

Les marchés privés de construction à l'épreuve du Covid-19

Cyrille Charbonneau, Docteur en droit, Chargé de cours aux universités de Paris V et d'Aix-en-Provence, Professeur à l'ICH de Paris, membre du GREDIAUC, Avocat associé, Cabinet AEDES JURIS

Jean-Philippe Tricoire, Maître de conférences HDR à Aix-Marseille Université, codirecteur de la mention droit immobilier, membre du GREDIAUC

L'essentiel

Les marchés privés de travaux et de maîtrise d'œuvre peuvent-ils se poursuivre dans les conditions initialement convenues entre les parties malgré la crise sanitaire découlant du Covid-19 ? Sauf exception, la réponse est évidemment négative ! Les difficultés générées sont nombreuses. Si des solutions peuvent être recherchées dans les prévisions contractuelles initiales des parties (clauses de majoration de délai...) ou dans les mécanismes de droit commun du code civil (imprévision, force majeure...), la voie de sortie la plus efficace réside dans une solution négociée entre toutes les parties. *A fortiori*, lorsqu'on envisage la situation concrète des chantiers qui, largement arrêtés depuis le 17 mars, doivent reprendre dans des conditions dégradées et contraintes (mesures de sécurité sanitaire...) impliquant d'importants surcoûts et compromettant le respect des prévisions originelles des parties.

Propos liminaire

L'irruption de la pandémie Covid-19 a déstabilisé nos existences personnelles et collectives ouvrant une période anomale emportant nos habitudes quotidiennes et sociales, nous conduisant à devoir nous réinventer pour partie. Quelques semaines d'expérience nous conduisent à penser que cette recomposition repose tout à la fois sur les ferment de nos habitudes, mais aussi sur la résilience que nous avons à nous projeter sur des bases nouvelles.

Ces sentiments personnels peuvent surprendre en tête d'un article consacré aux effets de la pandémie sur les marchés privés dédiés à la construction. Nous pensons néanmoins que ce qui gouverne nos intérieurs confinés doit aussi innover nos réflexions juridiques. Face à cette situation inédite, les règles usuelles sont certes le socle nécessaire, mais leur recomposition apparaît indispensable. À situation inédite, réponse adaptée ! Nous ne pensons pas en effet qu'à cette situation inédite, la réponse puisse se limiter au « rien ne change ». Cette étude tentera de dessiner un chemin équilibré permettant de trouver une réponse spéciale à ces temps particuliers.

Trouver une réponse juridique pondérée à une situation de crise est essentiel, nous le croyons en général, nous pensons même qu'il y a là une exigence première en droit de la construction. Comme nous l'avons souvent souligné, l'acte de construire a ceci de particulier que l'on peut dire, sans trop se tromper, que l'intégralité des contrats qui sont passés tendent à un seul et même but : édifier un ouvrage en vue de lui donner une fonction sociale attendue. C'est cet objet commun d'ailleurs qui trace la frontière en amont entre la sous-traitance et la vente de matériaux standards. C'est encore cet objet commun qui interdit de séparer le sort des marchés de construction de droit privé (qu'il s'agisse de marchés de travaux ou de marchés de maîtrise d'œuvre, de contrats de coordonnateurs de sécurité et de protection de la santé - CSPS -, comme celui confiant l'organisation, le pilotage et la coordination - OPC - ou de l'économiste) des actes conclus avant eux bien que leur objet tende à permettre le transfert effectif de la chose édifiée. La réponse apportée aux questions de marchés de construction ne saurait

en effet être décorrélée de celle propre aux ventes en l'état futur d'achèvement - VEFA -, baux en l'état futur d'achèvement - BEFA -, contrats de promotion immobilière - CPI -, l'ensemble de ces contrats formant une chaîne. La modification des rapports dans le cadre d'un des maillons, qu'il s'agisse de la modification des délais ou encore du prix, ne saurait être considérée sans apprécier son effet sur les contrats qu'ils servent aussi lorsque le promoteur, *lato sensu*, n'édifie pas pour lui-même.

Le présent article est donc une œuvre à quatre mains et se combine intimement à celui connexe publié dans la présente revue et relatif aux incidences de la crise sanitaire actuelle sur les VEFA. Il est le fruit d'une réflexion commune de ses auteurs depuis les premiers instants de la crise pour fournir une réflexion élargie et pondérée à une situation complexe et imprévue qui nous affecte tous.

Réglementation et guide

Avant d'envisager les effets, il convient de considérer la cause de cette proposition. Elle est, s'agissant des contrats de construction en droit privé, la résultante de deux ensembles de règles et préconisations, de normativité inégale : le bloc réglementaire et le bloc pratique⁽¹⁾.

Bloc de réglementation

Nous n'entrerons pas ici dans le détail des circonvolutions de la réglementation si ce n'est pour poser un certain nombre d'observations.

S'agissant du maintien de l'activité sur les chantiers, il existe en réalité deux ensembles de textes ayant une influence sur les marchés de construction privés : le bloc des textes déterminant les mesures de distanciation sociale et le bloc encadrant la faculté d'aller et venir.

Le premier trouve sa source, et ce sera le premier marqueur temporel de la crise sanitaire sur le plan réglementaire que nous considérerons, dans l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19⁽²⁾. Ce texte initial a posé les premières règles à tenir pour éviter la propagation du virus et donc des contraintes toutes particulières s'agissant de la réalisation de l'acte de construire qui est par essence un acte matériel et collectif réunissant parfois un nombre d'acteurs très importants dans un même espace physique, qu'il s'agisse tant du chantier strictement entendu que des installations de chantier, voire des zones d'approvisionnement. Le point essentiel concernant nos questions contractuelles tient à l'intervention du décret n° 2020-261 du 16 mars 2020⁽³⁾ affirmant l'applicabilité immédiate à compter de sa parution au Journal officiel à toutes les situations préexistantes, donc aux contrats en cours.

Le second trouve sa source dans le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, texte modifié par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020. Ces deux textes restreignent sensiblement la faculté de déplacement tout en admettant des exceptions, nécessairement d'interprétation stricte. Parmi ces exceptions figure en première position l'admission des déplacements à vocation professionnelle⁽⁴⁾. Ces exceptions doivent être perçues à l'aune des pouvoirs publics ayant très tôt affirmé, précisément dès le 17 mars 2020, que les activités économiques devaient, tant que faire se peut, être maintenues, spécialement celle de construction⁽⁵⁾.

Il est encore à noter que ces deux blocs ont vocation à être combinés dès lors que l'article 3 du décret du 23 mars 2020, comme d'ailleurs l'article 1^{er} du décret du 16 mars 2020 avant lui, énonce que les exceptions permettant les déplacements ne sont admises qu'« en évitant tout regroupement de personnes ».

Telle est la quadrature du cercle à laquelle sont soumis les acteurs de la construction : continuer tout en évitant les regroupements et en respectant les règles de sécurité sanitaire imposées. On comprend pourquoi la nécessité d'un guide pratique s'est assez rapidement imposée, comme nous le verrons.

S'agissant des effets des contrats privés⁽⁶⁾, et c'est le second ensemble normatif nouveau qui aura une incidence sur nos raisonnements et propositions, le législateur a été autorisé par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19⁽⁷⁾ à prendre des ordonnances pendant une période définie à l'article 4⁽⁸⁾.

C'est en application de ce texte qu'est intervenue l'ordonnance n° 2020-309 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

Or, et c'est là un point essentiel, l'article 2 de cette ordonnance a décidé de mettre en dehors du champ d'application de l'ordonnance les délais contractuels. Autrement dit, les délais contractuels n'ont pas vocation à être prorogés automatiquement, seules les règles contractuelles ou de droit commun ayant vocation à intervenir. C'est donc sous le prisme de ces règles qu'il convient de réfléchir. Une exception est cependant notablement admise par l'ordonnance en son article 4 qui paralyse les pénalités de retard comme les clauses résolutoires. La première version de ce texte était incomplète en ce qu'elle ne visait pas les délais expirant postérieurement à la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance, c'est-à-dire postérieurement à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de l'état d'urgence sanitaire⁽⁹⁾. Cette incohérence a été réparée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020⁽¹⁰⁾ et les pénalités de retard sont aujourd'hui suspendues pendant la période juridiquement protégée.

