit à indemnisation(CAA Nantes 28 juillet 2015, Communauté d'agglomération d'Orléans-Val-de-Loire, req. n° 13NT01133.).

Il appartient toutefois au titulaire d'établir la réalité de son préjudice et le lien avec la décision d'ajournement. Le CCAG Travaux semble régler la difficulté inhérente à la charge de la preuve en instaurant, dans la foulée de la décision d'ajournement, une procédure de constat visant précisément à la préservation des droits.

Une fois la réalité du préjudice et le lien avec l'ajournement démontrés, le titulaire a droit à une indemnisation de tous les préjudices subis.

Les chefs d'indemnisation recouvrent l'ensemble des frais, charges et préjudices en lien avec l'ajournement parmi lesquels : les prestations rendues nécessaires par l'arrêt des travaux, les mesures conservatoires(CAA Versailles 29 décembre 2011, Sociétés CARI et Demathieu et Bard bâtiment Île-de-France, req n° 08VE02420.), les frais financiers (CAA Marseille 11 janvier 2013, Société Ingenium, req. n° 10MA02908.), la perte ou la baisse de recettes d'exploitation (CAA Paris 16 juin 2015, Région Ile-de-France, req. n° 13PA00368), les rémunérations versées pendant l'arrêt, et en cas de difficultés économiques consécutives, les frais consécutifs au licenciement des salariés (CAA Lyon 9 mars 2017, SARL Lansard Entreprises, req. n° 15LY03168).

Du point de vue du marché, la première conséquence, et la plus logique, de l'ajournement des travaux est la prolongation consécutive des délais d'exécution. Sur ce point, l'article 19.2.2 du CCAG Travaux prévoit qu'une prolongation du délai ou le report du début des travaux peut être justifié en cas d'ajournement des travaux.

Pour le reste, l'ajournement n'a pas, à lui seul, d'incidence sur le maintien du marché. C'est sa durée qui va ouvrir le cas échéant la voie à une fin anticipée. Aux termes de l'article 49.1.2 du CCAG travaux : « Si, par suite d'un ajournement ou de plusieurs ajournements successifs, les travaux ont été interrompus pendant plus d'une année, le titulaire a le droit d'obtenir la résiliation du marché, sauf si, informé par écrit d'une durée d'ajournement conduisant au dépassement de la durée d'un an indiquée ci-dessus, il n'a pas, dans un délai de quinze jours, demandé la résiliation ».

Une distinction est ainsi opérée selon la durée de l'ajournement avec la reconnaissance d'un droit à la résiliation du marché si la durée est supérieure à un an et si le titulaire en a fait la demande dans un délai de quinze jours à compter de l'information qui lui a été faite.

Il est notable de relever que le CCAG Travaux n'autorise pas le maître d'ouvrage à faire échec à cette demande et qu'il est ainsi dans l'obligation, lorsque l'ajournement a duré plus d'un an, de prononcer la

résiliation si la demande lui a été faite (CAA Marseille 18 juin 2012, EURL Pierre Bonhomme, req n° 09MA02801).

Cette résiliation ouvre droit, en outre, à indemnité pour le titulaire.

L'ordre de service :

L'ordre de service devra préciser pour quelles raisons le maître d'ouvrage suspend les travaux et l'inventaire précis des moyens humains, matériels, financiers immobilisés et de l'état précis du chantier à la date de suspension.

L'entrepreneur a droit à une indemnisation du préjudice subi, en cas de force majeure, s'il a signalé les faits immédiatement au maître de l'ouvrage (art. 18.3) :

- frais de garde et de mise en sécurité du chantier ;
- pas d'application de pénalité de retard ;
- droit de prolongation des délais.

Dans l'hypothèse où l'organisme Hlm a visé la norme AFNOR des marchés privés de travaux dans son marché :

Le recours à la décision tant d'ajourner que de suspendre n'est pas très encadré.

La norme stipule que le délai d'exécution est prolongé de la durée des empêchements de force majeure (article 10.3.1.2.).

