



**CHARRELAASSOCIÉS**  
AVOCATS



**STRATÈGEAVOCATS**  
SERVICES

# GUIDE JURIDIQUE

Conséquences de l'urgence  
sanitaire liée au Covid-19  
sur l'exécution des  
marchés de travaux

Écouter

Partager

Résoudre



TOUTE L'ACTUALITÉ JURIDIQUE  
DE LA CRISE DU COVID-19

## E-CELLULE DE CRISE

**Afin de répondre au mieux aux questions et problèmes pouvant se poser dans le cadre des conséquences de l'épidémie COVID-19, le cabinet CHARREL & Associés a décidé de mettre en place une cellule de crise d'urgence juridique pour répondre à l'état d'urgence sanitaire. Dans ce cadre, plusieurs outils sont désormais à disposition de nos clients :**

- Un site dédié au regroupement de l'actualité juridique « COVID-19 » : grâce à la partie **ACTU-COVID19**, nous diffusons, par principaux domaines d'activités, les textes, les commentaires, des fiches pratiques et autres documents qui vous aideront à répondre à de nombreuses questions en optimisant la recherche d'information. Vous pourrez d'ailleurs vous-même contribuer à partager vos expériences si vous le souhaitez de manière à faire partager au maximum les solutions mises en œuvre
- La mise en place d'une assistance « **Cellule de crise** » par l'organisation de réunion avec nos clients en visio-conférence avec partage de documents, directement coordonnées au sein du cabinet par Nicolas CHARREL
- La création d'une adresse mail spécifique pour regrouper le traitement des questions « COVID19 » par l'équipe cellule de crise du cabinet, permettant de gérer les flux entre le suivi normal des dossiers en cours et les questions : [urgencejuridique@charrel-avocats.com](mailto:urgencejuridique@charrel-avocats.com)
- La mise en place d'une **e-médiation** pour le traitement des litiges et négocier rapidement les accords à prendre dans cette période : autour d'une équipe de médiateurs et conciliateurs, nous pourrons tout mettre en œuvre pour aider les parties prenantes à trouver un accord, grâce à la mise en œuvre des techniques de négociation raisonnée.

## Les auteurs



**Nicolas Charrel**  
Avocat associé et  
Médiateur

Avocat fondateur du Cabinet Charrel & Associés, Nicolas Charrel intervient de manière transversale dans la plupart des domaines du droit public des affaires et des institutions publiques. Il bénéficie d'une forte expérience de terrain, à l'écoute des services, des opérationnels et des élus, grâce à son expérience.

Il dispose d'une forte expérience transversale dans le domaine de la construction publique d'équipements d'infrastructure et de superstructure comme en matière d'aménagement, garantissant les maîtres d'ouvrage d'une réelle capacité d'anticipation des difficultés qui se rencontrent à toutes les étapes de l'opération.

Auteur de nombreux ouvrages dans le domaine de la commande publique (notamment Code de la commande publique commenté et annoté, CCAG-Travaux commenté et annoté, CCAG-PI, TCI et MI commenté et annoté aux Éditions du Moniteur), son expérience de 30 ans dans l'assistance juridique et le contentieux lui permet d'assurer une véritable ingénierie juridique dans la conduite des projets, une capacité d'appréhender la dimension risk management pour les décisions à prendre, de définir la stratégie en cas de contentieux et d'assurer la défense et la représentation devant toutes les juridictions pouvant être saisies.

En cette période de crise sanitaire, il anime le site <https://charrel-avocats.com/actualite-covid> ainsi que la cellule de crise mise en place.



**Ariane Bardoux**  
Avocat collaborateur

Avocat sénior au sein du Cabinet CHARREL & ASSOCIÉS qu'elle a rejoint en mai 2018, Ariane BARDOUX dispose d'une solide expérience que ce soit en matière de contentieux ou de conseil.

Elle intervient principalement dans le domaine des contrats publics, tant en matière de passation que d'exécution, pour assister les décideurs publics et assurer leur défense devant toutes juridictions saisies.

Me BARDOUX est membre de la cellule de crise mise en place par le cabinet.



## SOMMAIRE

•	<b>PROPOS LIMINAIRES - AVERTISSEMENTS .....</b>	<b>4</b>
1.	<b>LA POURSUITE OU L'ARRET DE L'EXECUTION DES TRAVAUX .....</b>	<b>7</b>
1.1.	<b>L'ENTREPRISE CESSE D'EXECUTER LES TRAVAUX DE SA PROPRE INITIATIVE... 7</b>	
1.2.	<b>L'ENTREPRISE POURSUIT L'EXECUTION DES TRAVAUX .....</b>	<b>12</b>
1.2.1.	LA POURSUITE DE L'EXECUTION DES TRAVAUX N'APPARAÎT PAS ENVISAGEABLE.....	12
1.2.2.	LA POURSUITE DE L'EXECUTION DES TRAVAUX EST POSSIBLE.....	14
2.	<b>LE REGIME INDEMNITAIRE.....</b>	<b>15</b>
2.1.	<b>LES CATEGORIES DE PREJUDICE SUSCEPTIBLES D'ETRE INVOQUES.....</b>	<b>15</b>
2.2.	<b>LES FONDEMENTS SUSCEPTIBLES D'ETRE MOBILISES.....</b>	<b>16</b>
2.2.1.	LA FORCE MAJEURE.....	16
2.2.2.	L'AJOURNEMENT .....	17
2.2.3.	L'IMPREVISION/LES SUJETIONS TECHNIQUES IMPREVUES.....	18





