

# LES MARCHES PRIVÉS DE TRAVAUX A L'ÉPREUVE DU COVID-19

**L'OPPBTB a publié un guide de préconisations à destination des professionnels de la construction pour les aider à adopter les mesures de prévention adaptées et à respecter les consignes sanitaires dans le contexte d'épidémie du coronavirus Covid-19.**

Le « [Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de construction](#) » liste les mesures urgentes et spécifiques à mettre en œuvre pour garantir les mesures de prévention et les conditions sanitaires nécessaires notamment aux personnels du BTP.

Ce guide a été mis à jour le 27 mai 2020, et intègre les recommandations du Haut Conseil de Santé Publique du 24 avril 2020 et du Protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés, publié par le ministère du travail, version du 9 mai 2020.

Ce guide édicté par une autorité dépourvue de tout pouvoir réglementaire, n'a pas, en tant que tel, la valeur d'un règlement obligatoire. Toutefois :

- les mesures dites barrières constituent bien, quant à elles, une obligation réglementaire depuis l'arrêté du 14 mars 2020 et le décret du 23 mars 2020; et
- le guide de l'OPP-BTP a pour objet, précisément, de décliner, sous forme pratique et concrète, l'application des mesures barrières aux chantiers.

*Peut-on considérer que les nouvelles mesures de sécurité imposées par le gouvernement, et notamment les consignes préconisées par le guide de l'OPP-BTP génèrent des « travaux hors marché » susceptibles, de faire l'objet d'une rémunération complémentaire dans le cadre d'un marché à forfait ?*

Les travaux “hors marché” au sens de l'article 1793 du code civil concernent l'adjonction d'ouvrages supplémentaires ou de la modification d'ouvrages à l'initiative du maître d'ouvrage, et non d'une modification du mode opératoire lui-même ; ainsi, les nouvelles consignes de sécurité rendues nécessaires par l'épidémie de Covid-19 ne devraient pas être assimilés à des travaux réellement supplémentaires ; sauf évolution de la jurisprudence.

Ces mesures soulèvent des questions de nature contractuelle et juridique comme celles de savoir si, confrontées à cette crise sanitaire, et dans l'impossibilité de faire respecter les mesures barrières, les entreprises de BTP sont en droit de suspendre leurs chantiers, d'exiger une révision du prix des marchés, ou encore d'y mettre fin. Se pose également la question de l'impact de cette pandémie sur les pénalités de retard et clauses résolutoires, délai de prescription et de forclusion.

## L'IMPREVISION

L'article 1195 du Code civil, applicable aux seuls contrats conclus à compter du 1er octobre 2016, consacre la théorie de l'imprévision. L'imprévision permet de renégocier son contrat et de l'adapter à la situation de crise pour le rééquilibrer.

### 3 conditions cumulatives d'application :

- ✓ *Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ;*

Les marchés de travaux conclus après le début de l'épidémie en France, et après l'entrée en vigueur des diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 sont exclus.

- ✓ *Rendant son exécution excessivement onéreuse ;*
- ✓ *pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.*

La plupart des marchés prévoient une renonciation de l'entrepreneur à se prévaloir des dispositions de l'art. 1195 du Code civil considérée comme une acceptation des risques.

## LA FORCE MAJEURE

Aux termes de l'article 1218 du Code civil, constitue un cas de force majeure l'événement qui empêche l'exécution par une partie de ses obligations et qui :

- ✓ *ne provient pas de son propre fait (critère de l'extériorité) ;*
- ✓ *ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (critère de l'imprévisibilité)<sup>1</sup> ;*
- ✓ *produit des effets qui ne peuvent être évités par des mesures appropriées (critère de l'irrésistibilité).*

L'irrésistibilité implique de démontrer qu'aucune mesure adaptée ne peut être mise en place pour maintenir le chantier. Elle s'apprécie au cas par cas, pour chaque entreprise, pour chaque chantier : « *in concreto* »<sup>2</sup>.

### Le covid-19 entre-t-il dans la qualification de force majeure ?

Une étude de la jurisprudence témoigne de ce que les juges français ont été relativement réticents, par le passé, compte tenu des circonstances de l'espèce, à qualifier de force majeure une épidémie (*épidémie de grippe H1N1 de 2009 / virus de la dengue*)<sup>3</sup>.

