



Quelles solutions juridiques face au coronavirus ?

Marchés publics et privés

16 mars 2020

Quelles solutions juridiques face au coronavirus ?

Face au coronavirus, les entreprises disposent de plusieurs solutions juridiques, sur lesquelles elles peuvent se baser pour préserver leurs intérêts économiques, lorsque les chantiers continuent ou lorsqu'ils sont arrêter.

Quelles solutions juridiques face au coronavirus ?

PREMIER CAS : les chantiers continuent

1. Exécution du marché par le titulaire
2. Rencontre de difficultés d'exécution du marché par le titulaire :
 - A. Exécution du marché par un sous-traitant
 - B. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision
 - C. Le défaut de fourniture d'une garantie de paiement à l'entrepreneur permet d'arrêter les travaux 15 jours après la mise en demeure du MOA
3. Demande d'indemnisation des coûts supplémentaires (avenant à négocier)
4. Contestation des pénalités de retard

SECOND CAS : les chantiers sont arrêtés

1. Ajournement par le maître d'ouvrage
2. Force majeure
3. Théorie de l'imprévision
4. Contestation des pénalités de retard

PREMIER CAS : les chantiers continuent

1. Exécution du marché par le titulaire

Vous êtes titulaire d'un marché, le maître d'ouvrage et votre entreprise considèrent que le chantier peut continuer.

Dans ce cas, en principe votre contrat doit être exécuté dans les conditions techniques, financières et de délais prévus initialement.

Néanmoins, il se peut que dans les circonstances liées au coronavirus, l'exécution du marché engendre des coûts supplémentaires à ceux prévus initialement. Dans ce cas, vous pouvez toujours tenter d'en obtenir l'indemnisation par avenant (voir slide n°8).

2. Si le titulaire a des difficultés d'exécution du marché

Plusieurs possibilités sont envisageables d'un point de vue marchés (en dehors des cas prévus par le droit du travail) :

A. Exécution du marché par un sous-traitant ([voir mémento du sous-traitant](#))

- signer un contrat de sous-traitance dans le respect de la loi de 1975

Et

- déclarer le sous-traitant et faire agréer ses conditions de paiement auprès du maître d'ouvrage

B. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

C. L'entreprise n'a pas de solution pour continuer le chantier :

=> le défaut de fourniture d'une garantie de paiement permet à l'entreprise d'arrêter les travaux 15 jours après la mise en demeure au MOA

2. B. Imprévision

2. B. Marchés publics : cas de l'imprévision

Maîtres d'ouvrages concernés : personnes publiques (Etat, collectivités, régions, EPIC, EPCI)

Contrats concernés : tous les contrats administratifs

Définition : la théorie de l'imprévision a été mise en place par l'arrêt du Conseil d'Etat, *Gaz de Bordeaux* de 1916. Elle est reprise par l'article L.6 du Code de la Commande publique.

Deux conditions doivent être réunies :

1. L'événement doit être *imprévisible et extérieur aux parties*
2. L'événement doit *provoquer un bouleversement dans l'économie du contrat*. Ceci est d'ailleurs rappelé dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 2013, *Région Haute-Normandie* pour les marchés à forfait.

En cas d'imprévision, l'entreprise doit poursuivre l'exécution du marché, elle sera en contrepartie indemnisée.

Le CCAG ne prévoit rien de particulier concernant l'imprévision.

2. B. Contrats privés : cas de l'imprévision

Maîtres d'ouvrages concernés :

- Marchés publics conclus par une personne privée : ESH, SPL, SEM
- Marchés privés classiques : promoteurs, etc.

Contrats concernés : contrats conclus postérieurement au 1^{er} octobre 2016

Définition : article 1195 du Code civil.

Plusieurs conditions doivent être réunies :

- 1 - Un changement de circonstances *imprévisible* lors de la conclusion du contrat : si le contrat a été conclu récemment, cette condition sera difficilement remplie
- 2 - Un changement de circonstances devant rendre l'exécution excessivement onéreuse : l'entreprise doit ici justifier qu'il y a un lien de causalité entre le changement de circonstances et l'exécution excessivement onéreuse.
- 3 - *L'entreprise n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion.*

Attention ! Certains auteurs estiment qu'en cas de marché à forfait, au sens de l'article 1793 du Code civil, l'entrepreneur accepte d'en assumer le risque. (V. Y. Picot « Art. 1195- Fasc unique : Contrat. Effet du contrat. – Imprévision ») Toutefois, cette interprétation n'est que doctrinale, et les entreprises peuvent tenter d'être indemnisées.

Cet article est supplétif, cela signifie que rien n'interdit aux parties de prévoir dans le contrat une clause dérogatoire.

2. B. Vérifier dans le contrat l'éventuelle exclusion de l'article 1195 code civil

* Pour les marchés appliquant la normes NF P 03-001 de 2017 :

L'article 9.1.2 reprend l'article 1195 du Code civil.

Ainsi si les 3 conditions sont remplies et si le CCAP ne déroge pas à cet article, l'entreprise pourra demander la renégociation du contrat et ce peu importe que le marché soit à prix forfaitaire ou à prix unitaire.