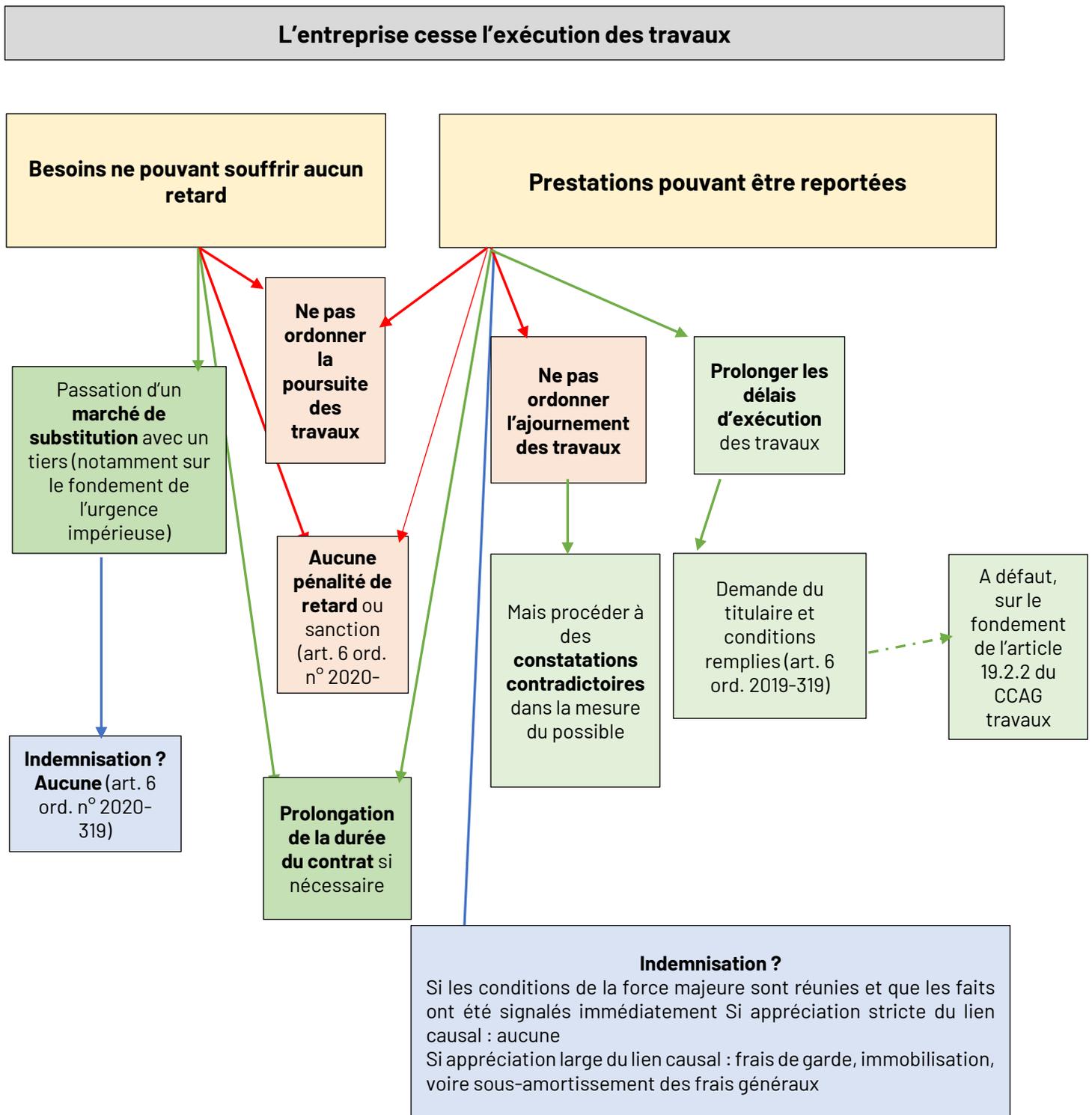
## PROPOS LIMINAIRES - AVERTISSEMENTS

Les explications figurant dans ce document s'appliquent aux marchés de travaux se référant au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux de 2009 (« CCAG travaux »).