Ce texte définit donc une temporalité qui sera au cœur de notre réflexion : la période de crise sanitaire dite période juridiquement protégée. Elle résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance qui en fixe le point de départ au 12 mars 2020, date sans rapport avec notre réglementation interne, les gestes dits barrières étant apparus le 14 mars 2020, mais probablement en relation avec la déclaration du directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) de l'existence d'une pandémie à l'occasion d'une allocution datée du 11 mars 2020. Son terme lui est inconnu. Il dépendra de la fin de la période d'urgence sanitaire définie par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, date à laquelle on ajoute un mois⁽¹¹⁾.

Au terme de cette présentation succincte du bloc de réglementation, nous insistons sur deux aspects extraordinaires : ces textes sont d'application immédiate spécialement aux situations contractuelles nées antérieurement à leur publication ; ces textes sont évolutifs au gré de notre compréhension et/ou de notre capacité à affronter le virus Covid-19.

À ce premier bloc normatif, s'ajoute un bloc à la normativité douteuse mais dont la portée pratique est indéniable : le Guide de préconisation de l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP).

Guide de préconisation publié par l'OPPBTP

En parallèle à cet ensemble normatif réglementaire, et en suite de la communication du gouvernement soulignant l'impérieuse nécessité d'une reprise des activités de construction, un guide pratique a été publié par l'OPPBTP le 2 avril 2020 et mis à jour le 10 avril 2020.

Ce guide, qui a vocation à être mis à jour, a un mérite : celui de poser un certain nombre de règles pratiques à respecter pour permettre la reprise effective d'activité sur les chantiers.

Il sera fait état des enjeux de ce guide plus avant dans la partie consacrée au maintien de l'activité pendant la période d'urgence sanitaire.

À ce stade, nous soulignons que ce guide développe deux types d'objets. Sont décrites des règles pratiques d'activité, pictogrammes, processus, règles de santé, qui sont essentiels et répondent au besoin vital et central pour chacun des acteurs de protéger la santé des compagnons et personnes ayant vocation à travailler sur le chantier. Ce guide comporte par ailleurs de nombreuses assertions ou suggestions d'ordre juridique. Sur ce terrain, le guide ne saurait être d'aucune portée. Un guide publié

par l'OPPBTP ne peut comporter que des règles relatives à la sécurité et à la prévention à l'exclusion de tout engagement juridique. Par ailleurs, tant les modalités de son élaboration où une seule catégorie d'intervenants concernés a eu voix au chapitre lors de la rédaction initiale et finale du document que l'absence de concertation évidente ayant conduit à sa diffusion ne permettent de lui donner une portée que sur la seule question technique des modalités de réalisation de l'ouvrage au regard des règles sanitaires applicables.

Ceci étant, il appartient évidemment aux acteurs d'appliquer tant que faire se peut ce guide qui a le mérite d'exister. Il constitue évidemment un facteur favorisant la reprise des travaux et l'accord des différentes parties intéressées par l'édification, qu'il s'agisse de la maîtrise d'œuvre¹² qui y verra un moyen de démontrer qu'elle a respecté ses obligations d'assurer un cadre de sécurité suffisant sur son chantier dont elle assume avec les autres intervenants la responsabilité, du CSPS, des entreprises, de leurs sous-traitants et de la maîtrise d'œuvre lorsqu'elle est chargée du suivi d'exécution du chantier.

Tel est le cadre nouveau dans lequel l'exécution de l'acte de construire doit aujourd'hui intervenir. Dans ce cadre mouvant qui déstabilise nos habitudes et nos connaissances juridiques acquises, il nous est apparu utile de dégager les effets de la crise sanitaire sur la force obligatoire des contrats en cours d'exécution. Une seconde partie sera dédiée à l'analyse des effets de cette crise sanitaire sur les modalités effectives de la continuation des opérations de construction.

Les effets de la crise sanitaire sur la force obligatoire du contrat

Pour saisir les effets de la crise sanitaire sur les contrats de construction en droit privé, il est nécessaire de poser un certain nombre de postulats de raisonnement.

Il convient en premier lieu de considérer que le gouvernement n'a pas souhaité paralyser les effets des contrats de construction¹³. Il en découle que ces derniers ont, de principe, vocation à produire leurs effets pendant la période de crise.

Le gouvernement n'a pas davantage souhaité paralyser les délais figurant dans les contrats. Il a ainsi décidé de laisser les délais contractuels de droit privé à l'extérieur du champ d'application de l'ordonnance du 25 mars 2020¹⁴. Seule exception à cette logique, la paralysie des clauses pénales et des clauses résolutoires¹⁵. Sous cette réserve, c'est donc à l'aune des seules règles du contrat et du code civil que les solutions doivent être trouvées, comme y invite le rapport fait au président de la République¹⁶.

Il convient enfin de constater que cette logique se heurte à une double situation de fait : les chantiers ont quasiment tous été arrêtés à compter du 16 ou 17 mars 2020 ; ces contrats sont désormais soumis à un ensemble de contraintes techniques nées de la réglementation ci-avant exposée. Cela conduit à s'interroger sur l'altération que pourrait subir la force obligatoire du contrat à l'aune de cette situation.

Nous considérerons en premier lieu l'incidence des prévisions contractuelles avant de justifier des arguments devant tendre selon nous à une suspension partielle des effets du contrat pendant la période de crise sanitaire.

Incidence des prévisions contractuelles pendant la période de crise sanitaire

Trois ensembles de clauses ont vocation à jouer un rôle important sur l'appréciation de la force obligatoire des contrats de construction privés pendant la période de crise sanitaire : les clauses relatives au prix, celles relatives aux délais et celles relatives à l'imprévision. L'analyse succincte de ces trois ensembles de clauses conduit à constater leur inadaptation partielle ou totale à appréhender la situation née de la crise sanitaire.

Incidence des clauses relatives au prix des marchés. Bien qu'il existe théoriquement des marchés au métré, il est acquis que, dans l'immense majorité des cas, les marchés tant de maîtrise d'oeuvre que ceux de travaux sont des marchés à forfait soumis aux règles de l'article 1793 du code civil, règle d'ordre public primant même les dispositions contractuelles contraires.

La survenance de l'épidémie et les règles édictées par le gouvernement n'ont pas vocation à permettre de justifier *in abstracto* une dérogation au contrat. De prime abord, le contrat doit donc produire ses effets pendant la période de crise sanitaire. Il pourrait être soutenu que le contrat doit trouver à s'exécuter dans les seules conditions initiales. Nous verrons néanmoins plus avant qu'il existe selon nous des arguments militant pour un aménagement de ces prévisions contractuelles à l'aune de la situation de crise sanitaire.

Importance de la rédaction des clauses relatives aux délais. Si les marchés sont invariablement rédigés pour affirmer le caractère absolu du forfait, les clauses relatives aux délais sont plus souples et donc mieux adaptées aux situations de crise sanitaire. En effet, si les marchés de travaux comportent toujours des clauses par lesquelles les parties s'engagent à réaliser leurs prestations dans un certain délai, tandis que les marchés de maîtrise d'oeuvre comportent souvent des engagements à faire respecter un délai enveloppe, ils prévoient aussi des clauses dites de suspension légitime.