Pour rappel l'article 1^{er} de la norme de 2017 prévoit que toute dérogation doit être récapitulée dans le dernier article du CCAP sous peine d'être inopposable.

* Pour les marchés appliquant la norme NF P 03-001 de 2000 ou le CCAG-Travaux 2009 (si d'aventure des ESH appliquent le CCAG par exemple ...)

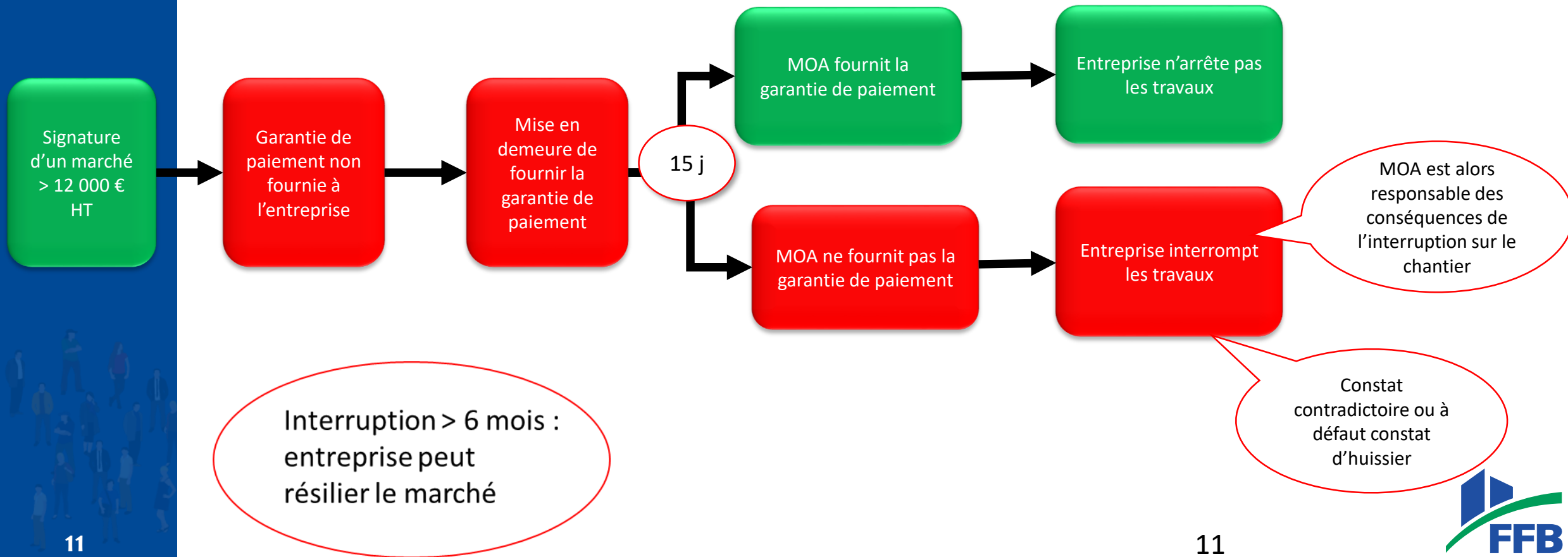
La norme et le CCAG ne reprennent pas l'article 1195. C'est le droit commun qui s'applique. Les conditions à remplir sont donc les mêmes pour demander la renégociation du contrat.

Toutefois, la théorie de l'imprévision pourrait être ici rejetée pour les marchés privés à forfait.

Il faut également s'assurer que le contrat ne déroge pas à l'article 1195.

2. C. La non fourniture de la garantie de paiement permet d'arrêter le chantier

art. 1799-1 cciv pour
les marchés
d'un montant supérieur à
12 000€ H.T.



2. C. Conséquences de la non fourniture de la garantie de paiement

➤ En terme de délai :

- Prolongation du délai de l'incidence de la durée de la mise en place de la garantie de paiement (qui aurait dû être fournie à la signature du contrat);
- Résiliation de plein droit si la garantie de paiement n'a pas été fournie dans le délai de 6 mois après l'interruption effective des travaux (art. 22.1.3.1 NFP03001)

➤ En terme d'indemnisation :

- Si le délai d'exécution global se trouve augmenté de plus du 1/10^{ème} par le fait exclusif du MOA, l'entrepreneur a droit à indemnité (art. 9.6.2 NFP03001) ;
- Le MOA, responsable de l'interruption, supporte les conséquences du blocage :
 - après demande au MOA par l'entreprise et constat contradictoire, la garde du chantier peut être transférée au MOA
 - retard de livraison
 - plan de charge perturbé
 - immobilisations (de personnel et de matériel), ...
- En cas de résiliation aux torts du MOA : indemnisation totale du préjudice (dépenses engagées, manque à gagner, frais généraux... etc.).

➤ En terme de pénalités : aucune pénalité d'exécution ne peut être appliquée à l'entrepreneur dans cette situation.