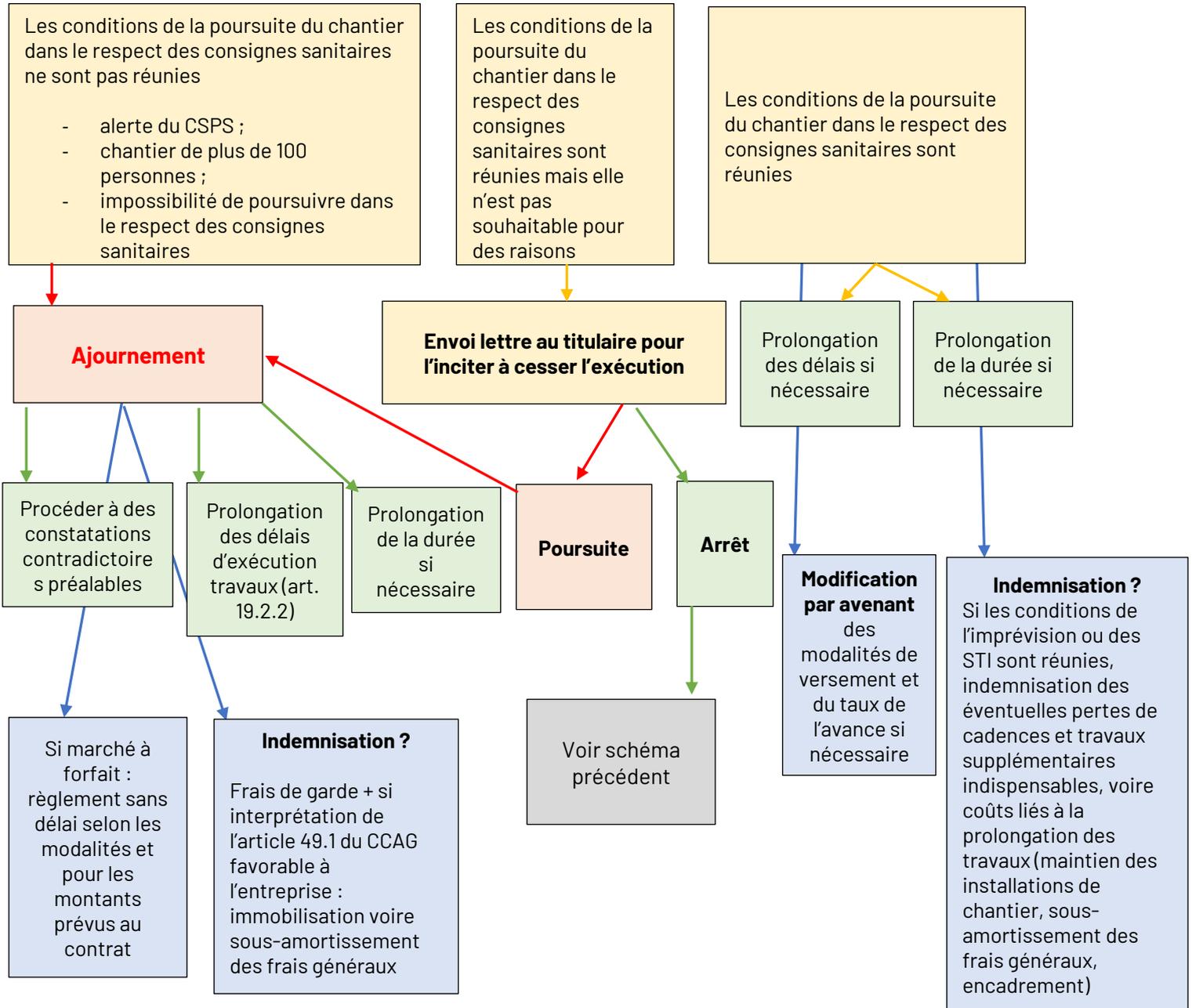
Toutefois, il convient pour chaque marché de se référer aux pièces contractuelles particulières et, en particulier au cahier des clauses administratives particulières (« CCAP »).

Par ailleurs, en l'absence de décision d'ordre politique interrompant l'exécution des travaux, il convient de raisonner au regard des modalités d'exécution concrètes propres à chaque marché, et plus largement à chaque opération de travaux lorsqu'elles font intervenir plusieurs entreprises différentes.





**L'entreprise poursuit l'exécution des travaux**



## 1. LA POURSUITE OU L'ARRET DE L'EXECUTION DES TRAVAUX

Deux hypothèses nous semblent devoir être distinguées.

### 1.1. L'ENTREPRISE CESSE D'EXECUTER LES TRAVAUX DE SA PROPRE INITIATIVE

Dans cette hypothèse, et sauf cas de force majeure avéré<sup>1</sup>, l'entreprise se place en faute par rapport à ses obligations contractuelles puisqu'elle est en principe tenue d'exécuter ses prestations.

#### 1.1.1. Ne pas ordonner la poursuite des travaux

Toutefois, sauf circonstances particulières<sup>2</sup>, il apparaît préférable de ne pas ordonner la poursuite des travaux pour les trois motifs ci-après exposés.

- **Risque d'engagement de la responsabilité du maître d'ouvrage en raison d'un manquement à son obligation de sécurité.**

La maîtrise d'ouvrage<sup>3</sup> doit mettre en œuvre pendant toutes les phases du chantier les principes généraux de prévention applicables aux employeurs en matière de sécurité<sup>4</sup>. Cela comprend notamment les mesures nécessaires pour (i) « éviter les risques »<sup>5</sup> et (ii) « planifier la prévention des risques »<sup>6</sup> ainsi que (iii) « prendre les mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle »<sup>7</sup>.

Aussi, il peut engager sa responsabilité, notamment pénale, s'il commet une faute caractérisée en exposant un salarié à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer<sup>8</sup>.

Or, si elle impose la poursuite des travaux alors même qu'elle ne peut ignorer les risques susceptibles d'en découler pour les intervenants sur le chantier, la maîtrise d'ouvrage pourrait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de cette obligation de sécurité.

- **Risque d'engagement de la responsabilité du maître d'ouvrage pour faute.**

En outre, le fait d'imposer la poursuite du chantier est susceptible d'être considéré comme une faute du maître d'ouvrage dans l'exercice de son pouvoir de direction.

<sup>1</sup> Voir ci-après.

<sup>2</sup> Tenant notamment à l'urgence des travaux à réaliser ou au caractère clairement opportuniste de la décision de l'entreprise.

<sup>3</sup> Article L. 4531-1 du code du travail

<sup>4</sup> Article L. 4121-2 du code du travail.

<sup>5</sup> Article L. 4121-2, 1<sup>o</sup> du code du travail.

<sup>6</sup> Article L. 4121-2, 7<sup>o</sup> du code du travail.

<sup>7</sup> Article L. 4121-2, 8<sup>o</sup> du code du travail.

<sup>8</sup> Cass. crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 14-83894.



Tel serait surtout le cas si la poursuite des travaux ne peut se faire qu'avec des cadences sensiblement dégradées.

Le titulaire pourrait alors tenter d'obtenir la réparation des préjudices subis sans à devoir démontrer l'existence d'un cas de force majeure ou d'une situation d'imprévision mais sur le fondement de la faute.