Ces clauses énoncent des hypothèses admises par avance comme ayant vocation à suspendre ou proroger les délais d'exécution des travaux. Il est ici essentiel de se rapporter à ces clauses pour déterminer si la situation de crise sanitaire a vocation à permettre de suspendre le délai de production des ouvrages en visant comme causes légitimes non seulement les hypothèses de force majeure, mais encore la liquidation d'une entreprise ou même la pandémie.

On notera cependant que ces clauses ne seront pas suffisantes pour régler le plus grand nombre d'hypothèses, d'abord en ce que l'existence d'un cas de force majeure est particulièrement discutée (v. *infra*), ensuite en ce que toutes les clauses ne visent pas nécessairement la pandémie comme cause légitime de majoration du délai d'exécution des travaux et enfin plus encore du fait que, dans de nombreuses situations, c'est la défaillance d'un autre intervenant à l'acte de construire qui rendra impossible la réalisation des prestations.

Nous soulignons ici un des points essentiels qui rend délicate la situation des contrats de construction privés à l'aune de notre situation. L'acte de construire est un acte collectif qui repose sur une satellisation des rapports contractuels dans une logique d'interdépendance de fait nécessaire. Or, dans la situation actuelle, une entreprise, l'un quelconque des intervenants, peut estimer que la reprise du chantier met ses ouvriers en danger, subit les conséquences d'une pandémie dans ses effectifs, refuse les conditions pourtant justifiées par le CSPS comme respectueuses de la réglementation et le guide des bonnes pratiques... Peut-on admettre que les délais puissent jouer selon le cours contractuel alors que la non-exécution résultera d'un fait extérieur ? Le plus souvent, les clauses de suspension légitime de délais seront insuffisantes au regard de l'universalité de la crise et de ses effets sur la réalisation par chaque acteur de ses obligations.

Clauses relatives à l'imprévision. Une des solutions évidentes, à tout le moins pour ceux des contrats conclus postérieurement au 1^{er} octobre 2016, pourrait être trouvée dans le cheminement complexe de l'article 1195 du code civil (17). Ce texte pose le principe simple de la limite à la force obligatoire du contrat en cas d'imprévision.

Le caractère obligatoire de cette disposition du code civil a été discuté. La doctrine majoritaire y a vu un texte subsidiaire de la volonté des parties, qui peuvent donc y déroger par voie conventionnelle. Or on peut aisément constater qu'en pratique la partie forte du contrat a imposé à l'autre partie d'écartier l'application de cette disposition au contrat.

On ne peut que constater l'absurdité de la situation. Il existe un remède à la situation née de la parfaite imprévision du Covid-19, mais le plus souvent le contrat écarte cette disposition.

Nous pensons qu'il appartient aux parties de discuter amiablement des conséquences de cette crise pour dessiner un nouvel équilibre pour la période de contrat ayant vocation à être impactée par la crise sanitaire (18). Nous nous en expliquerons plus nettement ci-après. Cependant, à supposer que les positions se crispent et se tendent, il est probable que ces clauses excluant l'application de l'article 1195 du code civil seront contestées par ceux qui en subissent les effets au moyen de deux arguments déstabilisant à notre sens les certitudes nées de la force obligatoire du contrat (C. civ., art. 1103), dont on rappelle que le code civil nouveau en a réduit très sensiblement la puissance et l'éclat.

Le premier tient à la nature du contrat. Il pourrait être soutenu que le contrat conclu est un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110, alinéa 2, du code civil et est donc soumis à l'article 1171 du code civil relatif aux clauses abusives, y compris dans les rapports entre professionnels, à supposer que l'on admette la qualification de contrat d'adhésion dont on rappelle qu'elle a connu deux définitions successives selon que le contrat a été conclu entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 (19) ou après cette dernière date (20). Si le juge saisi admettait qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion et d'une clause abusive, il réputerait alors non écrite la clause considérée et pourrait par là mettre en oeuvre les dispositions de l'article 1195 du code civil.

Le second argument tient à la portée de la renonciation à l'application de l'article 1195 du code civil. La justification de la faculté offerte aux parties de renoncer à l'application de cette disposition figure en son alinéa 1^{er} qui envisage le fait qu'une partie puisse accepter d'assumer le risque d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Il pourrait être soutenu que l'imprévision est celle d'un événement lié à l'exécution des marchés de construction. En quelque sorte, une partie admet que l'aléa technique d'exécution est assumé par elle. Or, dans le cadre de la crise, l'aléa n'est pas tant la pandémie que l'incidence de la modification de la réglementation (*v. supra*) qui est applicable aux contrats en cours. Les parties n'ont pu considérer et admettre l'alourdissement né de cette contrainte réglementaire nouvelle. Il en résulterait que la clause pourrait là encore être paralysée.

À ce stade, on peut constater que les marchés de travaux n'appréhendent que mal ou de manière objectivement inadaptée les conséquences de la pandémie. Ce n'est donc pas le contrat qui doit être au coeur des débats, mais l'esprit du contrat et l'obligation des parties de conduire l'exécution des contrats de bonne foi (C. civ., art. 1104 et 1194). Cela conduit à envisager une réflexion autour de la paralysie partielle des effets du contrat pendant la période de pandémie, sans pour autant remettre en cause l'ensemble du contrat.

Paralysie partielle ou totale de la force obligatoire

Nous estimons qu'il est peu pragmatique de penser que les marchés privés de construction continueront de s'exécuter pendant la période de crise sanitaire et même un peu au-delà sans que les modalités contractuelles ne soient réinventées. Nous analyserons comment il est possible de justifier de cette nécessité sur un plan juridique. Au-delà des seules hypothèses attendues de la force majeure et de l'imprévision qui pourraient avoir vocation à justifier la paralysie du contrat, nous pensons qu'il existe une justification plus universelle et pondérée consistant dans la suspension partielle et temporaire des effets des marchés initiaux. Quoi qu'il en soit, la conclusion d'un accord dérogatoire est de loin la seule solution permettant une reprise véritable et équilibrée de l'exécution des marchés de travaux.

Paralysie temporaire des marchés par le biais des concepts traditionnels du code civil

Deux sujets juridiques longtemps secondaires sur le plan pratique sont aujourd'hui au coeur des débats : la force majeure et la théorie de l'imprévision.

S'agissant de l'imprévision, nous avons signalé pourquoi nous pensons que les prévisions contractuelles envisagées par les parties peuvent s'avérer malheureuses lorsqu'elles ont écarté simplement la théorie de l'imprévision. À la lumière de la crise qui nous abîme, il est certain qu'il est préférable et de beaucoup d'organiser un processus permettant de définir l'imprévision et de déterminer un mécanisme contractuel

de négociation. Cette remarque ne vaut malheureusement que pour l'avenir.

Sans entrer dans le détail de l'article 1195, largement commenté lors de l'entrée en vigueur de la réforme du code civil, on note la complexité du processus légal et son caractère inadapté puisque si le constructeur peut demander la renégociation, il doit continuer à exécuter ses obligations pendant la négociation considérée. Ce n'est que le refus (possiblement courant) ou l'échec de la renégociation qui permettent de saisir le juge en vue de la révision du contrat. On souligne ici que la suspension des activités judiciaires hors urgence rend le processus illusoire et peu pragmatique. Ceci d'autant plus qu'il s'agit d'une adaptation seulement temporaire du contrat, les contraintes nées de la réglementation évoquée précédemment ayant vocation à disparaître, à tout le moins à diminuer, de telle sorte que le contrat initial puisse reprendre son essor.

Il est donc préférable que les parties négocient d'elles-mêmes et sans le support de ce texte les nouvelles modalités contractuelles pour celles affectées par la crise et pour la seule période de gestion de la crise.

S'agissant de la force majeure, il résulte des rappels faits dans l'introduction qu'elle ne sera pas acquise par le seul fait de l'existence de la crise sanitaire.

L'article 1218 du code civil qui définit désormais cette notion énonce en effet qu'" 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 ».