3. Demande d'indemnisation des coûts supplémentaires (avenant à négocier)

Dans les cas suivants :

- Le chantier a été exécuté par le titulaire
- Le chantier a été sous-traité
- La théorie de l'imprévision peut être mise en œuvre
- Le chantier a été interrompu par le titulaire car la garantie de paiement n'a pas été fournie

L'exécution a pu engendrer des coûts supplémentaires à ceux prévus initialement.

Dans ce cas, vous pouvez toujours tenter d'en obtenir l'indemnisation (par avenant).

4. Contester les pénalités de retard

Je suis titulaire du marché et le MOA veut m'appliquer des pénalités

- **Principe d'imputabilité** : le retard du chantier ne m'est pas imputable, il est dû :
 - au coronavirus et aux risques sanitaires importants
 - aux mesures de restriction de déplacement prises par le Gouvernement

- Conséquence en terme de délai :
 - Demander une prolongation du délai (anticiper toutes les conséquences du décalage de planning pour mon entreprise)
 - Attention : si un délai d'exécution contractuel était initialement prévu, il faut demander la signature d'un avenant pour le modifier.

4. Contester les pénalités de retard

Je suis sous-traitant et mon entreprise principale veut m'appliquer des pénalités

- **Principe d'imputabilité** : le retard du chantier ne m'est pas imputable, il est dû :
 - au coronavirus et aux risques sanitaires importants
 - aux mesures de restriction de déplacement prises par le Gouvernement

- Conséquence en terme de délai :
 - Demander une prolongation du délai (anticiper toutes les conséquences du décalage de planning pour mon entreprise)
 - Attention : si un délai d'exécution contractuel était initialement prévu, il faut demander la signature d'un avenant pour le modifier.

4. Contester les pénalités de retard

➤ Quelle démarche adopter si mon donneur d'ordre m'inflige des pénalités alors que je ne suis pas personnellement responsable du retard ?

1. En cours d'exécution :

- Contester les pénalités en apportant la preuve par tout moyen que le retard ne m'est pas imputable (compte rendus de chantier, expertise si nécessaire... etc.) → une LRAR suffit ;
- Tenter de régler le désaccord à l'amiable.

2. En fin d'exécution :

- **Marché public** (art. 50.1.1. CCAG Travaux) : si le décompte général mentionne les pénalités de retard, transmettre un mémoire en réclamation dans le délai de 30 jours à compter de la notification du décompte général ;
- **Marché privé** (art. 19.6.3 NF P03001) : l'entrepreneur dispose de 30 jours à compter de la notification du décompte général pour présenter, par écrit, ses observations éventuelles au maître de l'ouvrage avec copie au maître d'œuvre. Passé ce délai, il est réputé avoir accepté le décompte général qui devient alors le décompte général et définitif.

3. En cas de litige : le juge vérifie si cette condition, de l'imputabilité du retard à l'entreprise à laquelle les pénalités sont appliquées, est remplie.



Attention à bien conserver tous les échanges, preuves qui seront demandés par le juge.

SECOND CAS : les chantiers sont arrêtés

1. Ajournement du marché par le maître d'ouvrage

Comment réagir en cas d'arrêt de chantier décidé officiellement par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre ?

- 1) Demander au maître d'ouvrage qu'il ajourne OFFICIELLEMENT le chantier
 - 2) Une fois que vous avez la notification officielle de l'ajournement :
 - Demander la réalisation d'un constat contradictoire
 - Demander l'indemnisation de l'ajournement.
Prévoir le coût / semaine par exemple :
 - Immobilisation de matériels
 - Immobilisation de personnels
 - Demander le transfert de garde
 - Facturer les travaux réalisés
-
- 1) Si la décision d'ajournement implique un arrêt de chantier :
 - > à 12 mois en marchés publics lorsque le CCAG est applicable : vous pouvez demander la résiliation du marché dans les 15 jours (à compter du jour où vous avez été destinataire de la décision d'ajournement)
 - > à 6 mois en marchés privés lorsque la NFP03001 est applicable : vous pouvez demander la résiliation du marché dans les 15 jours (à compter du jour où vous avez été destinataire de la décision d'ajournement)

Article 49.1
CCAG-Travaux
2009 modifié en
2014

Ajournement en marchés publics Exemple

Janv. Fév. Mars Avril Mai Juin Juil. Août Sept. Oct. Nov. Déc. Janv.

