

Les clauses de délai et de forfait du marché privé à l'épreuve du Coronavirus

Les mesures de confinement, les incertitudes sur les conditions d'intervention toute en sécurité, les difficultés d'approvisionnement etc ont provoqué l'arrêt brutal de la grande majorité des chantiers. À l'heure où les chantiers ont commencé à reprendre et où un consensus sur de nouvelles conditions d'intervention s'est établi, la question des délais dans lesquels ils peuvent être réalisés et de la prise en charge des surcoûts découlant de ces nouvelles conditions d'intervention se pose avec acuité.

La crise sanitaire due à la pandémie et les mesures prises afin de lutter contre celle-ci remettent en cause les délais convenus entre les parties. La crise et ses conséquences peuvent même conduire le maître de l'ouvrage à choisir de différer ou annuler son projet et ainsi remettre profondément en cause les conditions d'interventions de l'entrepreneur.

Le contrat d'entreprise est celui par lequel le maître de l'ouvrage confie à un entrepreneur l'exécution de travaux à réaliser au titre d'une obligation de résultat. En droit privé, la culture juridique française privilégie le marché à forfait, qui fait peser les risques sur l'entrepreneur et protège le donneur d'ordre. De même, le délai de réalisation de l'ouvrage qui constitue un des éléments de définition du prix forfaitaire fait l'objet d'une obligation de résultat de l'entrepreneur et est le plus souvent assorti de pénalités de retard.

Application de la norme Afnor pour pallier le silence du Code civil

Le maître de l'ouvrage a pu décider de l'interruption du chantier pour des raisons de sécurité ou économique. Il a pu considérer, en sa qualité de responsable de la sécurité sur le chantier, que celle-ci ne pouvait être garantie de façon satisfaisante ou que le respect des conditions de sécurité entraînera un allongement de la durée du chantier incompatible avec ses propres impératifs. Il a pu également considérer que l'évolution de la conjoncture économique était de nature à remettre en cause son projet et donc à le suspendre, voire à l'arrêter définitivement. L'ajournement ou l'interruption du chantier ne sont pas prévus par les dispositions du Code civil relatives au marché privé. Ils peuvent être considérés comme une modification des travaux.

L'article 11.1.3.1 de la norme Afnor NFP 03-001, auxquelles les parties ont pu faire référence, prévoit,

d'une part, qu'en cas de changement dans la nature des ouvrages ordonnés par le maître de l'ouvrage et résultant de circonstances qui ne sont ni de la faute, ni du fait de l'entrepreneur, celui-ci est en droit de demander une indemnité en dédommagement des frais supplémentaires résultant pour lui de ces modifications à condition de les justifier, d'autre part, qu'en cas de changement des quantités prévues au marché de plus un quart en plus ou en moins, l'entrepreneur est en droit de demander que de nouveaux prix soient fixés pour les ouvrages considérés.

Ces dispositions fondent le droit de l'entrepreneur à la prise en compte des frais nés de l'interruption du chantier ainsi que des frais d'immobilisation, de surveillance, de gardiennage et d'assurance si le chantier est laissé sous la garde de l'entrepreneur, ce qui est normalement le cas jusqu'à la réception en vertu de l'article 1787 du Code civil.

Par ailleurs, toujours selon la norme Afnor NFP 03-001 (art. 22.1.3.1), l'ajournement ou l'interruption fractionné ou continu de plus de 6 mois peut entraîner la résiliation du marché aux torts du maître de l'ouvrage.

Enfin, l'article 1794 du Code civil dispose, de manière générale, que le maître de l'ouvrage peut résilier discrétionnairement le marché à forfait, même commencé, à charge pour lui de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. Dans le contexte actuel, l'espérance de gain de l'entrepreneur est plutôt maigre.

Des sanctions pour l'entrepreneur en retard ?