C'est moins tant la question de la prévisibilité que la condition d'irrésistibilité qui sera au coeur de tous les débats. Nous pensons que la crise ne génère pas en soi l'irrésistibilité. En revanche, il est certain que les faits pourront, selon les circonstances, conduire à constater cette condition. Tel pourrait être le cas de la défaillance d'autres intervenants participant à l'acte de construire dont dépend l'intervention de la partie qui invoque la force majeure, la situation sanitaire propre aux entreprises intervenantes ou au chantier (épidémie avérée sur le chantier), l'indisponibilité des équipements de prévention ou plus prosaïquement de matériaux ou équipements pourtant nécessaires ou encore de bungalows ou d'installations de chantier (puisque le respect des nouvelles règles sanitaires conduit en moyenne à en doubler la surface). Tout sera ici question de casuistique et de preuve. Il appartient donc aux parties de faire avancer le processus de reprise qui sera décrit ci-après et de conserver des éléments démontrant les empêchements qui seront constatés.

Là encore, nous pensons que seul un processus de négociation est opérant. La crise appelle un réflexe collectif de gestion du risque pour adapter les réponses à la double exigence de sécurisation du travail des intervenants et d'efficacité de production des édifices pendant la période de crise.

Paralysie temporaire des marchés en raison de la suspension partielle des obligations contractuelles

De prime abord, il convient de percevoir la particularité de la situation considérée.

Distinction nécessaire entre obligations prévues au contrat non altérées par la pandémie et celles affectées par les contraintes réglementaires. Il nous semble qu'en réalité, ce n'est pas tout le contrat qui est paralysé, mais plutôt que soit certaines obligations initialement prévues sont devenues impossibles (elles relèvent alors de la force majeure), soit, lorsqu'elles demeurent susceptibles d'exécution, que ce sont leurs conditions originelles qui sont profondément perturbées par la situation de crise sanitaire.

Il semble encore acquis qu'un certain nombre de prestations prévues initialement peuvent trouver à s'appliquer sans véritable modification. Ainsi, l'ensemble des prestations hors site ont, sauf situation de maladie affectant les intervenants, vocation à être exécutées pendant la période de crise sanitaire. Il en est ainsi des prestations intellectuelles à l'acte de construire, qu'il s'agisse de celles réalisées par la

maîtrise d'oeuvre ou celles ayant vocation à être réalisées par les entreprises, comme par exemple les plans d'exécution de l'ouvrage, la phase de visa des plans, la préparation des dossiers d'intervention ou les plans d'exécution « tels que construits ».

Il convient en premier lieu selon nous de bien distinguer ces deux catégories puisque la question de l'adaptation du contrat ne concerne que les obligations susceptibles d'exécution mais dans des conditions modifiées, le reste du contrat devant s'appliquer *ne varietur*.

Apparition de nouvelles prestations non prévues initialement mais pourtant nécessaires à la bonne exécution de l'édification. La seconde grande catégorie de prestations a trait aux obligations nouvelles rendues nécessaires par la pandémie. Qu'il s'agisse du CSPS, du maître d'oeuvre et des entreprises, la crise génère une nécessité de faire évoluer les prestations initiales lorsque l'activité doit être maintenue pendant la période de crise sanitaire. C'est à propos de ces nouvelles contraintes que la question de la renonciation à l'imprévision (v. *supra*) se fait la plus sensible.

Détermination du champ d'application temporel de la suspension de certaines obligations contractuelles : caractère temporaire de l'adaptation du contrat. La dernière spécificité a trait au fait que la contrainte de la crise sanitaire a vocation, nous l'espérons en tout cas profondément, à n'être que temporaire. Deux sous-périodes sont susceptibles d'être identifiées : la période de l'urgence sanitaire telle qu'elle découle de l'article 4 de la loi d'habilitation, ensemble l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 dans sa version issue de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 et la période subséquente pendant laquelle le chantier devra reprendre sans les contraintes sanitaires actuelles ou avec des contraintes atténées.

À ce titre, la logique de paralysie temporaire des obligations contractuelles figurant à l'alinéa 2 de l'article 1218 du code civil relatif à la force majeure peut servir de guide en ce qu'il énonce que « si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue ».

Détermination du champ matériel de la suspension / aménagement contractuel. Deux modalités contractuelles sont en réalité concernées par la nécessité de produire l'ouvrage dans un mode que l'on appellera dégradé.

Aménagement des délais. La première est une évidence. Au regard des contraintes réglementaires précitées, il est acquis que la productivité sera altérée. Les délais contractuellement envisagés ne pourront être légitimement maintenus pendant la période de crise sanitaire. C'est sur ce premier point qu'un accord doit intervenir entre les parties.

L'ordonnance n° 2020-306 ayant exclu son application aux délais contractuels d'exécution (art. 2), tout en paralysant les clauses pénales (art. 4), il semble nécessaire de constater conventionnellement que le chantier a dû s'arrêter par la force des choses, peu important que cet arrêt ait résulté d'une décision unilatérale des entreprises, de la maîtrise d'oeuvre ou encore du maître de l'ouvrage en considération des risques sanitaires et des responsabilités de chacun de garantir la sécurité des intervenants sur le chantier. L'accord consisterait donc en premier lieu dans le constat de la paralysie de ce délai initial. Pratiquement, c'est à compter de la fermeture du chantier jusqu'à ce que soient réunies les conditions sanitaires de la reprise (sur cette question, v. *infra*) que le temps devrait être totalement suspendu.

Au-delà de cette première période, la seconde période allant de la formalisation du plan de continuation d'activité pendant la crise sanitaire à la levée des contraintes réglementaires ne permettra à l'évidence pas le respect des délais contractuels envisagés par les parties. Il en résultera une production en mode dégradé. Il paraît difficile à ce jour de mesurer l'impact de cette dégradation. La logique d'une obligation de moyens renforcée semble devoir s'imposer, couplée avec une logique observationnelle permettant de déterminer progressivement des engagements de délais plus contraignants pour la période de production en mode dégradé.

À défaut d'accord des parties sur de nouveaux délais d'exécution, l'article 4 de l'ordonnance aura vocation à s'appliquer - sauf si les parties décident expressément d'en écarter la mise en oeuvre dans

leurs rapports. Selon ce texte, si la date d'échéance de l'obligation est comprise dans la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 25 mars 2020, le retard d'exécution des travaux ne pourra ouvrir droit à des pénalités de retard pour la période correspondant à la période d'urgence sanitaire. Les pénalités de retard ne commenceront à courir qu'à l'expiration d'un délai ayant pour point de départ la fin de la période juridiquement protégée et pour durée le délai existant entre le 12 mars 2020 et la date d'échéance de l'obligation.

Si le délai d'exécution des travaux est postérieur à la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 25 mars 2020, alors les pénalités de retard sont suspendues pour toute la période juridiquement protégée.

Aménagement du coût des prestations. Une autre modalité contractuelle a vocation à être impactée par la situation objectivement différente de celle ayant conduit à l'accord des parties : le prix des prestations.

Les prestations nouvelles n'ont jamais relevé du forfait, c'est là une évidence. C'est bien des prestations initialement convenues dont il est ici question. Une discussion doit ici naître entre les acteurs. Il semble acquis qu'un surcoût objectif des prestations existe et tient au financement de l'ensemble des mesures sanitaires pour permettre la reprise de l'activité. On songe ici à l'alourdissement des installations de chantier, à l'allongement du coût des locations, à l'augmentation des prestations de désinfection des communs, voire du chantier... Un véhicule de gestion commune de ces dépenses supplémentaires existe pour ce qui est des chantiers importants : le compte *pro-rata*. En revanche, la question de l'abondement à ce compte doit se poser entre les parties pour déterminer objectivement l'opportunité du maintien de l'activité pendant la période de crise sanitaire. Un coût exorbitant participerait en effet à l'analyse de l'irrésistibilité des conséquences de la crise sanitaire, comme il constituera le ferment, à défaut d'accord, des discussions acérées qui naîtront sur le fondement des textes relatifs à l'exécution des obligations, qu'il s'agisse de l'article 1221 du code civil ou encore de l'article 1165 dudit code, tous deux nés de la réforme. Au-delà de ces coûts objectifs, la discussion portera encore sur la nécessité de revoir le prix des prestations initialement convenu au regard des contraintes réglementaires (hypothèse de sur-forfait).