1^{er} ajournement
de travaux
décidé par le
MOA

Ex : 6 mois

"Indemnité
d'attente"
du titulaire

frais de garde +
préjudice dû à
l'ajournement

Constat
contradictoire

Fin du 1^{er}
ajournement
+
2nd ajournement
décidé par le
MOA

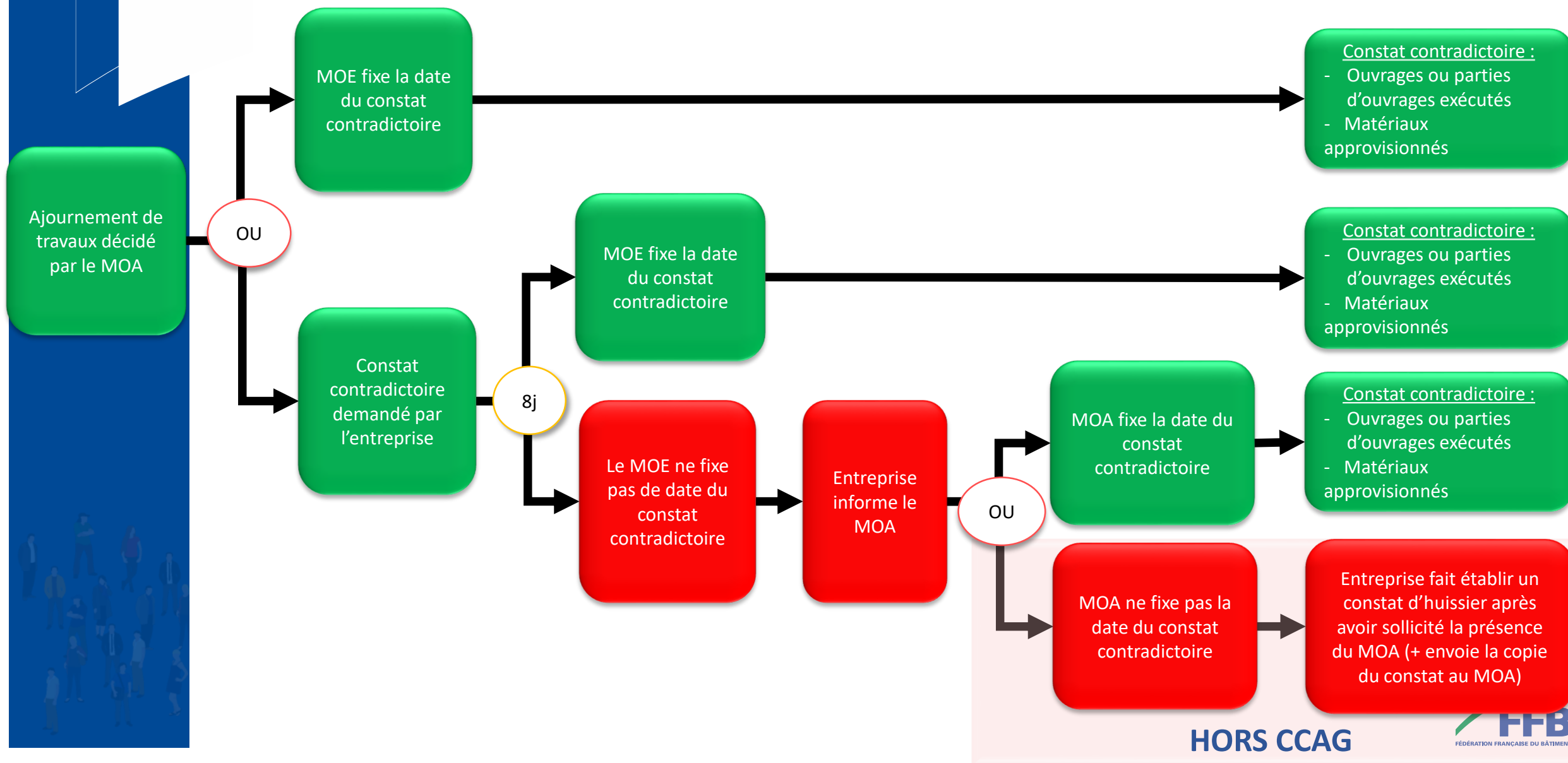
Ex : 7 mois

15j

Si ajournement
total > 12 mois
l'entreprise peut
demander la
résiliation du
marché