Toutefois, s'agissant de l'épidémie de coronavirus, les mesures de confinement imposées par les autorités gouvernementales sont inédites, et celles-ci pourraient éventuellement donner aux événements actuels leur caractère de force majeure, sous réserve de porter une attention particulière à la chronologie des événements.

Conformément à l'article 1218 du Code civil, si l'empêchement est temporaire « l'exécution de l'obligation est suspendue ».

<sup>1</sup> Pour les marchés de travaux conclus après l'entrée en vigueur des diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 édictées par l'arrêté du 14 mars 2020, modifié le 15 mars 2020, puis par les décrets des 16 et 23 mars 2020, la force majeure ne pourra pas être invoquée.

<sup>2</sup> Par deux arrêts des 12 (Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098) et 23 mars 2020 (CA Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01207), la Cour d'appel de Colmar livre une première analyse. La Cour devait se prononcer sur la situation d'individus placés en centre de rétention administrative et en zone d'attente. Constatant l'absence de ces individus à l'audience, la Cour a décidé de statuer hors leur présence compte tenu des **circonstances caractérisant des cas de « force majeure »**. Si cet arrêt a été rendu en matière de droit des étrangers, l'extension de cette solution en matière contractuelle pourrait être envisagée si les trois conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité présidant la force majeure et rappelées par la Cour d'appel dans son arrêt du 12 mars sont réunies.

<sup>3</sup> CA Besançon, 8 janv. 2014, RG n°12/02291 & CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n°17/00739

**Quant aux marchés soumis à la Norme AFNOR NF P03-001 (édition octobre 2017), l'article 10.3.1.2 prévoit expressément que le délai d'exécution des travaux est « prolongé de la durée des empêchements de force majeure ».**

## LES PENALITES DE RETARD, LES CLAUSES RESOLUTOIRES ET LES DELAIS DE PRESCRIPTION ET DE FORCLUSION.

L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire, publiée au Journal Officiel du 26 mars 2020, prévoit une série de mesures destinées à traiter des conséquences de la crise sanitaire sur un certain nombre de délais.

**Les délais de prescription et de forclusion des actions en justice sont prorogés de plein droit à partir du 23 juin. Ils recommencent à courir dans leur intégralité, sans que ce nouveau délai ne puisse excéder 2 mois** (art. 2 de l'ordonnance).

**Les effets des clauses de pénalités de retard et les clauses résolutoires sont suspendus.**

L'ordonnance prévoit, une suspension de plein droit des effets de certaines clauses contractuelles : clauses pénales, clauses résolutoires, clauses d'astreinte, toutes clauses de déchéance ayant pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé. Les délais prévus par ces clauses seront réputés n'avoir pas pris cours ni produit effet, dès lors qu'ils étaient normalement censés, aux termes du contrat, expirer pendant la période spéciale (c'est-à-dire pendant la période comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 en l'état actuel) (**art. 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020**).

**→ Les astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires et clauses de déchéance qui auraient dû produire ou commencer à produire leurs effets entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 sont suspendues** : elles reprendront effet le 24 juin 2020, si le débiteur ne s'est pas exécuté.

**Exemple** : Les clauses résolutoires qui ont déjà produit effet avant le 12 mars 2020 sont suspendues par l'ordonnance jusqu'au 23 juillet inclus.

**Exemple** : un contrat, comportant une clause pénale d'un montant de 10.000 euros, devait être exécuté le 5 mars. Le 6 mars, en l'absence d'exécution, le créancier a adressé une mise en demeure à son débiteur par laquelle il lui laissait 10 jours pour exécuter le contrat, la clause devant produire ses effets à l'issue de ce délai en l'absence d'exécution (soit le 16 mars, 4 jours après le début de la période spéciale). Ce délai expirant lors de la période spéciale prévue à l'article 1er de l'ordonnance, la clause pénale ne produit pas ses effets si le débiteur ne s'exécute pas. Elle les produira en revanche si le débiteur n'a toujours pas exécuté son obligation 4 jours après la fin de la période spéciale, soit le 27 juin 2020.

**Quant aux pénalités de retard qui avaient commencé à courir avant le 12 mars 2020, elles voient également leur cours suspendu pendant la période spéciale : leurs effets reprendront dès le 24 juin 2020 en l'état actuel.**

Enfin, l'ordonnance prévoit une prolongation de deux mois après la fin de la période spéciale des délais prévus pour résilier ou dénoncer une convention : lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai

déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période spéciale, de deux mois après la fin de cette période (*art. 5 de l'ordonnance*).