L'ajournement ou l'interruption, fractionné ou continu de plus de six mois, peut entraîner résiliation du marché par l'entrepreneur aux torts du maître de l'ouvrage.

b) Sur la base de l'article 6 : un droit de prolongation du marché public au profit du titulaire du marché

L'ordonnance prévoit que ses dispositions font échec aux clauses contractuelles contenues dans les marchés relatives à leur exécution à moins que ces dernières soient plus favorables au titulaire du marché de travaux que ce que prévoit ladite ordonnance remettant ainsi en cause les obligations contractuelles des parties.

Le titulaire du marché public peut imposer à l'acheteur une prolongation de ses obligations uniquement dans les deux hypothèses suivantes :

- Impossibilité d'exécuter dans les délais une ou des obligations contractuelles ;
- Exécution rendant sa charge manifestement excessive.

Modèle de courrier en réponse aux demandes d'arrêt de chantier

Ce modèle de courrier est à adapter en fonction du contenu du courrier reçu par les titulaires des marchés de travaux.

Objet : demande ou mise en demeure d'exécuter le marché n° relatif au.....

Objet : vous avez le choix entre demander l'exécution ou la mise en demeure d'exécution du marché. La mise en demeure permet de constater juridiquement le non-respect des obligations contractuelles tel n'est pas le cas de la demande qui est un simple échange.

Madame, Monsieur,

Par un courrier en date du.....2020, vous demandez, sur le fondement de la crise sanitaire, la suspension du marché précité en objet alors que votre activité n'est pas directement impactée par les mesures gouvernementales.

En effet, les textes autorisent : « les trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés. » (Cf. art. 1-1° du décret n°2020-260 et art. 3-1° du décret n° 2020-293).

Sur ce point, le gouvernement a également précisé que les déplacements pour se rendre au travail sont autorisés si :

- le télétravail n'est pas possible ;
- les gestes-barrière et l'ensemble des consignes permettant d'éviter la contamination peuvent être respectées.

Par décret en date du 24 mars 2020, il a réitéré cette autorisation en précisant que sont également autorisés les « déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par l'article 8 du présent décret » (Cf. art. 3-2° du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire paru au JORF le 24 mars 2020).

Il est à noter que parmi les activités autorisées à ouvrir l'on retrouve celles liées aux négoce des matériaux et équipements de la construction :

- commerce de détail de matériaux de construction, quincaillerie, peintures et verres en magasin spécialisé ;
- location et location-bail de machines et équipements pour la construction

Il ressort donc de l'état du droit en vigueur qu'aucune interdiction générale et absolue de travailler ne peut être imposée aux maîtres d'ouvrage.

En conséquence, il vous est demandé de bien vouloir vous rendre disponible pour la prochaine réunion de chantier qui aura lieu le et qui se déroulera parou aura lieu en milieu extérieur avec toutes les précautions nécessaires pour respecter les règles de distance de sécurité. Elle aura pour objet notamment d'intégrer les mesures de sécurité liées à la crise sanitaire au plan général de coordination ou plan de prévention.

[Il est recommandé de privilégier les échanges à distance pour limiter la diffusion du covid19 : courriel, téléphone, utilisation du BIM ou visio-conférence.](#)

De notre côté, en vue de cette réunion, nous allons contacter la maîtrise d'œuvre et le coordonateur SPS afin d'échanger sur la mise en place des règles de sécurité liées à la crise sanitaire.

Faute d'exécution dans les délai à compter de la réception de la présente, nous vous mettrons en demeure d'exécuter vos obligations contractuelles.

[Rédaction à reprendre si vous avez choisi de demander au titulaire du marché d'exécuter ses obligations.](#)

Faute d'exécution dans les délai à compter de la réception de la présente, nous constaterons les carences et en tirerons toutes les conséquences sur le plan contractuel.

[Rédaction à reprendre si vous avez mis en demeure le titulaire du marché d'exécuter ses obligations.](#)

Par ailleurs, nous tenons à vous rappeler qu'en vertu de votre marché, vous vous êtes engagés en cas de différend à le résoudre à l'amiable(Cf. art. 50 du CCAG marché public de travaux ou art. 21.2 de la norme Afnor NF P 03-001 des marchés privés de travaux)

Comptant sur votre collaboration dans cette période compliquée pour l'ensemble des acteurs de la construction.

Dans l'attente, je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées.

Copie du présent courrier à la maîtrise d'œuvre, bureau de contrôle et au coordonateur SPS.