➤ **Impossibilité de sanctionner l'entreprise.**

Enfin, il apparaît illusoire de tenter d'imposer la poursuite du chantier au titulaire puisqu'il ne sera pas possible de le sanctionner en cas d'irrespect.

En effet, les pénalités, notamment de retard, ne sont applicables que si le retard est lié à un manquement du titulaire à ses obligations<sup>9</sup>.

Or, il est fort probable que dans une telle situation, le retard sera considéré comme n'étant pas imputable au manquement du titulaire mais à un fait extérieur, à savoir la pandémie.

De la même manière, il apparaît clairement illusoire d'engager une procédure de résiliation pour faute du marché en raison de l'abandon de chantier.

En effet, cela générerait (i) un risque juridique et financier<sup>10</sup> important pour la maîtrise d'ouvrage compte tenu du caractère très probablement injustifié de cette mesure<sup>11</sup> (ii) ainsi qu'un impact délai important puisqu'il serait alors nécessaire de sélectionner un nouveau titulaire après avoir respecté une procédure de publicité et de mise en concurrence.

En tout état de cause, dès lors que le titulaire justifie être dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat (notamment s'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation fait peser sur lui une charge manifestement excessive), l'article 6-2° a) de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020<sup>12</sup> fait obstacle à la mise en œuvre de sanction à l'encontre du titulaire dont en particulier les pénalités contractuelles ainsi qu'à l'engagement de sa responsabilité contractuelle.

### **1.1.2. Modalités juridiques**

L'arrêt de l'exécution des travaux ne doit pas donner lieu à une décision d'ajournement mais devra conduire à une prolongation du délai d'exécution à l'issue de la période. Toutefois, et bien que le titulaire conserve la garde du chantier, il pourrait être préférable de procéder à un constat contradictoire, dans la mesure du possible.

<sup>9</sup> Voir par exemple : CE, 11 février 1983, Société Entreprise Caroni, req. n° 29123 ; CE, 9 mars 1990, Centre hospitalier A. Gayraud, req. n° 74296, Rec., T. ; CE, 11 juin 1990, Entreprise Gailledrat et Fils, req. n° 47493.

<sup>10</sup> La maîtrise d'ouvrage pourrait alors se voir condamner à indemniser l'entreprise de l'intégralité des préjudices subis, en ce compris la perte de marge nette que l'entreprise pouvait escompter de l'exécution du marché.

<sup>11</sup> Nous vous rappelons qu'à l'instar des pénalités de retard, la résiliation pour faute du marché suppose que le manquement soit imputable au titulaire (voir par exemple : CAA Versailles, 7 avril 2011, Société Etablissements Paul Mathis SA, req. n° 07VE00905).

<sup>12</sup> 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.



➤ **Il n'apparaît pas possible que la maîtrise d'ouvrage prenne une décision d'ajournement.**

L'ajournement des travaux est décidé par le maître d'ouvrage. Ainsi, un ordre de service suspendant l'exécution des travaux pris postérieurement à la suspension des travaux concernés et ne permettant pas de respecter l'obligation de constat préalable des ouvrages et parties d'ouvrage exécutés et des matériaux approvisionnés ne constitue pas un ajournement au sens des stipulation du CCAG travaux<sup>13</sup>.

En d'autres termes, lorsque l'interruption de l'exécution des travaux est liée à l'entreprise sans que la maîtrise d'ouvrage en soit à l'origine, il ne s'agit pas d'un ajournement<sup>14</sup>.

Dès lors, et afin d'éviter les conséquences juridiques d'une décision d'ajournement<sup>15</sup>, il apparaît préférable que la maîtrise d'ouvrage ne prenne pas de décision en ce sens.

➤ **Il conviendra de prolonger les délais.**

Les circonstances actuelles pourront conduire l'acheteur à accorder une prolongation sur le fondement des dispositions de l'ordonnance n° 2020-319, ou à défaut<sup>16</sup> en application de l'article 19.2.2 du CCAG travaux.

■ **Prolongation sur le fondement de l'article 6-1° de l'ordonnance n° 2020-319**

● Conditions

*D'une part*, le titulaire doit (i) en faire la demande avant (ii) l'expiration du délai contractuel.

*D'autre part*, le titulaire ne doit pas pouvoir respecter les délais d'exécution ou démontrer que l'exécution en temps et en heure de ses obligations nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

● Modalités juridiques

En principe, sauf stipulation contraire du contrat, cette prolongation pourra être effectuée par ordre de service mais devrait être régularisée par un avenant.

● Durée de la prolongation

La prolongation doit être d'une durée d'au moins 4 mois et 11 jours.

<sup>13</sup> CE, 12 juin 2019, Grand Port Maritime de Marseille, req. n° 421545.

<sup>14</sup> Voir en ce sens : CAA Lyon, 31 janvier 2019, Commune de Mions, req. n° 16LY03829 ; voir également en ce sens : CAA Marseille, 27 janvier 2020, Société Etni, req. n° 18MA01783.

<sup>15</sup> Voir ci-après.

<sup>16</sup> Si les conditions de ces dispositions ne sont pas remplies car les dispositions de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 s'appliquent « *nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* » (art. 6).



- **Prolongation sur le fondement de l'article 19.2.2 du CCAG travaux**

- Conditions

L'article 19.2.2 du CCAG travaux prévoit qu'une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranche(s) de travaux peut être justifiée par « *une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier* ».

- Modalités et durée

Dans cette hypothèse, il appartient au maître d'œuvre de proposer, après avis du titulaire, la durée de la prolongation puis au représentant du pouvoir adjudicateur de décider de cette prolongation et de la notifier au titulaire.

