



LA REPRISE DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS ET PRIVÉS SIGNÉS AVANT LA CRISE SANITAIRE DU COVID 19 :

Les outils juridiques de l'entreprise pour solliciter l'indemnisation ou la renégociation du marché pour tenir compte des incidences de la crise sanitaire

I. EN MATIÈRE DE MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS :

A. L'INDEMNISATION DES FRAIS ET PRÉJUDICES LIÉS À LA SUSPENSION DU CHANTIER¹ :

Si, en raison des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les prestations objet du marché public ont été suspendues par le Maître d'ouvrage, le titulaire peut prétendre aux paiements et indemnités suivants :

➤ Le règlement des prestations des marchés à prix forfaitaire :

Le 4° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, prévoit que l'acheteur est tenu, en cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire, de procéder sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat.

Cette disposition concerne essentiellement les marchés forfaitaires ayant prévu des échéances de paiement étalées dans le temps selon une périodicité précise (mensuelle, trimestrielle...) et ayant déterminé le montant de ces versements forfaitaires échancés. Elle ne concerne donc pas les marchés payables à l'avancement (situations de travaux).

Le paiement des échéances doit alors continuer, selon la périodicité prévue, quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées.

Lors de la reprise de l'exécution du contrat, à l'issue de l'état d'urgence sanitaire, **un avenant** devra déterminer les modifications du contrat rendues nécessaires, acter sa reprise ou procéder à sa résiliation.

Au regard des prestations effectivement réalisées et des sommes forfaitaires versées par l'acheteur, l'avenant devra également préciser les sommes éventuellement dues au titulaire ou, au contraire, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur.

¹ Voir Fiche DAJ du 30.03.2020: [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique](#)

NB : La notion d'avenant implique un accord des deux parties. L'entreprise pourra donc se prévaloir de cette disposition pour exiger la signature d'un avenant.

➤ **L'indemnisation des frais de garde du chantier et des préjudices occasionnés par une suspension :**

Article 49.1.1 du CCAG- Travaux :

« L'ajournement des travaux peut être décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 12, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés.

Le titulaire, qui conserve la garde du chantier, a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement.

Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée suivant les modalités prévues aux articles 14.3. et 14.4. »

En application de ces dispositions (si elles sont applicables, ce qui suppose de vérifier l'absence de dérogation prévue par le CCAP), lorsque l'acheteur décide d'une suspension de l'exécution du marché alors que le titulaire était en capacité d'en continuer l'exécution, il est susceptible de devoir indemniser le titulaire des frais de gardiennage ainsi que des préjudices financiers générés par cette suspension (voir par exemple : CE, 21 févr. 2000, n° 187257, OPHLM ville Nice : BJCP 2000, p. 213 ; Cour administrative d'appel, Lyon, 4e chambre, 9 Mars 2017 – n° 15LY03168).

Il appartient alors à l'entreprise d'évaluer et de justifier les frais de garde et d'ajournement qu'elle supporte.

Deux limites toutefois à ce droit à indemnisation :

- L'ajournement suppose en principe une décision explicite du maître d'ouvrage :

En effet, l'ajournement des travaux est défini comme la décision prise par le maître d'ouvrage de « différer le... début (des travaux) ou d'en suspendre l'exécution » (CCAG travaux, art. 48.1). Il suppose donc en principe une décision formalisée, dûment notifiée à l'entreprise. (V. CCAG travaux, art. 12.1).

De ce fait, le Conseil d'État a pu juger que l'ajournement ne pouvait être prononcé de manière implicite (CE, 7e et 2e ss-sect., 27 sept. 2010, n° 323485, Cne la Seyne-sur-Mer).

- Certaines juridictions excluent le droit à indemnisation de l'entreprise lorsque l'ajournement n'est pas dû à un fait imputable au maître d'ouvrage.

En l'absence de décision d'ajournement, l'entreprise pourra toutefois fonder sa demande d'indemnisation sur les motifs examinés ci-après (force majeure, sujétions imprévues...)

➤ **L'indemnisation des dommages subis pendant la durée de suspension du chantier :**

Sauf stipulation contractuelle contraire, les entreprises attributaires qui subissent sur le chantier des pertes, des avaries ou des dommages sur les matériels et installations qu'elles stockent sur le chantier pour son exécution ainsi que sur les ouvrages objet des marchés de travaux, peuvent réclamer une indemnisation au titre de la perte subie en s'appuyant sur l'article 18.3 du CCAG travaux (voir ci-après).