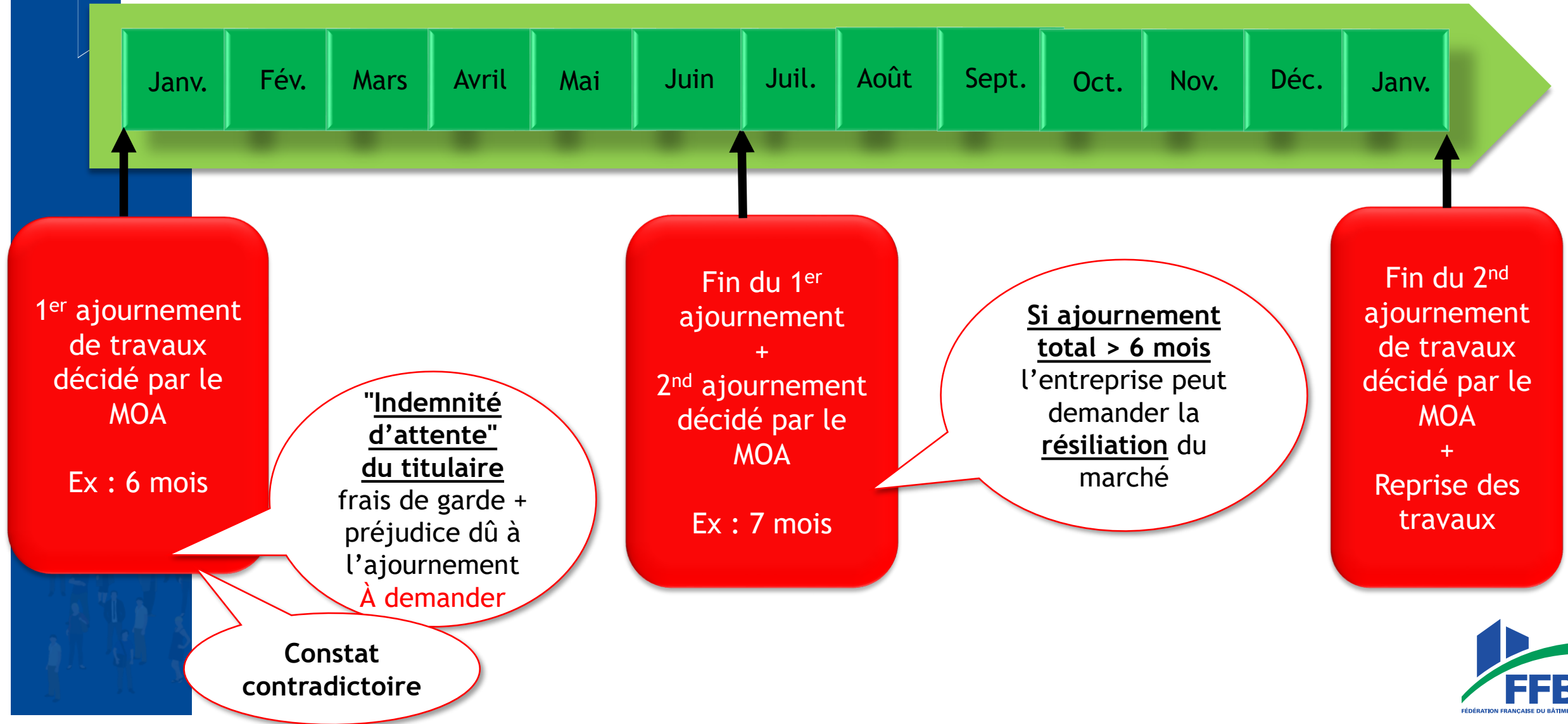
Fin du 2nd
ajournement
de travaux
décidé par le
MOA
+
Reprise des
travaux

Comment se protéger en marchés publics ?