A ce jour, il n'est pas possible de connaître l'impact en termes de délai des circonstances rencontrées actuellement. Il nous semble donc préférable que cette décision soit prise à l'issue de la période.

- **Le titulaire conserve la garde du chantier mais il pourrait être préférable de procéder à un constat contradictoire, dans la mesure du possible.**

Sauf mise à disposition de l'ouvrage ou de certaines parties d'ouvrage, avant la réception des travaux, la garde du chantier incombe au titulaire.

Bien qu'il s'agisse d'un cas différent de l'ajournement, les parties peuvent avoir intérêt à procéder à un constat contradictoire, notamment si les travaux sont en cours de réalisation.

Les constatations contradictoires sont définies à l'article 12 du CCAG travaux. Il s'agit d'opérations matérielles qui ne préjugent pas de l'existence de droits et ne peuvent porter sur l'appréciation de responsabilité.

La procédure à appliquer est la suivante :

- si le titulaire ne la sollicite pas, le maître d'œuvre peut en être à l'origine ;
- le maître d'œuvre doit en fixer la date qui ne doit pas être postérieure de plus de 8 jours suivant la demande, à défaut, il doit préalablement convoquer le titulaire en temps utiles ;
- le procès-verbal de constatation est dressé sur le champ de manière contradictoire.



➤ **Cas particuliers**

**En premier lieu**, (i) si le marché répond à des besoins qui « *ne peuvent souffrir aucun retard* » et que (ii) le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat notamment s'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive, l'acheteur peut passer un marché de substitution avec un tiers<sup>17</sup>.

Il conviendra donc que :

- le titulaire démontre être dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations ;
- l'acheteur apporte la preuve que les besoins ne peuvent souffrir aucun retard.

Dans cette hypothèse, aucune clause d'exclusivité ne pourra être excipée. En outre, ni la responsabilité contractuelle de l'acheteur, ni celle du titulaire ne pourront être engagées. En particulier, l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire<sup>18</sup> et les pénalités de retard ou autres sanctions contractuelles ne seront pas applicables<sup>19</sup>.

Toutefois, il n'est pas prévu que ce marché de substitution peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables. Dans cette hypothèse, il conviendra donc de recourir aux dispositions de l'article R. 2122-1 du code de la commande publique si les conditions sont remplies.

**En second lieu**, pour les marchés, notamment, les accords-cadres pour lesquels une durée est prévue et arrivant à terme pendant la période et jusqu'au 23 juillet 2020, il est possible de prolonger la durée du contrat par avenant si l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

La durée de cette prolongation ne peut excéder (i) la période de crise sanitaire augmentée de deux mois (à savoir le 23 juillet 2020<sup>20</sup>), augmentée (ii) de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration.

Sous réserve d'apporter les justifications précises, la prolongation ne saurait excéder une durée de 4 à 6 mois, postérieurement au 23 juillet 2020.

<sup>17</sup> Article 6-2° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

<sup>18</sup> Article 6-2° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

<sup>19</sup> Article 6, 2° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

<sup>20</sup> Par sécurité.



## 1.2. L'ENTREPRISE POURSUIT L'EXECUTION DES TRAVAUX

### 1.2.1. LA POURSUITE DE L'EXECUTION DES TRAVAUX N'APPARAÎT PAS ENVISAGEABLE<sup>21</sup>

Alors même que l'entreprise n'aurait pas émis le souhait de cesser l'exécution des travaux, dans certaines hypothèses, il peut s'avérer nécessaire ou préférable d'ordonner l'arrêt du chantier.

#### 1.2.1.1. Cas d'arrêts de chantier

##### → Arrêts de chantier nécessaires

Certaines circonstances nous semblent rendre nécessaires l'arrêt de l'exécution des travaux, il s'agit plus précisément des hypothèses dans lesquelles :

- le CSPS a alerté la maîtrise d'ouvrage sur les risques sanitaires ;
- le maître d'ouvrage ne peut ignorer que les consignes sanitaires ne sont pas ou ne peuvent pas être respectées sur le chantier ;
- le chantier fait intervenir plus de 100 personnes simultanément (qu'il s'agisse d'un milieu clos ou ouvert)<sup>22</sup>

En effet, dans ces conditions, la poursuite des travaux génère un risque important pour la sécurité des personnels intervenant sur le chantier que le maître d'ouvrage ne peut ignorer, il pourrait alors engager sa responsabilité.

##### → Arrêts de chantiers préférables

En dehors de ces hypothèses, l'arrêt du chantier peut s'avérer préférable, d'un point de vue technique et opérationnel.

Cela peut notamment être le cas lorsque :

- la maîtrise d'œuvre a décidé de cesser son intervention sur le chantier et notamment l'exécution de sa mission de direction de l'exécution des contrats de travaux (« DET ») puisque la poursuite du chantier pourrait s'en trouver qualitativement réduite et complexifiée ;
- un autre lot, chargé de l'exécution de prestations imbriquées, a décidé de cesser son intervention sur le chantier, et il n'est techniquement pas cohérent de laisser se poursuivre les travaux d'un autre lot.

<sup>21</sup> Ce cas vise exclusivement des marchés conclus pour répondre à des besoins pouvant être reportés.

<sup>22</sup> En effet, l'article 7 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 interdit « *tout rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert* » jusqu'au 15 avril 2020, qui font donc obstacle à des chantiers regroupant un nombre supérieur de personnes.



### 1.2.1.2. **Modalités juridiques**

**Dans la première hypothèse** (arrêts de chantier nécessaires) et dès lors que l'entreprise ne décide pas d'elle-même de suspendre l'exécution des travaux, il apparaît préférable que la maîtrise d'ouvrage prenne une décision d'ajournement.