B. LA FACULTE DE RENEGOCIATION DU MARCHE POUR TENIR COMPTE DES COUTS ET CONTRAINTES INDUITS PAR LA CRISE SANITAIRE :

↳ Le fondement légal et les conditions posées :

L'article L. 2194-1 du Code de la commande publique prévoit la possibilité pour les parties à un marché public de modifier en cours d'exécution le contrat initial, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, lorsque « **des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues** ».

La directive européenne Marchés publics (Directive 2014/24/UE du 26 février 2014) donne la définition suivante des circonstances imprévisibles :

« doivent être considérées comme des circonstances imprévisibles celles que l'acheteur n'aurait pas pu prévoir compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques de son projet, des bonnes pratiques du secteur concerné et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci ».

Pour les contrats conclus avant la survenance de l'épidémie de Coronavirus, il semble clair que les acheteurs publics ne pouvaient être en mesure de prévoir la survenance de cette épidémie et de ses conséquences.

La condition relative au caractère imprévu devrait donc normalement être considérée comme remplie.

Une analyse plus circonstanciée devra en revanche être effectuée pour tous les contrats conclus entre la survenance de l'épidémie et le dénouement de la crise sanitaire en France afin de déterminer précisément dans quelle mesure cet événement peut être alors qualifié d'« imprévisible ».

Il convient également de préciser qu'à la différence de la théorie de l'imprévision, **les textes n'exigent pas ici que l'économie du contrat ait été bouleversée par les circonstances imprévues.**

Ainsi, la seule survenance du Coronavirus, lorsqu'il peut effectivement être qualifié de circonstance imprévue, doit normalement ouvrir la possibilité pour les parties de procéder à certaines modifications (ci-après précisées) par voie d'avenant et ce, sans mise en concurrence.

La fiche publiée par la DAJ le 30 mars 2020 précise d'ailleurs: « *La crise sanitaire du Coronavirus est manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications, pour autant que l'autorité contractante puisse bien démontrer un lien de causalité entre les conséquences de la crise et le besoin de modifier le contrat, ainsi que le caractère strictement nécessaire des modifications qu'elle souhaite apporter au contrat.*

Il est rappelé que les modifications envisagées ne sauraient changer la nature globale du contrat et ne doivent pas avoir pour but d'empêcher une remise en concurrence périodique. »

↳ Quelles modifications peuvent être effectuées ?

La modification n'est possible qu'à la condition qu'elle n'entraîne pas une augmentation de la valeur du contrat qui serait supérieure à 50 % de sa valeur initiale (article R. 2194-3 du Code de la commande publique).

Naturellement, les modifications qui peuvent être apportées doivent être en lien direct et étroit avec les circonstances imprévues survenues sous peine d'entraîner l'irrégularité de l'avenant.

Ainsi, seules les modifications rendues indispensables au regard de la survenance des circonstances imprévues devraient pouvoir en toute logique être effectuées.

↳ **Comment les parties doivent-elles procéder ?**

A la différence de la théorie de l'imprévision, le titulaire du contrat ne dispose pas d'un droit unilatéral à la modification du contrat ou à l'obtention d'une indemnité en raison de la survenance des circonstances imprévues.

Il est donc indispensable pour les parties de s'accorder sur les modifications envisagées par la signature d'un avenant.

Afin de faciliter la régularisation de ces avenants, l'article 20 de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 dispose que « *Par dérogation aux articles L. 1411-6 et L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales, les projets d'avenants aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % sont dispensés, respectivement, de l'avis préalable de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du même code et de celui de la commission d'appel d'offres.* »

Lorsque la modification concerne un marché passé selon une procédure formalisée, l'acheteur devra publier un avis de modification au JOUE.

C. EN L'ABSENCE D'ACCORD DES PARTIES, LES FONDEMENTS JURIDIQUES INVOCABLES AU SOUTIEN D'UNE RECLAMATION INDEMNITAIRE :

1) La force majeure :

↳ **La crise du Coronavirus constitue-t-elle un cas de force majeure ?**

Dans sa fiche portant sur « Les mesures de soutien et les contacts », le ministère de l'Économie et des Finances indiquait ainsi que : « *La reconnaissance par l'État et les collectivités locales du Coronavirus comme un cas de force majeure pour leurs marchés publics. En conséquence, pour tous les marchés publics d'État et des collectivités locales, les pénalités de retards ne seront pas appliquées* ».