La plupart des marchés privés prévoient un délai de réalisation des ouvrages ; c'est un élément constitutif du prix puisqu'il détermine en partie les moyens

qui sont nécessaires pour son respect. Sauf clause contraire, il s'agit pour l'entrepreneur d'une obligation de résultat dont la méconnaissance est sanctionnée par des pénalités de retard contractuellement convenues ou par l'obligation de réparer le préjudice causé. C'est donc à l'entrepreneur d'établir que le retard n'est pas dû à son fait et qu'il relève du fait du maître de l'ouvrage, du fait d'un tiers ou résulte d'un cas de la force majeure. Face à la crise sanitaire, le législateur a souhaité modifier ces règles, par 3 ordonnances : l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire, modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 et par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020. Les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 ne modifient pas les délais contractuellement convenus entre les parties. Cet article a pour but de neutraliser certaines sanctions pendant la période comprise entre le 12 mars et le 23 juin 2020 inclus. Ainsi, les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet lorsque ledit délai a expiré entre le 12 mars et le 23 juin 2020 inclus. La date à laquelle elles prennent cours ou produisent leurs effets est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation inexécutée est née et, d'autre part, la date à laquelle ladite obligation aurait dû être exécutée. Cette règle s'applique aussi aux clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé.

Lorsque les clauses ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent dans un délai déterminé expirant après le 23 juin 2020, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses prennent effet est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, le 23 juin 2020.

Par ailleurs, le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus entre le 12 mars et le 23 juin 2020 inclus.

Dès lors, trois situations doivent être distinguées :

- les travaux ont débutés avant le 12 mars et devaient s'achever au plus tard le 23 juin 2020 : les sanctions sont reportées au-delà de cette échéance, d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 et, d'autre part, le 23 juin 2020 ;
- les travaux auraient dû débuter après le 12 mars et devaient s'achever au plus tard le 23 juin 2020 : les sanctions sont reportées au-delà de cette échéance, d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, le 23 juin 2020 ;
- les travaux auraient dû débuter avant ou après le 12 mars et devaient s'achever après le 23 juin 2020 : les sanctions sont reportées au-delà de cette échéance d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive,

la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, le 23 juin 2020.

En pratique deux questions vont se poser. Il va falloir apprécier la suffisance ou non de la période de neutralisation des sanctions. L'entreprise sera-t-elle exposée à des sanctions sur la période postérieure au 23 juin 2020. Par ailleurs, l'entreprise qui n'a pas respecté les délais convenus peut-elle voir sa responsabilité recherchée au titre du préjudice subi par son cocontractant du fait du retard, y compris sur la période comprise entre le 12 mars et le 23 juin 2020 ? L'article 1231-5 du Code civil, relatif aux clauses pénales, pose le principe selon lequel, lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre une somme plus forte ni moindre, sauf révision judiciaire. Ce sont ces clauses qui sont visées par l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306. Dans ce cas, comme dans celui de la méconnaissance du délai prolongé, la question reste celle de savoir si l'entreprise peut justifier d'un cas de force majeure, dans les conditions posées par l'article 1231-1 du Code civil : « Le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation soit à raison du retard dans l'exécution s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

Quid de la possible évocation d'un cas de force majeure ?

L'article 10.3.1.2 de la Norme Afnor NFP 03 001, pour les marchés qui y font référence, prévoit, en conformité avec l'article 1218 du Code civil, que le délai est prorogé de la durée des empêchements de force majeure.

La force majeure, dans les contrats privés, hors dispositions particulières, est régie par les dispositions de l'article 1218 du Code civil : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. » Si par le passé, les épidémies de grippe H1N1 en 2009, de Dengue ou de Chikungunya ont pu être considérées comme ne constituant pas des événements de force majeure respectivement par les cours d'appel de Besançon le 8 janvier 2014, (n° 12-0229), de Nancy le 22 novembre 2010, (n° 09-00003) et de Basse-Terre le 17 décembre 2018, (n° 17-00739), c'est au regard des circonstances dans lesquelles elles ont été invoquées sans qu'au regard des circonstances actuelles, on puisse en tirer de grands enseignements.