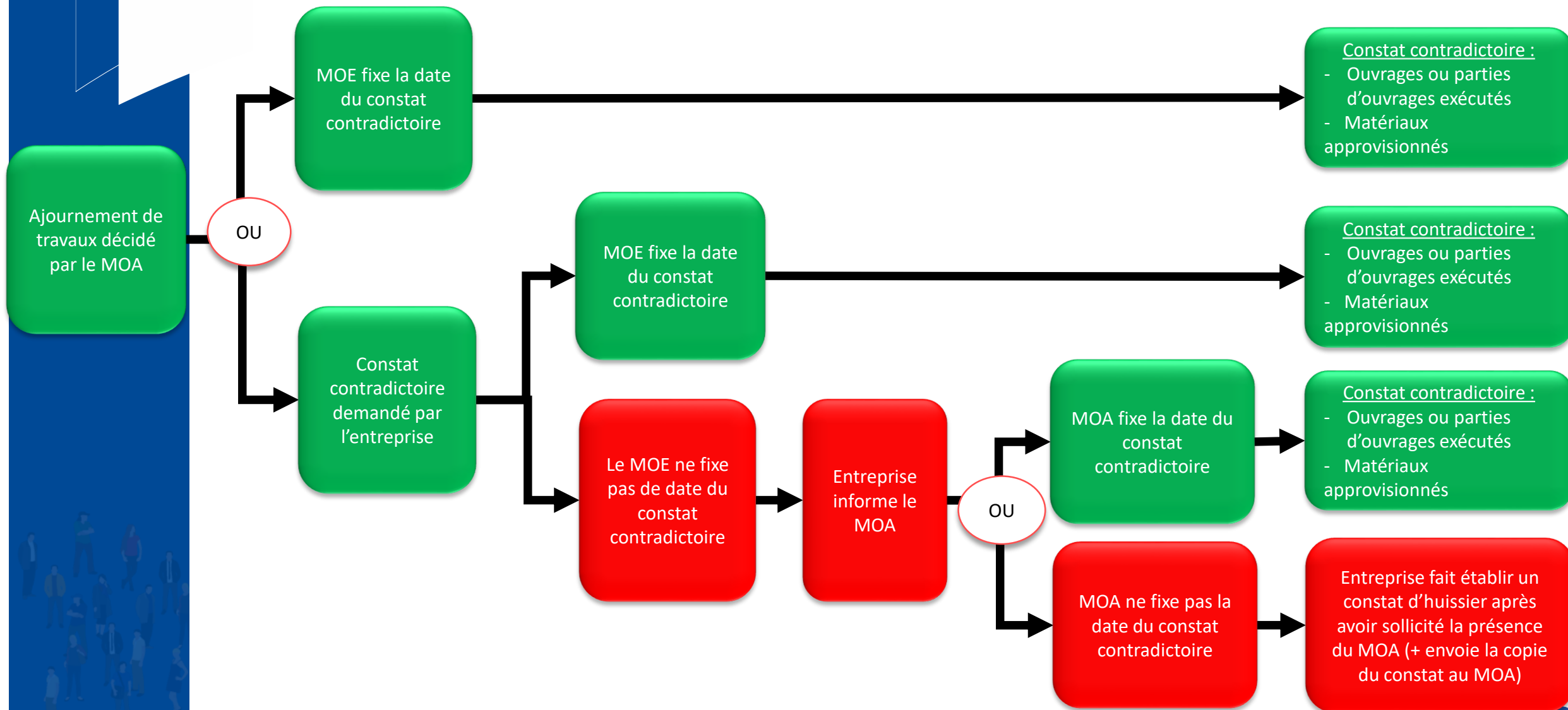


Article 22.1.3.1
NFP03001

Ajournement en marchés privés Exemple



Comment se protéger en marchés privés ?



Qu'est ce que le constat contradictoire ?

- Objet : le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et l'entreprise constatent les prestations exécutées / préservent leurs intérêts
- Conséquences : le constat ne préjuge pas de l'existence de droit, d'un côté comme de l'autre
- Présence non obligatoire : l'entreprise dûment convoquée qui est absente est **réputée avoir accepté le constat sans réserve** 
- Remise du constat contradictoire & actions de l'entreprise :
 - Le signer
 - Le signer avec réserve(s) (motifs de ces réserves par LRAR au MOE : 15 jours si ce constat est envoyé par ordre de service)
 - Refuser de le signer (motifs de ce refus par LRAR au MOE : 15 jours si ce constat est envoyé par ordre de service)

Quelles sont les conséquences de l'ajournement lui-même ?

- **En marchés publics** : le CCAG indique que l'entreprise conserve la garde du chantier, si l'entreprise ne transfère pas officiellement la garde du chantier (constat contradictoire), elle la conserve.
- **En marchés privés** : la NFP03001 indique que l'entreprise conserve la garde du chantier, si l'entreprise ne transfère pas officiellement la garde du chantier (constat contradictoire), elle la conserve.

TOUTEFOIS, le principe de la garde de l'ouvrage n'est pas d'ordre public. Il est donc possible pendant la suspension des travaux de demander au maître d'ouvrage d'assurer la garde du chantier (modèle 1 de courrier).



- **L'entreprise a droit d'être indemnisée :**
 - *marchés publics, prix nouveaux : art. 14 CCAG-travaux*
 - *marchés privés : art. 9.6.2 NFP03001*
- De l'attente : immobilisations, perturbations du plan de charge, achats des matières, ...
- Des frais de garde du chantier

Quelles sont les conséquences post-ajournement en cas de reprise des travaux?

- En cas de reprise des travaux après un ajournement :

Si le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre vous demande d'intervenir du jour au lendemain après l'ajournement, vous pouvez solliciter une prolongation du délais global du chantier, la reprise n'est souvent pas possible techniquement dès l'ordre de service de reprise (délai de 15 jours à compter de l'OS)

- En terme de pénalité de retard : pas de pénalité de retard imputable

Quelles sont les conséquences en cas de résiliation après un ajournement ?

- Marchés publics : en cas de résiliation pour motif d'intérêt général (à l'initiative du maître d'ouvrage) :

Art. 46.4 CCAG-Travaux 2009 modifié en 2014

- Demande d'indemnisation dans les 2 mois de la décision de résiliation :
 - ✓ D'au moins 5% du montant des prestations restants à effectuer
 - ✓ Pour les frais et investissements engagés par l'entreprise

- En cas de résiliation à la demande de l'entreprise :

- *Marchés publics : art. 46.2.2 CCAG-Travaux*
- *Marchés privés : art. 22.1.3.1 NFP03001*

- Indemnisation du titulaire : dépenses engagées et perte de marge

2. Force majeure

Force majeure: dans quels cas?

- Sont considérés comme évènement de force majeure :



- Exemples de cas dans lesquels la grève a été reconnue comme un évènement de force majeure (toutefois, elle n'est quasiment jamais reconnue...)

- **En marchés publics :** FM si la grève n'a pas pour origine une faute grave de l'employeur, si elle ne pouvait pas être évitée ou arrêtée par lui, et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de sa mission (jurisprudence).
- **En marchés privés :** FM pour 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 (art. 10.3.1.2 NFP03001).

Force majeure: dans quels cas?