L'ajournement est défini à l'article 49.1 du CCAG travaux. Il relève d'une décision du pouvoir adjudicateur et conduit à l'arrêt de l'exécution des prestations.

Préalablement à cette décision et conformément aux stipulations de l'article 12 ci-avant exposées, les ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés et les matériaux approvisionnés doivent faire l'objet de constatations contradictoires.

Le Titulaire conserve la garde du chantier.

Nous vous rappelons que si, du fait de décisions d'ajournement, le chantier est interrompu pendant plus d'une année, le titulaire peut, sous certaines conditions, obtenir la résiliation du marché.

**Dans la seconde hypothèse** (arrêt de chantier préférable), et dans la mesure où il est préférable que l'entreprise cesse d'elle-même l'exécution du chantier, il pourrait être opportun, dans un premier temps d'adresser à l'entreprise une lettre faisant état :

- des dispositions de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 concernant l'absence de sanction en cas d'inexécution du contrat sous certaines conditions ;
- des dispositions de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 concernant la prolongation de la durée des délais d'exécution sous certaines conditions ;
- de son obligation de sécurité à l'égard de ses salariés ainsi que du maître d'ouvrage et de solliciter qu'elle transmette des précisions quant aux mesures prises à cet égard<sup>23</sup>.

Cette correspondance pourrait être de nature à « rassurer » l'entreprise concernée et à la conduire à cesser directement l'exécution de ses prestations.

A défaut, et si l'arrêt de chantier demeure souhaitable, la maîtrise d'ouvrage pourrait décider d'ajourner le chantier.

---

<sup>23</sup> Article 6 et 31.4 du CCAG travaux.

### **1.2.1.3. Conséquences de l'ajournement**

Outre le régime indemnitaire ci-après exposé, et s'il s'agit d'un marché à forfait, il convient de procéder sans délai au règlement du marché et selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat<sup>24</sup>.

Cette décision donnera également lieu à une prolongation de délai conformément à l'article 19.2.2 du CCAG travaux.

Il demeure également possible, si cela est nécessaire, de prolonger la durée du marché par avenant, dans les conditions ci-avant décrites.

### **1.2.2. LA POURSUITE DE L'EXECUTION DES TRAVAUX EST POSSIBLE**

En dehors des cas ci-avant recensés et s'il apparaît techniquement et opérationnellement possible que l'entreprise poursuive l'exécution des travaux tout en préservant les différents intervenants des risques, le contrat s'exécute normalement.

Toutefois, le respect des consignes sanitaires peut amener l'entreprise à modifier les conditions de réalisation de ses prestations. Dans cette hypothèse, il n'apparaît toutefois pas inutile de rappeler à l'entreprise ses obligations notamment en matière de sécurité<sup>25</sup>.

La poursuite de l'exécution des travaux ne permet donc pas d'exclure tout risque d'indemnisation du titulaire du marché et de prolongation des délais d'exécution. Dans ce cas, il conviendra d'appliquer les règles ci-avant détaillées.

Par ailleurs, si cela s'avère nécessaire, il est possible de conclure un avenant pour modifier les conditions de versement de l'avance et en porter le taux à plus de 60 % du montant du marché, sans qu'il ne soit nécessaire d'exiger la constitution d'une garantie à première demande.

Enfin, la durée du marché pourra être prolongée dans les conditions ci-avant exposées dès lors qu'elle est nécessaire pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Article 6, 4° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

<sup>25</sup> Article 6 et 31.4 du CCAG travaux.

<sup>26</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.



## 2. LE REGIME INDEMNITAIRE

A titre liminaire et à toutes fins utiles, nous vous rappelons que le droit à indemnité suppose la réunion de trois conditions :

- un fait générateur<sup>27</sup> ;
- un lien de causalité direct entre le fait générateur invoqué et le préjudice subi, *i.e.* le dommage doit découler directement du fait générateur ;
- un préjudice certain dans son principe comme dans son *quantum i.e.* l'entreprise doit fournir des pièces justificatives probantes et précises permettant de démontrer qu'elle a effectivement subi un préjudice et la réalité de son montant.

### 2.1. LES CATEGORIES DE PREJUDICE SUSCEPTIBLES D'ETRE INVOQUES

Sans que cette liste soit exhaustive, il est possible que les entreprises invoquent une pluralité de préjudices.

#### 2.1.1. LES FRAIS DE GARDE DU CHANTIER

Le Titulaire pourra tenter d'obtenir les frais exposés pour assurer la garde du chantier. Il peut s'agir notamment de la mise en place d'un dispositif de télésurveillance ou d'un gardiennage spécifique.

#### 2.1.2. LE SOUS-AMORTISSEMENT DES FRAIS GENERAUX/PERTE DE CHIFFRE D'AFFAIRES/FRAIS GENERAUX

Le Titulaire pourra tenter d'obtenir la perte subie du fait de l'absence de couverture de ses frais généraux.

Les frais généraux sont des frais que l'entreprise expose quelle que soit l'importance de son activité, et donc en ce compris si elle cesse d'exécuter ses travaux. Or, en principe, une part du chiffre d'affaires est affecté à la couverture de ses frais généraux<sup>28</sup>. Si, du fait de l'arrêt du chantier, l'entreprise ne peut engendrer le chiffre d'affaires escompté, elle ne peut pas couvrir ses frais généraux au rythme prévu, ce qui génère une perte.

#### 2.1.3. LES IMMOBILISATIONS

Le Titulaire pourrait tenter d'obtenir le remboursement des frais exposés du fait de l'immobilisation de ses moyens de production, et plus précisément de ses moyens matériels<sup>29</sup> et humains<sup>30</sup>, voire d'encadrement.