Dès le 28 février 2020, le ministre en charge de l'Économie et des finances a fait part de la décision, dans le cadre des marchés publics de l'État, de considérer le coronavirus comme un cas de force majeure pour les entreprises. En effet, Bruno Lemaire a déclaré que « pour tous les marchés publics de l'État, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalités, car nous considérons le coronavirus comme un cas

de force majeure » et il a invité les collectivités territoriales à en faire de même dans le cadre de leurs marchés.

À la suite des mesures de confinement imposées à compter de 16 mars 2020, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances dans une note du 18 mars 2020 a apporté d'importantes précisions. Après avoir rappelé que la crise sanitaire entraîne pour les entreprises des difficultés exceptionnelles d'exécution des contrats qui peuvent constituer des situations de force majeure, elle constate que de nombreuses entreprises titulaires de marchés publics mais également des administrations acheteuses seront dans l'incapacité de respecter tout ou partie de leurs engagements. Indépendamment des mesures d'accompagnement qui pourront être prises, elle pose le principe que ces difficultés peuvent relever de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle, de sorte que les parties ne doivent pas se voir appliquer de sanction contractuelle. Sous réserve de stipulations contractuelles particulières, elle retient qu'au cas par cas, il convient de vérifier que les trois caractères cumulatifs de la force majeure sont réunis et que les deux premiers, imprévisibilité et extériorité, sont établis. Pour le troisième, l'irrésistibilité, elle invite le prestataire ou l'acheteur public à établir qu'il se trouve momentanément ou définitivement dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution de tout ou partie du marché, délais, quantité, spécifications particulières, etc. La note conclut sur une invitation à la souplesse : « Comme le demande le gouvernement, il est recommandé aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leur co-contractants sont imputables à un cas de force majeure. » (Lire la crise sanitaire et les marchés publics dans le présent numéro d'*Opérations Immobilières*)

Pour les marchés privés, les mêmes principes peuvent être retenus. L'analyse du ministère de l'économie incite d'ores et déjà à considérer comme acquis les critères d'imprévisibilité et d'extériorité. Les prestataires aussi bien que les acheteurs publics ou privés doivent cependant établir qu'ils sont momentanément ou définitivement dans l'impossibilité absolue de remplir leurs obligations du fait de la crise sanitaire et des mesures qui ont été prises, les effets de celles-ci ne pouvant être évités par des mesures appropriées. Ils doivent donc impérativement pouvoir en justifier et se ménager à cette fin toutes les preuves appropriées.

Respecter les gestes barrières sur les chantiers : mission possible pour le gouvernement

À cet égard, les dispositions prises par les arrêtés des 14 et 15 mars 2020 faisant du respect des règles de distance dans les rapports interpersonnels l'une des mesures les plus efficaces pour limiter la propagation du virus SARS-CoV-2 et les dispositions réglementaires limitant les déplacements professionnels ont conduit les organisations professionnelles FFB, FNTP

et CAPEB, ainsi que le Conseil national de l'ordre des architectes a demandé, dès le 17 mars 2020, un arrêt temporaire des chantiers pour permettre aux entreprises de s'organiser, de définir les mesures de protection appropriées, de s'approvisionner en masques et matériels de protection et de faire le point sur les possibilités d'approvisionnement en matériaux. Le même jour, le Premier ministre a fait valoir qu'il n'était pas impossible de travailler sur les chantiers, à condition que les règles de sécurité, les gestes barrières, la distanciation entre les personnes qui se rencontrent soient respectées. La ministre du Travail dans plusieurs déclarations, dont la dernière le 19 mars 2020, en a appelé au civisme des entreprises et s'est déclarée scandalisée par un appel à l'arrêt des chantiers, lancé la veille par une fédération régionale de la CAPEB, alors que dans le même temps certaines communes ont pris des arrêtés interdisant tous chantiers, hormis ceux d'urgence sur leurs territoires. Au cours de la même période, certaines DIRECCTE ont laissé entendre que les entreprises de BTP pourraient ne pas bénéficier du chômage partiel, position qui n'a cependant pu être maintenue, comme l'a admis la ministre du Travail dans une interview publiée par le Moniteur le 24 avril 2020 (n° 6081).