➤ Ne sont pas considérés comme des événements de force majeure :

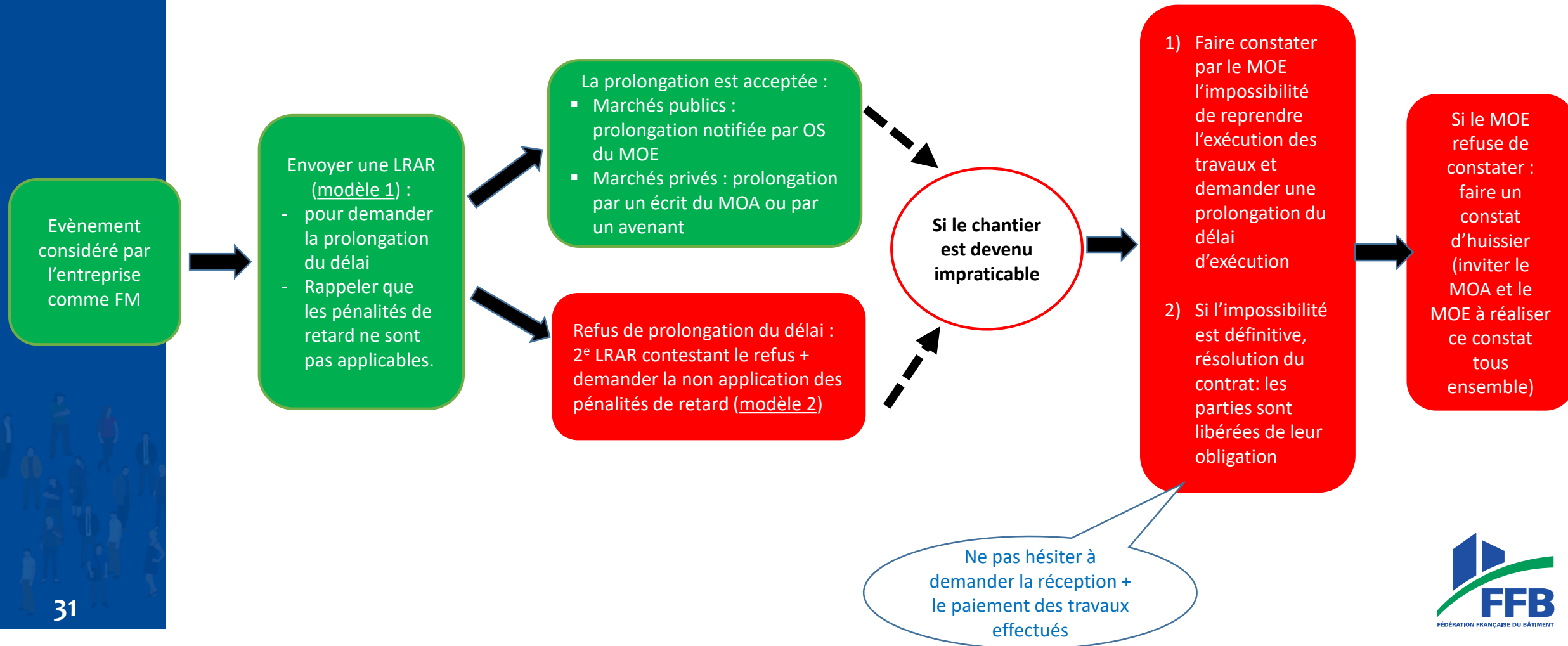
- Des pluies qui l'année précédente avaient déjà été fortes au même endroit ;
- Le vol de matériel ;
- Hausse du prix du pétrole ;
- Défaillance du fournisseur du titulaire ;
- ...

➤ FOCUS CORONAVIRUS : force majeure pour les marchés publics passés avec l'Etat (annonce de Bruno Le Maire)

Voir modèles de courriers (2 modèles ci-après)

Force majeure : comment réagir ?

Art. 18 CCAG
Travaux
+
Art. 9.2 NFP03001
1218 cciv



Modèle 1 CORONAVIRUS : à adapter en fonction des situations rencontrées par l'entreprise

Objet : Pandémie du Coronavirus / Demande de prolongation de délai

Madame/Monsieur,

(Cas n° 1) *

La pandémie du Coronavirus a provoqué l'absence de nombreux salariés dans notre entreprise (ou l'absence de nombreux salariés chez notre sous-traitant) * (le cas échéant, fournir tous les justificatifs et des explications sur les raisons de l'arrêt ou du ralentissement des travaux).

Ou

(Cas n° 2) *

La pandémie du Coronavirus a provoqué l'interruption des approvisionnements sur les chantiers pour certains produits (citer les produits et le cas échéant donner des explications sur les raisons de l'arrêt ou du ralentissement des travaux).

(Dans tous les cas) *

Cette situation rend impossible (ou difficile) * l'exécution des travaux de (nature du corps d'état) faisant l'objet de mon marché n° du au (date prévisionnelle d'exécution des travaux).

Dans l'état actuel, nous estimons l'arrêt (ou la suspension) * pour une période de (ou de à).

Dans ces conditions, nous avons été contraints de suspendre (ou de ralentir) *, à compter du l'exécution des travaux de sur le chantier en référence (ou de reporter la date de commencement des prestations).

(En marchés publics) *

Conformément à l'article 19.2.1 du CCAG-Travaux 2009, document contractuel en l'espèce, le délai d'exécution est prolongé (ou le début des travaux est reporté) * lorsque l'arrêt de travail résulte d'une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier. C'est le cas de l'épidémie de Coronavirus.

En conséquence, vous voudrez bien prendre en compte la prolongation du délai contractuel d'exécution d'une durée égale à celle de l'empêchement de nos salariés (ou d'une durée égale à celle de l'interruption des approvisionnements).

Par ailleurs, conformément à l'article 18.3 du CCAG-Travaux 2009 nous nous réservons le droit de demander l'indemnisation de nos pertes et avaries pour cause de force majeure.

(En marchés privés) *

Conformément à l'article 10.3.1.2 de la norme Afnor NF P03-001 (édition octobre 2017), contractuelle en l'espèce, (ou conformément à l'article 1218 du code civil) *, cette épidémie constitue un cas de force majeure car elle présente un caractère exceptionnel et imprévisible.

C'est pourquoi, nous vous demandons une prolongation du délai contractuel d'exécution d'une durée égale à celle de l'empêchement de nos salariés (ou d'une durée égale à celle de l'interruption des approvisionnements) *.

(Dans tous les cas) *

Cette interruption n'étant pas imputable à mon entreprise, les risques afférents à l'ouvrage ainsi que la garde du chantier vous sont transférés*.

Une copie de la présente lettre recommandée est adressée pour information à M. Maître d'.....

Nous vous prions d'agréer, Madame/Monsieur.....

Signature de l'entrepreneur

*

Choisir le cas correspondant à votre situation.

LRAR à adresser :

* Marchés publics
=> au maître
d'œuvre
et copie au maître
d'ouvrage
* Marchés privés
=> au maître
d'ouvrage
et copie au maître
d'œuvre

Modèle 2 CORONAVIRUS : à adapter en fonction des situations rencontrées par l'entreprise

Objet : Pandémie du Coronavirus / Non-application des pénalités de retard

Madame/Monsieur,

La pandémie du Coronavirus qui a sévi sur notre département ces dernières semaines a fortement perturbé le travail dans les entreprises et sur les chantiers.

*(Cas n° 1) **

Elle a provoqué l'absence de nombreux salariés de notre entreprise *(le cas échéant, fournir tous les justificatifs)*.

Ou

*(Cas n° 2) **

Elle a provoqué l'interruption des approvisionnements sur les chantiers pour certains produits *(citer les produits)*.

Par courrier avec avis de réception le Nous vous avons demandé une prolongation du délai d'exécution que vous avez refusé le *.

La pandémie a rendu impossible (ou ralenti, ou reporté) * l'exécution des travaux de

..... *(nature du corps d'état)* faisant l'objet de mon marché n° du au *(date)*.

C'est pourquoi nous vous demandons de prendre en compte cette situation, qui n'est pas de notre fait, et de ne pas appliquer les pénalités de retard prévues à l'article (du CCAP ou du CCAG*).

Vous en remerciant par avance, nous vous prions d'agréer.....

Signature de l'entrepreneur

*

Choisir le cas correspondant à votre situation.

LRAR à adresser :

* Marchés publics
=> au maître
d'œuvre

et copie au maître
d'ouvrage

* Marchés privés

=> au maître
d'ouvrage
et copie au maître
d'œuvre

Conséquences sur les délais

➤ En terme de délai :

- Marchés publics (jurisprudence) : le délai est prolongé du nombre de jour de la durée de l'empêchement de force majeure.
- Marchés privés (art. 10.3.1.2 NFP03001) : le délai est prolongé de la durée des empêchements de force majeure.

Conséquences sur l'indemnisation

- En terme d'indemnisation : quelle indemnisation?
 - En marchés publics (art. 18 CCAG) : au titre des suggestions imprévues et pertes, avaries ou dommages provoqués sur vos chantiers sous réserve que :
 - vous ayez pris toutes dispositions utiles pour que vos approvisionnements, votre matériel, vos installations de chantier et les ouvrages en construction ne soient pas endommagés
 - vous ayez signalé au maître d'œuvre, immédiatement, par écrit, la nature et l'importance des dommages subis.
 - En marché privé : pas d'indemnisation prévue dans la NFP03001.

Dans tous les cas, ne pas hésiter à demander d'indemnisation

Conséquences sur la garde des ouvrages

- **En marchés publics** : le CCAG indique que l'entreprise conserve la garde du chantier, si l'entreprise ne transfère pas officiellement la garde du chantier (constat contradictoire), elle la conserve.
- **En marchés privés** : la NFP03001 indique que l'entreprise conserve la garde du chantier, si l'entreprise ne transfère pas officiellement la garde du chantier (constat contradictoire), elle la conserve.

TOUTEFOIS, le principe de la garde de l'ouvrage n'est pas d'ordre public. Il est donc possible pendant la suspension des travaux de demander au maître d'ouvrage d'assurer la garde du chantier (modèle 1 de courrier).



Conséquences sur les pénalités de retard

- **En terme de pénalités :** le retard pris dans l'exécution des travaux de chantier ne peut être imputé à l'entrepreneur.

3. Imprévision

(voir slides n°7, 8, 9, 10)

4. Contester les pénalités

(voir slides n°14, 15, 16)