<sup>27</sup> Voir ci-après.

<sup>28</sup> Le plus souvent entre 10 et 20 %.

<sup>29</sup> Il peut notamment s'agir des installations de chantier, dont la base-vie, mais également d'engins.

<sup>30</sup> Le secteur ne bénéficiant finalement pas du dispositif de chômage partiel.



#### 2.1.4. LES PERTES DE CADENCES/PERTES DE RENDEMENTS

Dans l'hypothèse où il ne pourrait pas poursuivre les travaux selon les cadences réalisées, le Titulaire pourrait se prévaloir de pertes de cadences.

Il s'agit du cas dans lequel le titulaire avec plus de moyens de productions que ce qu'il avait initialement prévu pour la réalisation d'une tâche.

Par exemple, en raison des consignes sanitaires, le Titulaire pourrait être amené à réduire ses équipes mais à les faire travailler plus longtemps que prévus, et donc *in fine* les mobiliser de manière plus conséquente.

#### 2.1.5. LES TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES

Il ne peut être exclu que le respect des consignes sanitaires conduise nécessairement le Titulaire à réaliser des prestations supplémentaires afin d'exécuter les travaux dans les règles de l'art.

### 2.2. LES FONDEMENTS SUSCEPTIBLES D'ETRE MOBILISES

---

#### 2.2.1. LA FORCE MAJEURE

La force majeure pourra être mobilisée par l'entreprise si elle a cessé d'exécuter ses travaux.

##### 2.2.1.1. Conditions de fond

Il est clair qu'en l'occurrence l'événement que l'entreprise tentera de qualifier de force majeure est la pandémie.

- L'événement doit être imprévisible

Pour les contrats conclus avant la survenance du coronavirus, il est apparaît assez évident qu'il s'agit d'une circonstance imprévisible. En revanche, tel ne serait pas le cas pour des contrats conclus postérieurement aux annonces du Gouvernement, voire les jours les précédents.

- L'événement doit être extérieur

La pandémie n'étant ni du fait du maître d'ouvrage, ni de celui du titulaire, elle remplit effectivement la condition d'extériorité.

- L'événement doit être irrésistible

Il doit faire obstacle à l'exécution du contrat. C'est cette condition qui apparaît la plus délicate à démontrer.



En effet, le Titulaire doit apporter les pièces permettant de justifier que du fait de la pandémie, il ne pouvait plus exécuter ses obligations. Plus précisément, il doit démontrer qu'il n'est plus en capacité (technique, matérielle, voire économique) d'exécuter le contrat.

A notre sens, cela ne devrait concerner que des cas particuliers, et non l'ensemble des contrats pour lesquels le titulaire a décidé de ne pas exécuter ses prestations.

### **2.2.1.2. Conditions de mise en œuvre**

Le titulaire qui souhaite obtenir l'indemnisation de ses préjudices doit en principe se conformer aux stipulations de l'article 18.3 du contrat prévoyant qu'«*en cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, le titulaire est indemnisé du préjudice subi, sous réserve (...) qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit*».

Aussi, le titulaire ne pourra réclamer l'indemnisation des pertes, avaries ou dommages liés au cas de force majeure que s'il l'a immédiatement signalé par écrit.

### **2.2.1.3. Préjudices envisageables/Conséquences**

Seuls les préjudices découlant directement du cas de force majeure pourront être indemnisés<sup>31</sup>. Aussi, suivant une démarche rigoriste, il serait possible de considérer qu'aucun dommage et qu'aucune perte ne découle directement de la situation. En revanche, suivant une approche plus large, il serait envisageable d'admettre les préjudices liés à l'arrêt du chantier découlant de la pandémie, et donc des frais de garde, des frais d'immobilisation voire du sous-amortissement des frais généraux.

Par ailleurs, le titulaire est exonéré de ses obligations.

Enfin, si le cas de force majeure remet irrémédiablement en cause l'exécution du contrat, il conduira à sa résiliation.

## **2.2.2. L'AJOURNEMENT**

L'entreprise pourra recourir à ce fondement dans l'hypothèse où un ajournement est décidé par la maîtrise d'ouvrage en d'une décision d'arrêt de l'entreprise.

Il convient de se référer à l'article 49.1.1 du CCAG travaux qui prévoit que le titulaire a droit d'être indemnisé des frais que lui impose la garde des ouvrages et du préjudice éventuellement subi du fait de l'ajournement.

S'il est assez évident que les frais de garde devront être indemnisés par le maître d'ouvrage dans une telle situation, on peut s'interroger sur le droit à indemnité pour les autres préjudices.

En effet, si certaines Cours administratives d'appel, dont Paris, ont pu considérer qu'une décision d'ajournement emporter *ipso facto* l'obligation pour le maître d'ouvrage d'indemniser

<sup>31</sup> Voir en ce sens : CE, 11 décembre 1991, SONEXA, req. n° 81588, Rec.

les préjudices en découlant pour l'entreprise<sup>32</sup>, d'autres juridictions font preuve d'un plus grand pragmatisme en recherchant les causes de la décision d'ajournement. Aussi, dans cette dernière hypothèse, elles excluent l'indemnisation lorsque l'ajournement n'est pas dû à un fait imputable à la maîtrise d'ouvrage<sup>33</sup>.

Dans ces conditions, il semble difficile d'anticiper les préjudices dont pourrait se prévaloir le titulaire.

Dans le cas le plus défavorable, il est possible d'estimer qu'outre les frais de garde, le maître d'ouvrage devra prendre en charge les frais d'immobilisation voire également le sous-amortissement des frais généraux.