La réalité est bien que 80 à 90 % des chantiers se sont arrêtés. Que l'initiative en revienne aux maîtres d'ouvrage, publics ou privés, ou aux entreprises elles-mêmes, le constat est le même. Face aux incertitudes sur les mesures de sécurité à prendre et potentiellement la responsabilité pénale de l'entreprise et de ses dirigeants, aux difficultés d'approvisionnement en masques et matériels de sécurité, à la difficulté générale d'approvisionnement en matériaux, à l'accessibilité aléatoire des décharges, et à l'interdépendance des interventions en cas de chantiers complexes, les chantiers se sont arrêtés. Il est possible de considérer, sans une trop grande marge d'erreur, que sur cette première période, sauf cas particuliers, ces circonstances caractérisent l'irrésistibilité de la force majeure.

Appréciation aux cas par cas de la force majeure à compter de la publication des guides

Le 21 mars 2020, un accord a pu être trouvé entre les fédérations du BTP et le gouvernement pour favoriser la reprise des chantiers avec, en priorité absolue, la sécurité des intervenants sur la base d'un guide des bonnes pratiques. Ce guide à établir en concertation entre les organisations professionnelles et avec l'appui de l'organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) a été annoncé le 25 mars, mais il n'a été publié que le 2 avril au soir après d'intenses négociations (lire également l'article du présent dossier).

Ce guide prévoit diverses mesures et notamment :
- la validation par le maître de l'ouvrage de l'intervention, avec des modalités différentes suivant qu'il s'agit d'un professionnel ou d'une personne privée ;

- l'analyse de chaque opération par le maître d'œuvre et le coordonnateur Sécurité et Protection de la Santé (SPS) ;
- la limitation autant que faire se peut de la coactivité par la réorganisation des opérations ;
- le contrôle d'accès au chantier et le refus d'accès à toute personne présentant les symptômes de la maladie ;
- la désignation d'un référent Covid-19 par l'entreprise et la nécessité d'assurer une formation et communication régulières auprès des salariés ;
- la revue des modes opératoires pour chaque tâche pour garantir le respect d'une distance d'au moins un mètre entre chaque intervenant ;
- la division par deux des capacités d'accueil des bases vie, l'organisation des conditions d'accès, la mise en place de dispositifs permettant un lavage des mains fréquent et donc l'accès à un point d'eau équipé ;
- le port obligatoire du masque et de lunettes en cas d'intervention à moins d'un mètre d'une autre personne.

Ce texte de consensus n'a cependant reçu l'assentiment que de l'une des organisations syndicales salariées à savoir la CFDT et a suscité diverses réserves notamment du Conseil national de l'ordre des architectes (CNOA) et de l'union nationale des syndicats d'architectes (UNSA) le 6 avril 2020. Il a été suivi par l'établissement, dans la première semaine de mai 2020, de guides et fiches par métier sur l'initiative de la FFB et d'un guide de préconisations sur le référent Covid-19 que peut désigner le maître d'ouvrage, guide établi par les représentants des coordonnateurs SPS.

Ces bases définies, la reprise des chantiers a été rendue possible, mais leurs conditions sont restées à définir au cas par cas et sont différentes selon la taille du chantier, l'existence ou non de coactivité d'entreprises différentes, avec dans ces cas la nécessité de mettre à jour les plans généraux de coordination (PGC), et les plans particuliers de sécurité et de protection de la santé (PPSPS), la révision de tous les modes opératoires, la limitation du nombre de salariés par postes de travail, la limitation du port de matériaux à plusieurs avec la mise en place de moyens de levage chaque fois que cela est possible, la limitation du partage des matériels, la mise en place de chemins de circulations, l'adaptation des bases vie et les conditions de leur désinfection régulière...