Force obligatoire ou suspension partielle et temporaire des obligations / nécessité de conclure un accord temporaire adaptant le contrat à la situation née de la crise sanitaire. Deux points de vue juridiques en apparence inconciliables apparaissent : la force obligatoire du contrat *ne varietur* et la suspension du contrat.

Comme souvent, la réponse adaptée à la situation est la voie médiane. Elle repose sur le constat de ce que le contrat initial ne peut être exécuté exactement comme prévu mais que seules certaines modalités et pour une période limitée ont vocation à être adaptées.

Dans l'idéal, c'est l'intelligence des parties et leur obligation d'exécuter de bonne foi leurs obligations qui doivent les conduire à trouver un point d'équilibre qui sera propre à chaque opération.

À défaut, il est probable que les intervenants à l'acte de construire refusent la réalisation à marché constant et invoquent les dispositions de l'article 1221 du code civil, lorsqu'ils ont quitté le chantier et refusent de le reprendre, ou de l'article 1165 lorsqu'ils ont exécuté le contrat.

Il doit néanmoins ici être pris en considération un dernier facteur qui sera au centre des préoccupations de la maîtrise d'ouvrage toutes les fois qu'elle édifie pour le compte d'autrui, qu'il s'agisse de contrats de VEFA, de BEFA ou de CPI. Le prix de ces contrats ayant été convenu, il détermine les équilibres économiques de l'opération. Le sort de l'évolution des marchés privés de construction est donc intimement lié à celui des contrats subséquents intellectuellement quoiqu'ils aient été conclus précédemment⁽²¹⁾. L'indivisibilité contractuelle qui existe entre les contrats considérés avec les marchés privés de construction aura nécessairement des conséquences et rendra parfois impossible la renégociation financière. Il en découlera alors nécessairement un décalage dans l'exécution des

contrats et le débat sera focalisé sur les clauses de suspension légitime, avant que des ordonnances nouvelles viennent peut-être résoudre tout ou partie des difficultés. À ce stade, il est notable de constater que le gouvernement en a eu une certaine conscience puisqu'il a prévu un mécanisme de paralysie des clauses de pénalité contractuelles.

L'équilibre entre maintien de la production dégradée et surcoût de construction restera la donnée cruciale au cœur de la conclusion des protocoles de reprise.

Les effets de la crise sanitaire sur les modalités effectives de la continuation de l'opération de construction

Ces éléments juridiques identifiés, il convient de s'attarder aux problématiques soulevées chronologiquement par la crise sanitaire. C'est d'abord la question de l'arrêt du chantier qui a été et sera au cœur d'un certain nombre de problématiques. C'est désormais et pour une période encore indéterminée, depuis la publication du guide par l'OPPBTP le 2 avril dernier, la question de la reprise d'activité sur chantier en période de confinement qui monopolise l'attention.

Un chantier à l'arrêt

Au soir de la publication du décret du 16 mars 2020 marquant le basculement d'un pays entier vers le confinement pour le mardi 17 mars à midi, c'est d'abord la fermeture des chantiers qui a monopolisé l'attention. Ces chantiers désormais arrêtés, se pose la question de la garde du chantier, question juridique qui se rapporte à la question du risque de la perte de la chose, mais également et en pratique à la question du gardiennage du chantier.

L'arrêt du chantier

L'arrêt du chantier est une réalité matérielle. La quasi-totalité des chantiers en France ont été fermés entre les 16 et 17 mars 2020. Un certain nombre d'observations méritent d'être formulées sur cette période-clé faisant naître la première période de la crise sanitaire consistant dans une suspension de fait des chantiers jusqu'à la décision de reprise du chantier.

Obligations de mise en oeuvre des mesures conservatoires / mesures de protection des ouvrages. La fermeture d'un chantier pour une période aussi longue que celle actuelle est une anomalie. Il n'en demeure pas moins que la fermeture d'un chantier est envisagée le plus souvent par des clauses spécifiques au sein des marchés de travaux.

Ces clauses mettent le plus souvent à la charge des entreprises la responsabilité de mettre en oeuvre les mesures conservatoires qui s'imposent pour éviter l'altération de l'ouvrage en cours d'édition. Ces mesures ont un double objet.

Il s'agit d'abord de s'assurer que les travaux réalisés, et par définition arrêtés en cours de réalisation, ne subissent pas d'altération en raison de cette suspension. Il s'agira ici par exemple de mettre en place des étais pour assurer un soutien provisoire des planchers ou encore un bâchage provisoire pour éviter la venue d'eau, protéger des isolants installés mais non encore fermés.

Il s'agit encore de la fermeture des circuits d'alimentation pour éviter les dégâts des eaux ou les incendies nés de courts-circuits mais aussi, et selon le niveau d'achèvement, du maintien de ces alimentations par exemple pour assurer la conservation des ouvrages dans cette période où les températures extérieures peuvent beaucoup varier.

Quand bien même aucune stipulation ne préciseraient ces obligations, elles nous semblent s'imposer aux entreprises pour deux raisons. La première sera abordée ci-après et a trait au risque supporté par l'entreprise pour les ouvrages édifiés jusqu'à la réception. La mesure la plus évidente pour préserver ses intérêts consiste, pour l'entrepreneur, à mettre en oeuvre les mesures de protection de ses ouvrages. La seconde raison tient aux polices d'assurance souscrites tant par la maîtrise d'ouvrage que par les

entreprises elles-mêmes. En effet, de manière quasi systématique, les polices d'assurance dommages (tous risques chantiers - TRC - et dommages-ouvrage - DO) comme de responsabilité (constructeur non-réalisateur - CNR -, responsabilité civile - RC - promoteur, responsabilité civile décennale - RCD -, RC) comportent des clauses prévoyant l'obligation pour l'entrepreneur de mettre en place des mesures provisoires en cas d'interruption longue du chantier (en général supérieure à trente jours). L'obligation est ici double : matérielle d'abord dans la mise en oeuvre de ces mesures conservatoires de protection des ouvrages édifiés ; déclarative ensuite, les assurés (maîtres d'ouvrage ou entreprises) devant déclarer à leurs assureurs respectifs l'événement considéré (arrêt de chantier long au titre de la crise sanitaire) qui pourrait être considéré comme une aggravation du risque initialement souscrit (22).

Constat contradictoire des mesures conservatoires réalisées et de l'état d'avancement. Pour éviter toute contestation sur l'état du chantier avant arrêt et les dommages causés pendant la période d'arrêt, mais aussi pour déterminer l'état d'avancement avant suspension du chantier, un constat contradictoire doit être réalisé par les entreprises avec la maîtrise d'oeuvre chargée du suivi de chantier.

Il appartient au maître d'oeuvre d'en dresser un procès-verbal et de l'adresser au maître d'ouvrage, soit que le contrat qui l'unit à ce dernier l'ait prévu, soit encore, hors considération de toute stipulation, pour préserver les intérêts de chacun. L'absence de l'entreprise régulièrement convoquée permet au maître d'oeuvre de constater la réalisation ou non des mesures conservatoires. L'absence du maître d'oeuvre est plus problématique et doit conduire l'entreprise si elle le peut à faire réaliser le constat de ces travaux et des mesures conservatoires et de protection des ouvrages mis en oeuvre par huissier dans l'idéal.