Pour autant, il n'apparaît absolument pas acquis que la force majeure puisse être systématiquement retenue dans une perspective indemnitaire.

En effet, la force majeure est classiquement définie comme un événement imprévisible, irrésistible pour les parties, qui est totalement indépendant de leur volonté, **et qui empêche toute exécution du contrat, de manière temporaire ou définitive.**

↳ **La force majeure autorise-t-elle l'entreprise à solliciter une indemnisation complémentaire au titre des surcoûts générés par la crise sanitaire ?**

La jurisprudence administrative considère que la force majeure n'emporte pas de droit à indemnisation du titulaire, sauf en ce qui concerne les pertes matérielles subies du fait de

l'événement de force majeure (CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, Rec. p. 28 ; CE, Avis, 26 avr. 2018, n° 394398, pt. 7).

Toute indemnisation du manque à gagner ou d'autres préjudices liés à l'immobilisation du matériel et du personnel provoquée par la désorganisation du chantier est donc a priori exclue.

Toutefois, si le marché est soumis au CCAG Travaux, l'article 18.3 de ce CCAG prévoit que :

« 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 pour le préjudice subi, sous réserve :

- qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les dispositions découlant de l'article 18.2;

- **qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit.**

Aucune indemnité ne peut néanmoins être accordée au titulaire pour perte totale ou partielle de son matériel flottant, les frais d'assurance de ce matériel étant réputés compris dans les prix du marché. »

Néanmoins, le Conseil d'État avait jugé, en appliquant des dispositions assez semblables d'un CCAG « applicable aux marchés de travaux du ministère de l'équipement et du logement » que toute indemnisation du manque à gagner devait être exclue, ainsi que l'indemnisation des pertes liées aux « immobilisations de matériel et de personnel provoquées par la désorganisation du chantier » (CE, sect., 11 déc. 1991, n° 81588, Sté niçoise pour l'extension de l'aéroport c/ CCI de Nice).

2) L'imprévision :

L'article L. 6, 3° du Code la commande publique dispose que « *lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité* ».

Il faut noter que l'imprévision est plus facilement caractérisée que la force majeure car il n'est pas exigé que l'évènement soit irrésistible.

L'indemnité à laquelle a droit le titulaire doit lui permettre de continuer à exécuter le contrat malgré les difficultés rencontrées et le bouleversement de l'économie du contrat.

En ce qui concerne le bouleversement de l'économie du contrat, des augmentations du prix du marché de 33 % (CE, 30 janv. 1995, n° 151099, Sté Viafrance), ou 43 % (CE, 8 mars 1996, n° 165075, Cne Petit-Bourg), ont été considérées comme bouleversant l'économie d'un contrat. Il semble que l'hésitation se pose lorsque l'augmentation du prix est comprise entre 10 et 20 % (CE, 13 juin 1997, Cne Aulnay-sous-Bois : Rec. CE 1997, tables, p. 924. – CE, 22 juin 1998, n° 173025, préfet Puy-de-Dôme)

La personne publique devra prendre à sa charge les pertes "exceptionnelles" ou anormales résultant de l'imprévision, les pertes résultant d'un aléa économique normal restant à la charge du cocontractant.

L'indemnité d'imprévision à laquelle a droit l'entrepreneur ne couvre toutefois pas la totalité de son manque à gagner, mais uniquement la perte qu'il a enregistrée à hauteur d'environ 90 % (par ex., CE 1er juill. 1949, min. de la Guerre c/Ets Violla, Lebon 318).

En cas de désaccord entre les parties, le juge administratif fixera le montant de l'indemnité.

NB: Si le titulaire peut être indemnisé cela ne lui permet pas de s'exonérer de ses obligations contractuelles : c'est l'objet même de l'imprévision de permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

3) La théorie des sujétions imprévues :

Il s'agit également d'une construction prétorienne assez ancienne élaborée par la Haute juridiction administrative, selon laquelle l'entrepreneur a droit à être indemnisé des aléas « techniques » d'une gravité exceptionnelle telle qu'un homme de l'Art hautement qualifié, compétent et spécialisé n'a pas eu la possibilité de les déceler.

Contrairement à la théorie de l'imprévision, il ne s'agit pas d'un facteur « économique » étranger à la volonté des parties, mais d'une situation technique de fait, reconnue sur le site et qui était imprévisible pour un homme hautement qualifié et compétent.

Le droit à indemnité reste subordonné au bouleversement de l'économie du contrat.

Lorsque les conditions d'application de la théorie sont remplies, l'entrepreneur a droit à la réparation intégrale du préjudice que lui ont causé les sujétions imprévues (CE 2 déc. 1964, Port autonome de Bordeaux, Lebon 936).

Ce préjudice comprend non seulement le coût des travaux supplémentaires qu'il a dû exécuter mais également les frais d'immobilisation du personnel et des installations de chantier pendant une période plus longue que prévue (CE 17 févr. 1992, Sté générale d'entreprises Sainrapt et Brice, req. no 50359, D. 1992. 411, obs. P. Terneyre ; RDI 1992. 204, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; RD publ. 1994. 861, obs. F. Llorens).

L'entrepreneur qui doit faire face à des sujétions techniques imprévues durant l'exécution d'un marché de travaux n'est pas obligatoirement tenu d'en signaler l'apparition en cours d'exécution à la personne publique, ni d'en faire la constatation immédiate, compte tenu du fait qu'aucune disposition du CCAG Travaux ne conditionne la recevabilité de sa demande d'indemnisation pour sujétions imprévues à de telles conditions.

L'entrepreneur peut donc formuler sa demande d'indemnisation à l'occasion de son mémoire en réclamation (CAA Bordeaux, 11 juin 2014, Sté SBTPC, req. no 12BX01024).

4) Le fait du Prince :

Toute mesure du maître d'ouvrage liée au coronavirus, qui modifie les conditions d'exécution du contrat, ou le contrat lui-même, qu'elle résulte du « fait du prince » (**par exemple, mesure de police liée à la santé publique**) ou de son pouvoir de direction du contrat (contrôle, modification unilatérale du contrat, etc.) peut donner lieu à réclamation dans les conditions rappelées par la jurisprudence.

Conseils pratiques lors de la reprise du chantier :

Lors de la notification de l'OS de reprise du chantier :

- Emettre des réserves dans les 15 jours pour faire valoir les frais et préjudices liés à la suspension du chantier et solliciter leur prise en charge en application de l'article 49.1.1 du CCAG Travaux (si applicable),

- Solliciter auprès du Maître d'ouvrage la régularisation d'un avenant pour tenir compte des incidences de la crise sanitaire sur les délais et coûts, en application de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique,
- Motiver et documenter au maximum sa réclamation pour justifier du fait qu'il s'agit de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues,

Attention : Il importe de ne pas figer dans cet avenant les modalités de délais et d'indemnisation des surcoûts dès lors que les incidences de la crise sanitaire ne sont pas encore totalement prévisibles => il est conseillé de prévoir une clause de rendez-vous ou de renégociation dans l'avenant.

- En cas de refus du Maître d'ouvrage, l'entreprise ne peut se désengager sauf à démontrer la force majeure,
- La force majeure n'emporte en revanche pas de droit à indemnisation du titulaire, sauf en ce qui concerne les pertes matérielles subies du fait de l'événement,
- L'entreprise pourra formaliser sa demande indemnitaire dans le cadre d'un mémoire en réclamation, dans les conditions prévues par le CCAG, en invoquant la théorie des sujétions imprévues (a priori le fondement le plus favorable).

II. EN MATIERE DE MARCHES PRIVES DE TRAVAUX :

A. Pour les marchés soumis à la norme NFP.03-001 valant CCAG des marchés de travaux privés :

➤ Indemnisation des frais de gardiennage et préjudices pendant la suspension du chantier :

Les articles 9.6.2 et 10.3.2.1 de la norme NFP 03-001 prévoient l'indemnisation de l'entreprise en cas de suspension des travaux du fait du Maître d'ouvrage.

Ces dispositions conditionnent toutefois le droit à indemnisation de l'entreprise à la formulation de réserves écrites dès la survenance de l'évènement, soit la réception de la décision de suspension.

Par ailleurs, le Maître d'ouvrage opposera très vraisemblablement que cette suspension n'est pas de son fait mais liée à un évènement extérieur.

➤ Renégociation du contrat motivée par l'existence de circonstances imprévisibles :

L'article 9.1.2 de la norme NFP 03-001, dans sa version de 2000, prévoit ce qui suit :
« Les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des particularités du projet et des délais et rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles ainsi que de celles des dépenses d'intérêt commun mises à sa charge par le descriptif de son lot ou par le jeu de l'article 14 . En sorte que la rémunération de l'entrepreneur pour l'exécution des travaux formant l'objet défini du marché ne subira aucune variation sauf application de dispositions différentes du présent document et, en particulier, en

cas d'évolution du PGC SPS du fait du maître d'ouvrage ayant des incidences financières pour l'entreprise. »

La version 2017 de la norme NF P 03-001 ajoute à ce qui précède l'alinéa suivant, reprenant pour partie l'article 1195 du Code civil :

« 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. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties conviennent de recourir à une conciliation ou à une médiation conformément au 21.2, préalablement à toute action en justice ou procédure d'arbitrage.

L'entreprise est donc fondée à solliciter la renégociation du contrat auprès du Maître d'ouvrage si les trois conditions suivantes sont réunies :

- Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat
- Qui rend l'exécution excessivement onéreuse : l'entreprise doit ici justifier l'existence d'un lien de causalité entre le changement de circonstances et l'exécution excessivement onéreuse.
- Dont l'entreprise n'a pas accepté d'assumer le risque lors de la conclusion. En effet, le contrat peut comporter une clause d'acceptation de ce risque, qui fera alors obstacle à la demande indemnitaire de l'entreprise.

Par ailleurs, l'article 9.3 de la norme NF P 03-001, « Variation des charges légales et/ou réglementaires » énonce que :

« Dans le cas de modifications des charges imposées par voie législative ou réglementaire, qui auraient une incidence sur le coût d'exécution de l'ouvrage, les dépenses ou économies en résultant dans les déboursés de l'entrepreneur et qui ne seraient pas prises en compte par la formule de variation de prix, sont ajoutées au moment du règlement ou en sont défalquées surproduction de justifications ».

Ces dispositions devraient pouvoir être également avancées pour solliciter la renégociation du contrat.

B. Pour les marchés qui n'ont pas contractualisé la norme NFP.03-001 valant CCAG des marchés de travaux privés :

Il convient évidemment d'analyser le CCAP pour déterminer s'il contient des clauses similaires à celles de la norme NFP 03-001 citées supra.

A défaut, l'entreprise peut se prévaloir de la révision pour imprévision prévue par l'article 1195 du Code civil issue de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016:

« 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. »

Les conditions sont donc identiques à celles précisées ci-dessus au sujet de l'article 9.1.2 de la norme NFP 03-001 :

- Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat
- Qui rend l'exécution excessivement onéreuse,
- Dont l'entreprise n'a pas accepté d'assumer le risque lors de la conclusion.

En effet, l'article 1195 du Code Civil n'est pas d'ordre public. Certains marchés prévoient à ce titre expressément qu'il n'est pas applicable, ce qu'il convient donc de vérifier au préalable.

Conseils pratiques lors de la reprise du chantier :

- Analyser les dispositions contractuelles (norme NFP 03-001, présence ou pas d'une clause d'acceptation du risque lié à l'imprévision).

Pour rappel, l'article 1er de la norme de NF P 03-001 de 2017 prévoit que toute dérogation doit être récapitulée dans le dernier article du CCAP sous peine d'être inopposable.

- Solliciter auprès du Maître d'ouvrage la régularisation d'un avenant pour tenir compte des frais générés par la suspension du chantier ainsi que les incidences de délais et de coûts.
- Motiver et documenter au maximum sa demande pour justifier du fait qu'il s'agit de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues et rendant l'exécution excessivement onéreuse.

Attention : Ne pas figer dans cet avenant les principes indemnitaires dès lors que les incidences de la crise sanitaire en termes de délais comme de surcoûts ne sont pas encore totalement prévisibles => il est conseillé de prévoir une clause de rendez-vous ou de renégociation dans l'avenant.

- En cas de refus du Maître d'ouvrage, l'entreprise pourra saisir le Juge (ou engager une procédure amiable de type « MARD » - Mode Amiable de Règlement des Différends) d'une demande de révision pour imprévision si son marché ne comporte pas de clause d'acceptation du risque lié à l'imprévision.

AUTEUR



Armelle Bouty-Duparc
Avocat Associée
abouty@racine.eu