Cela étant, dans l'hypothèse où l'ajournement est lié à la carence de l'entreprise dans la mise en œuvre de son obligation de sécurité, il serait possible d'estimer que le maître d'ouvrage n'a pas à assumer ces coûts.

### 2.2.3. L'IMPREVISION/LES SUJETIONS TECHNIQUES IMPREVUES<sup>34</sup>

Ce fondement pourra être utilisé si le chantier n'est pas arrêté mais qu'il n'est pas poursuivi dans les conditions initialement prévues.

L'imprévision (ou les sujétions techniques imprévues) se distingue du cas de force majeure puisqu'elle ne fait pas obstacle à l'exécution du contrat. La poursuite du contrat peut être assurée mais dans des conditions différentes de celles prévues initialement, qu'il appartient à la maîtrise d'ouvrage de prendre en charge dans la limite de 90/95 %.

#### 2.2.3.1. Conditions de fond

L'évènement doit être imprévisible et extérieur aux parties de la même manière que le cas de force majeure. Ces conditions sont en principe remplies en l'occurrence.

L'évènement doit surtout emporter un bouleversement l'économie du contrat, à tout le moins lorsque le marché a été conclu à prix forfaitaire<sup>35</sup>. En d'autres termes, l'équilibre du marché ne doit plus être assuré, de sorte que l'exécution du contrat est déficitaire pour le titulaire<sup>36</sup>.

S'il n'existe pas de seuil de bouleversement, il est possible de se référer à la circulaire du 20 novembre 1974 *relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques* prévoit un seuil de

<sup>32</sup> CAA Paris, 16 juin 2015, Région Ile-de-France, req. n° 13PA00368 ; voir également implicitement : CAA Lyon, 9 janvier 2014, SARL Rhône fluide, req. n° 12LY01997 dans cette affaire, la cour administrative d'appel admet l'indemnisation au titre de l'ajournement des travaux sans rechercher l'existence d'une faute imputable au maître d'ouvrage ; CAA Bordeaux, 15 novembre 2016, Société JAF, req. n° 14BX03576 ; CAA Nantes, 28 juillet 2015, Société Merceron TNT, req. n° 13NT01133 ; voir également si l'ajournement n'est pas imputable à une faute de l'entreprise concernée : CAA Lyon, 20 septembre 2018, Ville de Saint-Etienne, req. n° 17LY00483.

<sup>33</sup> CAA Marseille, 7 mai 2014, SARL Méridionale Electrique Noël et Pellegrini, req. n° 11MA00539 ; voir également : CAA Nantes, 30 mars 2018, Société Eurovia Bretagne, req. n° 16NT01236 ; CAA Bordeaux, 17 décembre 2018, entreprise Elisabeth André et la société Somhydro Sud, req. n° 16BX02385 ; CAA Bordeaux, 18 février 2020, société Eiffage Génie Civil, la société Laurent Baptistan et la société Temsol, req. n° 18BX01024.

<sup>34</sup> Ce qui distingue ces deux hypothèses c'est la nature de l'évènement : l'imprévision est généralement une circonstance économique alors que les sujétions techniques sont de nature techniques.

<sup>35</sup> A tout le moins s'agissant des circonstances imprévues.

<sup>36</sup> CE, 20 mai 1994, Société le gardiennage industriel de la Seine, req. n° 66377, Rec., T.



bouleversement équivalent à 1/15<sup>ème</sup> du marché<sup>37</sup>. De même, le juge administratif a pu considérer qu'une charge supplémentaire représentant 3<sup>38</sup> ou moins de 5 %<sup>39</sup> du montant définitif du marché n'était pas suffisante.

Ce seuil doit être apprécié au regard de l'économie générale du marché, alors même que le marché comporterait des prestations distinctes<sup>40</sup>.

### **2.2.3.2. Conditions de mise en œuvre**

Il n'y a aucune condition de mise en œuvre particulière, si ce n'est les conditions classiques en matière d'indemnisation.

### **2.2.3.3. Préjudices envisageables/Conséquences**

Dans cette hypothèse, si les conditions sont réunies, le titulaire pourra obtenir la prise en charge de ses pertes de cadences ainsi que des travaux supplémentaires indispensables.

En outre, si cet événement conduit à la prolongation du chantier, nonobstant la poursuite des travaux, le titulaire pourra également tenter l'indemnisation des frais liés à cette prolongation (maintien des installations de chantier, frais d'encadrement, sous-amortissement des frais généraux).

**En tout état de cause, nous vous rappelons que les règles gouvernant la modification des marchés ainsi que la procédure prévue en matière de règlement de différend (notamment si le titulaire et la maîtrise d'ouvrage ne sont pas d'accord sur la qualification et les conséquences de ces circonstances) demeurent applicables sous les réserves précisées par l'ordonnance n° 2020-319.**

Mis à jour le 1<sup>er</sup> avril 2020

Nicolas CHARREL et Ariane BARDOUX, avocats au barreau de Paris  
Cabinet CHARREL & Associés (Paris, Montpellier, Marseille)

<sup>37</sup> Soit 6,7 % environ.

<sup>38</sup> CE, 30 novembre 1990, Société Coignet Entreprise, req. n° 53636, Rec., T.

<sup>39</sup> CAA Nantes, 28 juin 2007, Société Sacer Atlantique, req. n° 06NT01848 ; voire également pour une hausse de charges sociales ne représentant que 1 à 2 % du montant du marché : CE, 2 juillet 1982, Société routière Colas, req. n° 23653, Rec.

<sup>40</sup> A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, p. 598, n° 1362.