L'ensemble de ces constats sont transmis par la maîtrise d'oeuvre de suivi d'exécution au maître de l'ouvrage et à l'entreprise. Ce sont ces pièces qui seront au centre des débats si d'aventure un contentieux venait à apparaître, notamment en cas de sinistre ou de dommages causés aux biens pendant la suspension du chantier.

Fermeture matérielle du chantier. La dernière étape de cette fermeture consiste dans le fait d'en assurer le clos afin d'éviter la survenance de dommages exogènes, le risque dans ces périodes d'inactivité étant aussi la détérioration par des intrusions et les vols subséquents qui peuvent en découler.

Le chantier fermé, se pose la question de sa garde et de son gardiennage pendant la période de suspension d'activité.

Distinction de la garde du chantier et du gardiennage du chantier pendant la période de crise

Bien que les vocables soient très proches, la garde n'est pas le gardiennage. Le premier terme désigne un concept juridique se rattachant à la question du risque de la perte de la chose. Le second désigne au contraire un concept pratique consistant à déterminer qui a vocation à opérer l'activité de gardiennage pendant la période de suspension. Nous les étudierons successivement soulignant leur lien étroit, plus encore la nécessité de veiller à un bon gardiennage pour éviter la mobilisation de responsabilité de la personne sur laquelle pèse la garde de la chose, l'intérêt de l'entreprise et celui du maître de l'ouvrage étant ici concordants.

Garde

Les marchés de travaux privés comportent quasiment toujours une clause contractuelle déterminante qui assure la garde de la chose.

Ces clauses sont le plus souvent libellées en confiant aux entreprises la garde des travaux qu'elles réalisent et ce jusqu'à la réception de l'ouvrage.

Le risque lié à cette garde est un fait bien connu des entreprises qui, même parties du chantier, ont

vocation à assumer les conséquences des altérations faites à leurs ouvrages, quand bien même elles disposeraient d'un recours contre celui ou ceux qui sont à l'origine de ce dommage.

Il est encore d'usage de relier cette problématique aux dispositions des articles 1788 et 1789 du code civil⁽²³⁾.

Il convient néanmoins de souligner que le libellé des clauses pourrait à l'occasion conduire à des situations imprévues, spécialement lorsque la garde est liée à la durée des travaux et ce alors que les travaux sont par hypothèse suspendus.

La question est par ailleurs plus complexe lorsque les travaux sont réalisés sur existant, ce qui conduit à s'interroger sur la garde des existants pendant la période de suspension des travaux.

Plus généralement, et dans la logique exposée dans notre première partie, la question de la suspension des modalités contractuelles affectées par la survenance de la crise sanitaire peut conduire à s'interroger sur le sort de ces clauses en période de fermeture de chantier.

Si le maître de l'ouvrage a souscrit une police TRC et sous réserve qu'il ait bien pris le soin de déclarer la fermeture à son assureur, l'enjeu est réduit dès lors que ces polices couvriront les atteintes matérielles à l'ouvrage pendant la période de suspension⁽²⁴⁾. Le sujet sera beaucoup plus complexe à défaut de souscription d'une telle garantie ou en cas de plafond de garantie insuffisant.

Là encore, il semble sage de déterminer ces questions par un accord contractuel et de contrôler les modalités de bonne couverture des dommages dans les polices respectivement souscrites par les acteurs de la construction.

La meilleure façon de prévenir ce risque, au-delà de ces contrôles, reste cependant de veiller à la mise en oeuvre d'un système de gardiennage adapté.

Gardiennage

Si la garde pose question sur l'identité de celui qui assume le risque de perte ou d'altération de la chose en cours d'édification, le gardiennage en soulève moins. Ce sont bien les entreprises qui assument le gardiennage.

Néanmoins, cette catégorie reste abstraite et il convient de déterminer si une entreprise a bien été désignée pour assurer concrètement cette tâche. Si l'opération est montée en entreprise générale, la question ne se pose pas, cette dernière assurant l'obligation de gardiennage. Le montage en allotissement doit au contraire conduire à vérifier que cette tâche est bien attribuée, d'une part, et correctement réalisée, d'autre part. Usuellement, il s'agira du mandataire du groupement d'entreprises lorsqu'il en est constitué un.

Outre la question de l'identité de la personne chargée d'assurer ou de faire assurer le gardiennage, il s'agit également de déterminer qui en assume le coût. Là encore, à l'instar de ce qui a été vu dans la première partie, la question sera de savoir si l'on applique les règles figurant au contrat ou si la situation de crise sanitaire doit conduire à redistribuer les cartes sur cette question.

Les clauses contractuelles prévoient en effet le plus souvent que la dépense de gardiennage est une dépense commune de chantier. Elle a vocation ainsi à intégrer les dépenses du compte *pro-rata*. Reste que l'évaluation qui a pu être faite de ce compte de dépense est aujourd'hui profondément affectée par la situation nouvelle. En effet, tant la durée du gardiennage (7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 puisque le chantier est à l'arrêt) que la situation sanitaire (équipements, mesures de protection des personnes dédiées à cette surveillance, surcoût de la négociation en raison du manque de disponibilité de l'offre...) posent la question d'un partage redéfini de la portance de ce coût objectivement alourdi par la crise sanitaire. Cette sécurisation de la question du financement apparaît, là encore, devoir faire l'objet d'un accord entre les différentes parties prenantes, qu'il s'agisse des entreprises intervenant sur le chantier,

mais encore dans le cadre de la relation entreprises-maître d'ouvrage.

Nous signalons à nouveau à ce stade du raisonnement que l'absence ou l'insuffisance de sécurisation du chantier en raison de la défaillance ou de l'insuffisance du gardiennage du chantier pourrait jouer un rôle dans la mise en oeuvre effective des polices dommages souscrites par le maître de l'ouvrage (TRC/DO) ou des polices d'assurance de responsabilité du maître de l'ouvrage (RC promoteur) et des entreprises (assurance RC).

Maintien de l'activité sur le chantier pendant la période d'urgence sanitaire

La fermeture du chantier a pu résulter de processus décisionnels divers : soit que le maître de l'ouvrage ait pris la décision de fermer à titre conservatoire, soit encore que le maître d'oeuvre ait, de sa propre initiative, pris un ordre de service à cette fin, soit encore que ce soient les entreprises qui aient décidé de fermer les chantiers. La détermination de la personne qui a pris la décision pourra avoir une incidence sur les modalités de réouverture.

Lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas formulé de décision tendant à la fermeture du chantier, on peut considérer que sa fermeture est une situation de pur fait. Aussi légitime qu'elle soit, il ne semble ici pas nécessaire que le maître de l'ouvrage décide de rouvrir le chantier.

En revanche, lorsque le maître de l'ouvrage a décidé de la fermeture de manière expresse, un acte de réouverture apparaît alors nécessaire sous forme d'un écrit ou encore d'un ordre de service, émis potentiellement à sa demande par le maître d'oeuvre chargé du suivi d'exécution.

Au-delà du formalisme applicable, ce sont davantage les conditions de fond qui apparaissent ici déterminantes. Le processus de reprise effective de l'activité de chantier fait intervenir une diversité d'acteurs. Il convient par exemple d'opérer une distinction entre les chantiers soumis à CSPS et ceux qui ne le sont pas. Nous soulignerons les points-clés méritant d'être déterminés par les intervenants à l'acte de construire pour cette étape de production en mode dégradé comme pour l'étape ayant vocation à lui succéder consistant dans la reprise du chantier post-déconfinement. Enfin, pour être complets, nous envisagerons succinctement les effets de la reprise d'activité sur les aspects contractuels et évoquerons l'étape suivante, qu'il convient de préparer : le retour à une situation normale post-confinement.