La reprise des chantiers suppose encore un approvisionnement en masques et matériels de sécurité ; il faut aussi que l'ensemble de la chaîne fonctionne : de la disponibilité des matériaux et matériels à l'accessibilité des décharges et, en cas d'interdépendance des entreprises, à la possibilité de l'intervention de celles-ci en toute sécurité avec aménagement des horaires d'intervention. Chacun peut comprendre que ces mesures n'ont pas pu être mises en œuvre immédiatement et que la reprise des chantiers n'a pu être que progressive. Il appartient donc à chaque entreprise, dans ce contexte, de justifier de la condition d'irrésistibilité au cours de cette période en établissant qu'elle a mis tout en œuvre pour y parvenir dans le délai le plus court.

Un allongement de la durée des chantiers à prévoir ?

La réouverture des chantiers complexes a commencé à intervenir à partir du 15 avril, souvent pour des chantiers tests et avec des effectifs limités permettant de confirmer les procédures, la plupart du temps sur la base du volontariat des salariés. Elle a également été rendue possible par la reprise progressive du travail au cours de la même période chez les fournisseurs de béton et de matériaux. Dans certaines communes, cependant, des arrêtés interdisant tous chantiers et motivés par la protection des salariés ou la tranquillité des riverains peuvent constituer à eux seuls l'événement de force majeure justifiant le retard du chantier.

Il est évident également que ces mesures vont provoquer un allongement significatif de la durée d'intervention des entreprises et il appartient à celles-ci de se ménager la preuve qu'elles ont pris toutes les mesures propres à l'avancée la plus rapide du chantier dans le respect de la sécurité des salariés. Ces mesures ont cependant un coût et la question qui se pose immédiatement est celle de savoir qui doit le supporter dans le cadre d'un marché à forfait.

Un marché à forfait peu adapté à la situation de crise actuelle

Aux termes de l'article 1793 du Code civil, « lorsqu'un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ». Les critères du marché à forfait sont ainsi déterminés : un ouvrage défini dans l'ensemble de ses caractéristiques, plans, descriptifs, cahier des charges, délais, et un prix défini comme forfaitaire et donc indépendant des quantités réellement mises en œuvre. Le régime du marché à forfait peut être étendu conventionnellement par exemple en dehors du domaine du bâtiment proprement dit ou aux relations de sous-traitance.

La seule limite apportée au caractère forfaitaire du marché tient au bouleversement de l'économie du contrat, mais ledit bouleversement doit résulter d'une initiative du maître de l'ouvrage. Il se caractérise par une modification substantielle de la nature ou de l'importance des travaux, de sorte que la nature et le coût de l'ouvrage ont cessé de se situer dans les prévisions du marché. Il est ainsi traditionnellement jugé que les circonstances imprévisibles, non imputables au maître de l'ouvrage, ne peuvent justifier une modification du forfait comme par exemple le 18 décembre 2007 (Cass. 3^e civ., n° 06-18.876).

De longue date, des appels ont été lancés en vue d'un assouplissement de ce régime, très protecteur des maîtres de l'ouvrage, au moins lorsqu'il s'agit de professionnels, au détriment des entreprises, mais sans succès à ce jour. L'imprévision, prévue à l'article 1195 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février

2016 et applicable aux conventions conclues après le 1^{er} octobre 2016 a cependant pu paraître fournir une première solution.

La solution de l'imprévision pour faire face au coût inédit

L'article 1195 du Code civil prévoit en effet la possibilité pour une partie à un contrat d'en demander une renégociation lorsque ladite partie peut justifier d'un changement imprévisible de circonstances, qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour elle, alors qu'elle n'en a pas accepté les risques. Ces dispositions, inspirées du droit comparé et des projets européens d'harmonisation, ont pour finalité de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs survenant en cours d'exécution, dans un objectif de justice contractuelle. L'article 1105 du Code civil dispose que : « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales [...]. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

En conséquence, il peut être soutenu que les dispositions de l'article 1793, qui sont particulières, prévalent sur celles, générales, de l'article 1195. Dès lors, sauf jurisprudence contraire, les dispositions de l'article 1195 ne semblent pas applicables au marché à forfait dont le régime est défini à l'article 1793 du Code civil. En toute hypothèse, l'article 1195 du Code civil n'est sans doute pas d'ordre public et nombreux sont les contrats qui excluent formellement son application, y compris aux contrats qui ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 1793 du Code civil comme les contrats de sous-traitance. Cependant, les parties peuvent s'y être référées volontairement en visant par exemple, dans leur convention, la norme NF P 03-001, qui comprend des règles inspirées de celles de l'article 1195 du Code civil.

Ainsi, l'article 9.1.2 de ladite norme dispose que « si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du marché, 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 marché 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 ». Le mécanisme prévu par l'article 1195 du Code civil en est très proche, avec un préalable de négociation ; en cas de refus ou d'échec de la négociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat et des conditions de celle-ci, ou demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. Enfin, à défaut d'accord dans un délai raisonnable, une partie peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin.

Si l'épidémie et les mesures prises au titre de l'état d'urgence sanitaire sont susceptibles de constituer un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du marché intervenue antérieurement à la crise, il restera à démontrer qu'elles rendent son exécution excessivement onéreuse avec toutes les difficultés et aléas d'appréciation sur ce point. La pratique et la jurisprudence iront-elles jusqu'à considérer que l'exécution devient excessivement onéreuse lorsque

la marge bénéficiaire est réduite à zéro et donc que la poursuite des travaux s'effectue à perte et met en péril la survie de l'entreprise ? La question va se poser rapidement.

Prise en compte de l'intégralité des surcoûts par la norme Afnor

L'article 9.3 de la norme Afnor NFP 03-001 pour les marchés qui y sont soumis et qui ne l'ont pas exclu pourrait par ailleurs permettre une prise en compte de l'intégralité des surcoûts. Il prévoit en effet 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 pris en compte par la formule de variation de prix, sont ajoutés au moment du règlement ou sont défalquées sur production de justifications ». À cet égard, on peut considérer que l'ensemble des mesures définies dans le guide établi par l'OPPBTP sont la mise en œuvre de mesures de sécurité imposées réglementairement pour la lutte contre la propagation du virus SARS-CoV-2.

En conséquence, il revient aux intervenants d'évaluer au plus vite l'ensemble des sujétions nées de la crise sanitaire : coûts de l'arrêt des chantiers, du gardiennage et de l'immobilisation du matériel, de l'organisation de la reprise des activités, des installations de chantier supplémentaires, des équipements de protection, de la formation des équipes, du nettoyage, du renforcement de la mission du Coordonnateur SPS, de celle du référent Covid-19, des assurances, etc. La diversité des difficultés juridiques, reflet de la diversité des situations contractuelles, l'urgence du redémarrage des chantiers, sans que se multiplient les conflits, le risque de dépôt de bilan d'entreprises réduites à travailler à perte ne peuvent que conduire, à défaut d'intervention législative, les différents acteurs à rechercher des compromis. C'est le sens des chartes de bonnes pratiques élaborées par les organisations professionnelles au plan régional, annoncées au plan national et déjà adoptées dans certaines régions.

En parallèle, se multiplient les appels à une intervention du législateur autorisant l'application des règles de l'imprévision à tous les contrats, nonobstant toute clause contraire, et permettant ainsi la prise en charge, par les maîtres d'ouvrage, de tout ou partie des surcoûts, à l'application d'un coefficient systématique de majoration des marchés ou à la neutralisation des surcoûts par leur prise en charge par l'État de manière indirecte sous la forme d'exonérations de charges pour les entreprises du BTP, tant que durera la crise sanitaire.

Philippe Reigné,
professeur agrégé des facultés de droit
Knowledge Manager #COVID-19 Manager
et

Laurent de Gabrielli,
spécialiste en droit de l'immobilier
avocat à la Cour