Processus de reprise effective de l'activité sur le chantier

Comme nous l'avons vu, la situation actuelle est particulière en ce qu'elle met en cause la santé et la sécurité de l'ensemble des personnes et partant l'ensemble de celles ayant vocation à intervenir sur le chantier.

Se juxtaposent ici un ensemble de rapports de droit que l'on peut ainsi synthétiser :

- chaque employeur a vocation à préserver la santé de ses salariés au titre de son obligation de sécurité de moyen renforcée ;
- l'ensemble des intervenants sur le chantier ont l'obligation de respecter la réglementation Covid-19 combinant à la fois les règles de distanciation sociale et de restriction des déplacements, ainsi que le guide publié par l'OPPBTP.

La mise en oeuvre et le respect de ces obligations reposent sur une co-action des différents acteurs de l'édition de l'ouvrage.

Rôle du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage a une position particulière.

En effet, c'est bien sous sa responsabilité qu'oeuvrent les intervenants à l'acte de construire, en ce

compris le CSPS. Il figure ainsi dans la liste des personnes mentionnées à l'article L. 4531-1 du code du travail⁽²⁵⁾ qui lui impose de mettre en oeuvre, « pendant la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et pendant la réalisation de l'ouvrage », des principes généraux de prévention⁽²⁶⁾, « afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur un chantier de bâtiment ». La seule désignation du CSPS ne suffit pas à l'exonérer de toute responsabilité, ce que rappelle l'article L. 4532-6 du code du travail.

Outre ces principes, il s'expose sur le plan pénal en cas de mise en danger d'autrui ou plus techniquement s'il ne désigne pas le CSPS alors que cette désignation est obligatoire ou encore s'il ne fait pas établir le plan général de coordination (PGC)⁽²⁷⁾.

Ceci étant, il n'est évidemment pas en mesure d'analyser lui-même les questions éminemment techniques et nouvelles qu'implique le respect de la réglementation Covid-19.

Sa responsabilité est de veiller à donner aux acteurs les moyens permettant d'assurer la sécurité sur le chantier et, lorsque sa désignation est obligatoire, de donner au CSPS les moyens d'assurer les missions posées par le code du travail.

Le guide publié par l'OPPBTP lui a offert la simple faculté⁽²⁸⁾ de désigner un référent Covid. Cette figure nouvelle n'est évidemment pas déterminée. Nous pensons que sa mission ne peut qu'être limitée et porter notamment :

- sur la bonne réception de l'ensemble des informations relatives à la gestion sanitaire du chantier, ce qui n'a pas vocation à modifier les responsabilités respectives des acteurs en matière de gestion de la réglementation Covid-19 dont il sera fait état plus avant ;
- sur le contrôle du processus de gestion coordonnée du risque sanitaire ;
- sur le signalement au maître de l'ouvrage des défaillances quant à la prévention des risques.

Le rôle du maître de l'ouvrage est donc essentiel en ce qu'il insuffle la dynamique, donne les moyens au CSPS et fait vérifier par son référent Covid et/ou son maître d'oeuvre chargé du suivi d'exécution l'effectivité et le respect du processus de gestion sanitaire. Il ne saurait assumer aucun arbitrage technique ni prendre de décisions. À ce titre, le guide publié par l'OPPBTP comporte une ambiguïté latente qu'il convient de clarifier en ce qu'il énonce que « le maître d'ouvrage formalise, après analyse, le cas échéant par le maître d'oeuvre et le coordonnateur SPS (lorsque l'opération est soumise à ce dispositif), en accord avec les entreprises intervenantes, une liste des conditions sanitaires afin de s'assurer que les différents acteurs pourront mettre en oeuvre et respecter dans la durée les directives sanitaires générales et les consignes complémentaires édictées dans ce guide ». La formalisation dont il est ici question est purement formelle. Elle ne saurait constituer un acte unilatéral ou bilatéral induisant un contrôle et /ou un transfert de la responsabilité que doit assumer chacun des intervenants à l'acte de construire. Le maître de l'ouvrage reste un simple professionnel de l'immobilier et non un professionnel de la construction⁽²⁹⁾. Si la question est parfois débattue sur la validité des clauses contractuelles, aucun débat ne saurait exister sur des questions aussi techniques que celles du respect de la sécurité des intervenants à l'acte de construire sur le chantier à l'aune d'une réglementation nouvelle, d'ordre public et si mouvante.

Ceci étant, la formalisation des contraintes sanitaires conduira nécessairement à exposer le maître de l'ouvrage à une analyse coût-avantage du maintien coûte que coûte de l'activité sur le chantier pendant la crise sanitaire.

Rôle du CSPS et des entreprises. Si le maître de l'ouvrage est celui qui initie le processus, les acteurs principaux de la question du respect de la réglementation Covid-19 sont bien le CSPS et les entreprises (tant donneurs d'ordre que sous-traitants).

Le CSPS est assurément au cœur du sujet en ce que le code du travail, spécialement l'article R. 4532-

13, dispose que ce dernier est tenu :

- d'organiser entre les entreprises, y compris sous-traitantes, qu'elles se trouvent ou non présentes ensemble sur le chantier, la coordination de leurs activités simultanées ou successives, les modalités de leur utilisation en commun des installations, matériels et circulations verticales et horizontales, leur information mutuelle ainsi que l'échange entre elles des consignes en matière de sécurité et de protection de la santé ;
- de veiller à l'application correcte des mesures de coordination qu'il a définies ainsi que des procédures de travail qui interfèrent ;
- et de tenir à jour et adapter le plan général de coordination.

C'est à ce dernier titre que le processus devant conduire à la reprise effective du chantier passe par une mise à jour du PGC. C'est cette mise à jour, qui ne saurait être abstraite mais s'incarner dans la problématique de cette réglementation à l'aune du chantier, qui va induire la mise à jour par les entreprises de leurs plans particuliers de sécurité et de protection de la santé (PPSPS), les sous-traitants étant, comme les donneurs d'ordre, tenus de formaliser un PPSPS mis à jour. Ces deux actions doivent évidemment intégrer les préconisations qui figurent dans le guide publié par l'OPPBTP le 2 avril 2020. Ce guide prévoit d'ailleurs que l'entreprise désigne un référent Covid-19.

Cette approche sanitaire doit néanmoins, pour que ces projections prennent un sens au regard des contraintes dites gestes barrières, être mise en oeuvre avec une participation active d'une figure, pourtant de prime abord éloignée de la question de la sécurité sur le chantier : l'OPC (30). Pour assurer la distanciation suffisante dans les installations de chantier comme sur le site ou encore dans les zones d'approvisionnement, le sens effectif des accès aux étages, les horaires d'arrivée sur site et tant d'autres questions, sa compétence et sa capacité de gérer les plannings et les plans d'intervention seront précieuses pour incarner le désir du gouvernement d'une reprise de l'activité BTP.

Maître d'oeuvre chargé du suivi d'exécution. Le rôle du maître d'oeuvre est particulier. Il n'est pas au centre de la rédaction technique de l'évolution des règles du chantier pour tenir compte de la réglementation Covid-19. Au titre cependant de son rôle de suivi du chantier, il est tenu de percevoir si le processus fonctionne ou non et d'avertir le maître de l'ouvrage de la défaillance du processus. Il nous semble opérant qu'il prévienne également le maître de l'ouvrage des enjeux qui existeront en termes d'alourdissement du coût d'édification et du temps de réalisation des travaux pendant la période de crise sanitaire. Il doit ainsi accompagner le maître de l'ouvrage dans ce chemin complexe et sinueux qu'est la gestion d'un chantier en mode dégradé. En pratique, les visites comme les réunions de chantier seront probablement davantage basées sur des comptes rendus virtuels soumis aux entreprises.

C'est au prix d'une implication sans faille mais dans les limites des compétences de chacun que pourra être envisagée une reprise effective des chantiers. Les conditions matérielles étant ainsi déterminées, se posera alors la question des incidences de cette reprise en termes contractuels.

Les incidences de la reprise effective sur les contrats

Il n'est pas nécessaire de s'appesantir longuement à ce stade du raisonnement sur cette question. Nous avons en effet posé l'ensemble des jalons dans la première partie.

En synthèse, au terme du processus précédemment décrit, le maître de l'ouvrage pourra savoir si les travaux peuvent reprendre sur son chantier à l'aune de la réglementation Covid-19.

Il apparaît fondamental qu'il soit également destinataire de l'évaluation du surcoût objectif de la production dégradée résultant des contraintes sanitaires.

Il existe en effet deux questions successives concernant la problématique Covid-19 :

- peut-on reprendre effectivement les activités de chantier, dans le respect des règles sanitaires nouvelles ?

- est-il opérant de reprendre en mode dégradé pendant la période de crise sanitaire ?

Seul le maître de l'ouvrage peut en définitive déterminer si la prolongation d'un projet est opérante économiquement au regard des contraintes du marché ou plus certainement des conditions qui s'imposent à lui au regard des engagements qu'il a lui-même souscrits à l'égard de ses acquéreurs ou preneurs en l'état futur d'achèvement.

Au-delà cependant de la reprise en mode dégradé pendant la période de crise sanitaire, c'est plus essentiellement la détermination des modalités de reprise au terme de la période de confinement qui a vocation à être définie dès à présent.

Dans la même logique consensuelle, il nous semble que l'ensemble des intervenants à l'acte de construire doivent rapidement mettre en oeuvre des comités de pilotage permettant de déterminer les modalités effectives de reprise d'activité au terme du confinement. La détermination très en amont du scénario de reprise permettra de réduire les délais de redémarrage. Car au-delà de la période de crise sanitaire, il faudra bien reprendre la vie normale et les marchés privés de construction retrouver leur fonctionnement initial, à l'aune des conditions imaginées à l'origine par les parties. Si nous y parvenons, quand nous y parviendrons, c'est que nous aurons dépassé ce défi qui s'offre à notre Nation et plus largement au Monde.

Mots clés :

CONSTRUCTION * Marché privé de travaux * Covid-19

(1) L'appellation n'est pas heureuse, c'est un fait, mais elle souligne la difficulté de conférer une force obligatoire équivalente aux ordonnances et textes réglementaires à un guide rédigé par des fédérations des seuls constructeurs réalisateurs, particulièrement la FFB, sous l'égide d'un organe de prévention des risques qu'est l'OPPBTP, soumis pour avis en cours de rédaction aux autres intervenants puis « validé » par le ministre sans que ces mêmes autres acteurs (COPREC, FPI, CNOA...) n'aient pu formuler leurs observations.

(2) NOR : SSAZ2007749A.

(3) NOR : PRMX2007863D.

(4) Décr. 16 mars, art. 1^{er}, et Décr. 23 mars, art. 3.

(5) Considérée comme une activité de plein air...

(6) La question des contrats publics étant traitée par ailleurs sous la fine plume du professeur Rozen Noguellou.

(7) NOR : PRMX2007883L.

(8) En principe de deux mois à compter du 24 mars 2020, soit jusqu'au 24 mai 2020, délai susceptible d'être rallongé par voie législative et réduit par voie réglementaire.

(9) Le texte ne concerne à ce stade que les délais expirés avant le 12 mars ou pendant la période de crise sanitaire telle que définie à l'art. 1^{er} de l'ordonnance mais non ceux expirant postérieurement et pourtant évidemment impactés par la crise sanitaire et la fermeture des chantiers qui s'est ensuivie.

(10) Art. 4 : « Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1^{er}.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, 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, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée.

La date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses prennent effet, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation, autre que de sommes d'argent, dans un délai déterminé expirant après la période définie au I de l'article 1^{er}, 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, la fin de cette période.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1^{er} ».

(11) « I. - Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 22 mars 2020 susvisée ».

(12) Le maître d'ouvrage figure à cette fin dans la liste des personnes mentionnées à l'art. L. 4531-1 du code du travail, qui pose le principe de la mise en oeuvre, « pendant la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et pendant la réalisation de l'ouvrage », des principes généraux de prévention, « afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur un chantier de bâtiment ». Il doit offrir à ce dernier l'autorité et les moyens indispensables à l'exercice de sa mission.

(13) Ord. n° 2020-306, 25 mars 2020, art. 2.

(14) Stratégie absolument différente de celle adoptée pour les marchés publics, v. Ord. n° 2020-319 et l'article du professeur Rozen Noguellou.

(15) Ord. n° 2020-306, 25 mars 2020, art. 4.

(16) Rapport, p. 2 : « La précision selon laquelle sont concernés par les dispositions de cet article les actes "prescrits par la loi ou le règlement" exclut les actes prévus par des stipulations contractuelles. Le paiement des obligations contractuelles doit toujours avoir lieu à la date prévue par le contrat. S'agissant des contrats, néanmoins les dispositions de droit commun restent applicables le cas échéant si leurs

conditions sont réunies, par exemple la suspension de la prescription pour impossibilité d'agir en application de l'article 2224 du code civil, ou encore le jeu de la force majeure prévue par l'article 1218 du code civil ».

(17) Pour mémoire, cette disposition née du nouveau code civil et ayant inversé la logique relativement à la question de l'imprévision contractuelle à jamais inscrite dans la formule incantatoire du *Canal de Craponne* (« dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants », Cass., 6 mars 1876) dispose : « 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. À 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 ».

(18) Nous pensons également nécessaire de repenser les clauses relatives à l'imprécision en dessinant des clauses de sauvegarde adaptées aux marchés de travaux.

(19) « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

(20) « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

(21) V. par ailleurs notre analyse Covid-19 et VEFA, dans ce numéro.

(22) C. assur., art. L. 113-2, L. 113-4 et L. 113-9.

(23) Sur la question du risque de la perte de la chose avant réception, C. Charbonneau et L. Karila, Droit de la construction : responsabilités et assurances, 3^e éd., LexisNexis, 2017. 141 s.

(24) Le plus souvent les polices TRC modernes bénéficient aux intervenants à l'acte de construire.

(25) Avec le CSPS et le maître d'oeuvre chargé du suivi d'exécution.

(26) Principes visés à l'article L. 4121-2 du code du travail.

(27) C. trav., art. L. 4744-4.

(28) La version publiée *in fine* énonce que « le maître d'ouvrage pourra désigner un référent Covid-19 chargé de coordonner les mesures à mettre en oeuvre », là où le projet diffusé le 26 mars visait une

obligation (« Le maître d'ouvrage devra désigner un référent Covid-19 chargé de coordonner les mesures à mettre en oeuvre »).

(29) La jurisprudence l'admet à propos des clauses limitatives (Civ. 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *Qualiconsult (Sté) c/ Causse*, Bull. n° 905, D. 2016. 639¹³, note C.-M. Péglion-Zika¹⁴ ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki¹⁵ ; *ibid.* 539, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud¹⁶ ; AJDI 2016. 623¹⁷, obs. F. Cohet¹⁸ ; RDI 2016. 290, obs. B. Boubli¹⁹ ; AJCA 2016. 200, obs. S. Carval²⁰), *a fortiori* et plus légitimement à propos d'une question technique relevant du domaine de la compétence des constructeurs.

(30) Ordonnancement, pilotage et coordination. La mission peut être assurée par la maîtrise d'oeuvre, par un prestataire n'ayant que cette fonction ou encore par l'entreprise générale ou le mandataire du groupement principal, ce qui peut donc conduire à renforcer le rôle de telle ou telle entreprise ayant, au-delà de ses missions propres de gestion de la sécurité de ses interventions, la mission générale d'OPC.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés