

Fiche :	Exécution des marchés de travaux dans le contexte de la crise sanitaire liée au Codiv 19
Demandeur / Bénéficiaire :	Céline ROQUENCOURT, Directrice de la DAPR
Date :	11/05/2020
Direction :	DAPR
Production :	DGAA / DAPR/SMA
Copie :	Monsieur SAVARIA - DGAA

Contexte:

La loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 "*pour faire face à l'épidémie de covid-19*" a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure adaptant « les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le code de la commande publique (CCP) ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet.

Cette loi est intervenue avec pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales liées au confinement faisant suite à la propagation de l'épidémie de covid-19 et notamment pour soutenir les entreprises qui rencontrent des difficultés dans l'exécution des contrats publics.

Ainsi, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 a adapté les règles de procédure et d'exécution des contrats publics afin de permettre aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de faire face aux difficultés qu'ils rencontrent pendant l'état d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.

Ces mesures ont pour objectif de protéger les entreprises contre les sanctions contractuelles et de soutenir financièrement les entreprises.

Il convient également de préciser que celles-ci doivent être complétées d'autres dispositifs déjà existants comme l'imprévision, la force majeure et la décision d'ajournement.

1. Les mesures prises dans le cadre de l'ordonnance du 25 mars 2020 :

A titre liminaire, il convient de préciser que l'ordonnance a un caractère rétroactif. Elle s'applique aux marchés en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, augmentée d'une durée de deux mois.

L'article 1er de l'ordonnance du 25 mars 2020, stipule que **ces mesures ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.**

Comme le rappelle la Direction des affaires juridiques de Bercy, l'ordonnance ne pose pas de présomption de force majeure, laquelle doit être qualifiée au cas par cas. Il appartient aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de démontrer que les difficultés qu'ils rencontrent du fait de l'épidémie ne permettent pas de poursuivre les procédures ou l'exécution des contrats dans des conditions normales.

Par ailleurs, ces mesures s'appliquent, nonobstant toute clause contraire défavorable au titulaire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat.

1.1. **Les mesures visant à protéger les entreprises des sanctions contractuelles :**

1.1.1. La prolongation du délai d'exécution du marché :

L'article 6 de l'Ordonnance du 25 mars 2020 énonce que :

En cas de difficultés d'exécution du contrat, les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat :

1° Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel.

- ⇒ La demande doit émaner expressément du titulaire, avant la fin du délai contractuel.
- ⇒ La DAJ de Bercy estime que compte tenu de la règle énoncée à l'article 1^{er}, elle ne s'oppose pas à ce que les parties s'accordent sur un délai inférieur si celui énoncé par l'ordonnance n'est pas nécessaire

1.1.2. L'absence d'application des pénalités contractuelles:

Les titulaires sont exonérés de toute faute contractuelle. **En conséquence, pour tous les marchés publics des collectivités locales, les pénalités de retards ne seront pas appliquées :**

2° Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive:

a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif;

Il ne peut ainsi se voir infliger aucune pénalité de retard ou toute autre pénalité contractuelle. De même, le contrat ne peut pas être résilié pour faute et sa responsabilité contractuelle ne peut pas être mise en jeu par l'autorité contractante pour ce motif.

1.2. Les mesures visant à soutenir financièrement les entreprises :

1.2.1. Les mesures de trésorerie :

➤ Déplafonnement du montant de l'avance obligatoire :

L'article 5 de l'ordonnance déplafonne le montant de l'avance obligatoire : lorsque cela est nécessaire à la bonne exécution des prestations, les acheteurs sont autorisés à accorder des avances dont le montant excède le plafond de 60% du montant initial du marché ou du bon de commande fixé par l'article R. 2191-8 du code de la commande publique.

- ⇒ cette disposition s'applique également aux contrats conclus à compter du 12 mars 2020.
- ⇒ il est également possible de revenir sur le refus du titulaire de percevoir l'avance s'il estime en avoir désormais besoin.
- ⇒ possibilité de déroger à l'obligation d'exiger des entreprises qu'elles constituent une garantie à première demande lorsque le montant de l'avance versée est supérieur à 30 % du montant du marché ou du bon de commande.
- ⇒ pas de remise en cause du régime applicable pour les avances inférieures à 30 %, pour lesquelles la constitution d'une garantie à première demande était déjà facultative.

➤ Poursuite de l'exécution financière du contrat du marché à prix forfaitaire :

- ⇒ En cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire, l'ordonnance impose la poursuite de l'exécution financière du contrat par l'acheteur selon les modalités prévues au contrat (art. 6, 4°).
- ⇒ A l'issue de la suspension, l'entreprise reprend l'exécution des prestations.
- ⇒ Lorsque la quantité des prestations est modifiée, un avenant en détermine les conséquences financières compte-tenu des prestations réellement exécutées sur la durée totale du contrat.

1.2.2. L'indemnisation des titulaires

L'article 6 3° de l'Ordonnance prévoit que :

"Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié."

Cette clause s'applique à la condition que le Département, pour des raisons liées à l'épidémie COVID-19, ait annulé un bon de commande ou résilié le marché.

- ⇒ Si les circonstances qui ont conduit à la résiliation ou à l'annulation des prestations constituent un cas de force majeure, seules les dépenses réelles et utiles pour l'exécution des prestations pourront faire l'objet d'une indemnisation. Dans ce cadre, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du dommage subi par le titulaire du marché public, **à condition qu'il puisse en justifier le montant,**

et que cela n'aboutisse pas à un enrichissement sans cause. L'indemnisation prendra en compte les **dépenses engagées** (caractère certain des pertes subies CE, 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*).

- ⇒ A l'inverse et si le contrat ne s'y oppose pas, cette disposition de l'ordonnance ne fait pas obstacle à une indemnisation complémentaire du titulaire au titre de son manque à gagner du fait de l'inexécution des prestations en application de la jurisprudence administrative en cas de résiliation pour motif d'intérêt général.
- ⇒ La résiliation des accords-cadres à bons de commande passés sans minimum, ne donne pas droit à indemnisation, car l'administration ne s'est engagée sur aucun montant de commande. De plus, aucune indemnisation n'est due aux titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire résilié, car ceux-ci ne peuvent justifier d'un manque à gagner certain.

1.3. Le recours au marché de substitution :

En cas de défaillance du titulaire, justifiée par les difficultés qu'il rencontre du fait de l'épidémie, l'acheteur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard alors même que le contrat initial contiendrait une clause d'exclusivité (art. 6, 2° b) :

"2° Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive :

[...]

b) L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire;"

Compte-tenu du caractère exceptionnel de cette disposition, son application devra être limitée.

En raison de l'urgence impérieuse qui s'attache à la réalisation des prestations (puisqu'il s'agit ici de satisfaire des besoins qui ne peuvent souffrir d'aucun retard) et uniquement dans cette hypothèse, le marché de substitution peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable en application des articles R. 2122-1 et R. 2322-4 du code de la commande publique.

Enfin, cette exécution par un tiers ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire (puisque la responsabilité du titulaire ne peut être engagée).

2. Les autres modalités d'indemnisations financières :

Il n'existe pas d'obligation générale d'indemnisation des titulaires des marchés.

Chaque situation est différente et doit être étudiée au cas par cas, en fonction des clauses contractuelles afin d'aboutir à une solution. Ainsi, une solution pourra ne pas être appliquée d'un marché à un autre.

Tous les arrêts de chantier n'ont pas forcément fait suite à un ordre de service (OS) d'ajournement. Les fondements juridiques pour invoquer une indemnisation sont différents selon que le chantier a fait l'objet d'une décision d'ajournement ou pas.

Différents types de préjudices peuvent être cités:

- Coûts supplémentaires du fait des mesures sanitaires mises en place et de la réorganisation du chantier (plus de frais matériels et humains, allongement de la durée du chantier...)
- Augmentation des frais généraux
- Travaux supplémentaires

- Etc.

Cependant, toute indemnisation devra se faire sur la base d'un fondement juridique valable.

Il est important également de rappeler que, même dans le cas de la crise sanitaire liée au Codiv 19 et quel que soit le fondement juridique retenu, **le principe général selon lequel un maître d'ouvrage ne peut pas accorder des libéralités à des sociétés privées doit continuer à s'appliquer avec force.**

Une attention particulière doit ainsi être portée sur les demandes d'indemnisations et sur le fondement de celles-ci (Conseil d'Etat, 19 mars 1971 – Sieurs Mergui).

Les principaux fondements juridiques sont les suivants :

2.1. La mise en œuvre de l'imprévision :

L'imprévision se définit comme la survenance d'un évènement imprévisible, qui a pour conséquence de bouleverser de façon temporaire les conditions définies initialement au contrat, occasionnant notamment d'important surcoûts pour le titulaire du contrat (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux).

Les dispositions du nouveau code de la Commande publique ont codifié la théorie de l'imprévision à l'article L 6 - 3° :

"Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité"

Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour mettre en œuvre l'imprévision. Ainsi l'évènement doit être :

- imprévisible à la date de la conclusion du contrat : le marché a été conclu à une date antérieure à la déclaration de l'état de crise sanitaire liée au Codiv 19. Les parties ne pouvaient en effet pas en prévoir les conséquences.
- extérieur aux parties : le caractère extérieur laisse peu de doute, car les parties ne sont pas responsables de la situation actuelle
- bouleversant : la survenance de l'évènement doit avoir pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat, c'est-à-dire que l'évènement doit aggraver les charges pour le titulaire du marché, **de manière très significative et donc de manière à bouleverser son équilibre.**

Un simple manque à gagner ou un surcoût résiduel ne permet pas de faire appel à l'imprévision.

Cette dernière condition doit donc être étudiée au cas par cas et démontrée par le titulaire du marché. Il n'existe pas de pourcentage général dégagé par la jurisprudence afin de déterminer le seuil à partir duquel le candidat a droit à indemnisation. La doctrine évoque un seuil de 5 à 10 % pour l'indemnisation des surcoûts. Cela va dépendre notamment de la marge initiale dégagée par le titulaire (celle-ci peut varier fortement d'une entreprise à une autre) et de l'évolution des conditions économiques durant la vie du marché.

En conséquence, il revient au titulaire du marché d'apporter tous les éléments de nature à justifier l'augmentation significative des coûts. A défaut, l'imprévision ne pourra être mise en œuvre pour justifier la passation d'un avenant financier.

Dans le cas où l'imprévision est reconnue, celle-ci emporte les conséquences suivantes :

- **Elle ne libère pas le titulaire de ses obligations contractuelles.** Pour cela, il doit invoquer la force majeure, et à défaut d'exécution des prestations, il engage sa responsabilité contractuelle. L'interruption du contrat de son propre chef, priverait le titulaire de son droit d'obtenir toute indemnisation.

- En contrepartie du maintien de l'exécution du contrat, le titulaire bénéficie de la révision des conditions du contrat ou d'une indemnisation qui lui permet d'assurer les prestations sans subir le manque à gagner. **Le titulaire est ainsi dédommagé des coûts non prévus au contrat et qui bouleversent son équilibre, qu'il doit supporter en raison de l'évènement imprévisible.**

Ainsi, si elle est avérée, l'imprévision peut s'appliquer, même si le contrat ne l'a pas prévue.

En pratique, il convient de procéder comme suit :

- Le titulaire doit alerter dès que possible la personne publique de ses difficultés et solliciter que les conditions du contrat soient révisées ou une indemnisation
- Il est nécessaire que les parties se rapprochent et s'entendent afin de rechercher les conditions dans lesquelles le contrat peut être adapté à l'état d'imprévision
- Le titulaire doit établir, preuves à l'appui, que les difficultés invoquées sont en lien avec le Covid 19
- Le titulaire ne doit pas interrompre l'exécution des prestations pour pouvoir prétendre à une indemnisation
- La passation d'un avenant est conseillée afin de bien formaliser les modifications apportées car la reprise des chantiers, de surcroît dans le contexte sanitaire actuel (cf. infra point 2.5)

2.2. Les modifications sur la base de l'article L 2194-1 3° du CCP :

L'article L2194-1 CCP dispos que :

"Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;

3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

5° Les modifications ne sont pas substantielles ;

6° Les modifications sont de faible montant.

*Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, **de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.**"*

Les conditions de modification des contrats en raison des circonstances imprévues sont fixées à l'article R2194-5 du CCP :

"Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. "

Le montant de la modification prévue à l'article R. 2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

D'une manière générale, l'intérêt de l'avenant sera de formaliser tout changement induit la crise sanitaire liée au covid 19.

Pour les marchés de travaux, si un avenant supérieur à 15 % du montant initial est envisagé (article R 2194-8 CCP), il conviendra donc d'utiliser le fondement juridique de l'article R 2194-5 du CCP pour formaliser un avenant d'augmentation du coût du marché. Comme indiqué plus haut, le titulaire doit établir dans ce cas la preuve que les difficultés invoquées sont en lien avec le Covid 19. Les modifications devront être en lien direct et étroit avec les circonstances imprévues invoquées, sous

peine d'irrégularité de l'avenant et seules les modifications indispensables pourront être effectuées dans ce cadre.

2.3. La force majeure :

La force majeure correspond à **l'hypothèse où des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties ont pour effet de bouleverser définitivement l'équilibre économique du contrat** (Conseil d'Etat, 19 janvier 1919, Compagnie des messageries maritimes).

Pour que la force majeure puisse être reconnue, 3 conditions doivent être remplies :

- imprévisibilité
- extériorité
- irrésistibilité (il est impossible de respecter les obligations contractuelles)

Parmi les mesures mises en place par le Gouvernement, la reconnaissance par l'État et les collectivités locales, du confinement lié au Coronavirus, est un cas de force majeure pour leurs marchés publics.

Cependant, l'ordonnance du 25 mars 2020 relative aux marchés publics ne pose pas de présomption de force majeure, laquelle ne peut être qualifiée qu'au cas par cas.

Il appartient aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de démontrer que les difficultés qu'ils rencontrent du fait de l'épidémie ne permettent pas de poursuivre l'exécution des contrats dans des conditions normales.

En tout état de cause, les deux premières conditions essentielles de la force majeure sont réunies : il s'agit bien d'un événement imprévisible et extérieur aux parties. Néanmoins, au cas par cas, comme pour l'imprévision, l'acheteur public devra tout de même également vérifier si l'opérateur économique se trouve effectivement dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie des prestations. Le titulaire doit ainsi être en mesure de déterminer un lien de cause à effet entre la crise sanitaire et les difficultés d'exécution rencontrées par le titulaire du marché.

Les conséquences de la force majeure sont les suivantes :

- **prolongation du délai d'exécution** : à la demande du titulaire et si l'empêchement est temporaire (repris à l'article 6 de l'ordonnance du 25/03/2020 – cf. supra point 1.1.1)
- **le titulaire est déchargé de sa responsabilité** et peut s'en prévaloir pour justifier l'absence d'exécution des travaux : absence d'application des pénalités, pas de mise en jeu de sa responsabilité pour faute (repris à l'article 6 de l'ordonnance du 25/03/2020 – article 19.2.2 du CCAG - Travaux)
- **possibilité pour l'acheteur de résilier le marché** (article L 2195-2 du CCP)
- **indemnisation du titulaire mais de manière très limitée** (préjudice subi en cas de perte et destruction de matériel).

Focus sur l'indemnisation dans le cadre de la force majeure : article 18.3 du CCAG - Travaux

"18.3. En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, le titulaire est indemnisé pour le préjudice subi, sous réserve :

- *qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les dispositions découlant de l'article 18.2 ;*
- *qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit.*

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

- ⇒ Cela concerne la **perte de matériel directement provoquée** par le cas de force majeure (Conseil d'Etat, 11 décembre 1991, Sonexa)
- ⇒ Pas d'indemnisation de l'entreprise en cas de manque à gagner ou de tout autre préjudice causé de manière indirecte par le cas de force majeure (exemple: préjudice résultant de la crise)

- ⇒ Cet article n'ouvre pas droit à indemnisation non plus en cas de résiliation du marché du fait du cas de force majeure
- ⇒ Le formalisme de la demande doit être respecté de la part du titulaire qui souhaite invoquer le cas de force majeure

En conclusion sur la force majeure:

- Le fait d'invoquer la force majeure présente vraiment un intérêt pour justifier l'impossibilité d'exécution du marché et dégager le titulaire de sa responsabilité contractuelle, elle ne peut en principe pas donner lieu à une indemnisation, sauf dans des cas très limités.
- La force majeure doit s'apprécier au cas par cas et le titulaire doit justifier preuves à l'appui, de son impossibilité à poursuivre l'exécution du contrat.

2.4. Suite à une décision d'ajournement des travaux :

L'article 49.1 du CCAG – Travaux dispose que :

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

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

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

- ⇒ L'ajournement doit résulter de la décision du maître d'ouvrage et **non de la décision du titulaire d'interrompre les travaux** (dans ce cas, le titulaire se mettrait en tort et ne pourrait pas prétendre à indemnisation dans ce cadre précis)
- ⇒ Idéalement, l'ajournement doit avoir été décidé par ordre de service avant la suspension des travaux

Dans le cadre de l'ajournement des travaux, décidé par le maître d'ouvrage, le titulaire peut donc prétendre à :

- **L'indemnisation des frais de gardiennage du chantier :**

En vertu de l'article 31.4 du CCAG – Travaux, *"le titulaire prend sur son chantier toutes les mesures d'ordre et de sécurité propres à éviter des accidents, tant à l'égard du personnel qu'à l'égard des tiers. Il est tenu d'observer tous les règlements et consignes de l'autorité compétente. Il assure notamment l'éclairage et le gardiennage de son chantier ainsi que sa signalisation tant intérieure qu'extérieure. Il assure également, en tant que de besoin, la clôture de ses chantiers."*

- ⇒ Le titulaire a droit à l'indemnisation des frais engagés à ce titre puisqu'il conserve en principe la garde du chantier. Il peut être dérogé à ce principe si le titulaire démontre qu'il est dans l'impossibilité, du fait de la crise sanitaire, de conserver cette garde.

- **L'indemnisation du préjudice subi :**

Cette indemnisation peut comprendre tous les frais résultant de la décision du maître d'ouvrage et notamment les frais généraux, les frais d'immobilisation du matériel, les frais de personnel (sous-réserve des mesures prises au niveau national pour indemniser les entreprises).

Le titulaire devra établir de manière exhaustive la réalité de son préjudice en lien avec la décision d'ajournement, preuves à l'appui.

De plus, l'article 49.1.2 du CCAG – Travaux prévoit que **"si, par suite d'un ajournement ou de plusieurs ajournements successifs, les travaux ont été interrompus pendant plus d'une année, le titulaire a**

le droit d'obtenir la résiliation du marché, sauf si, informé par écrit d'une durée d'ajournement conduisant au dépassement de la durée d'un an indiquée ci-dessus, il n'a pas, dans un délai de quinze jours, demandé la résiliation". Dans ce cadre précis, **il aura le droit à l'indemnisation de son manque à gagner.**

Il est à noter toutefois que dans certains cas d'espèce, le juge administratif a même refusé d'indemniser les titulaires si la décision d'ajournement n'était pas du fait du maître d'ouvrage :

A titre d'illustration, la CAA de Nantes, dans une décision du 30 mars 2018 (Société Eurovia) a jugé que : **" il ne résulte pas de l'instruction que le défaut de conception révélé par ces difficultés aurait pour origine une faute du maître d'ouvrage dans la définition de ses besoins ; que si trois ajournements ont été décidés par le maître d'ouvrage en 2007, lors de la seconde phase des travaux, celui intervenu entre le 20 juillet et le 3 septembre 2007 est dû à des difficultés d'approvisionnement et à l'indisponibilité de certains équipements de la société requérante et les deux autres, liés à l'intervention d'entreprises tierces, ne révèlent pas une faute du maître d'ouvrage dans ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché ; qu'enfin, la prolongation du chantier jusqu'en avril 2008 est également due pour partie à des retards d'exécution de la société Eurovia Bretagne; que dans ces conditions, la requérante, qui au demeurant n'établit pas la réalité des sujétions imprévues et autres " pertes d'industrie " qu'elle dit avoir supportées, n'est pas fondée à soutenir que les retards du chantier seraient dus à une faute du maître de l'ouvrage ; qu'elle n'établit pas davantage que ces retards auraient eu pour effet de bouleverser l'économie de son contrat " .**

2.5. L'indemnisation lors de la reprise du chantier :

En préalable à la reprise du chantier, le maître d'ouvrage doit prendre un ordre de service pour mettre fin à l'ajournement.

En règle générale, la reprise des chantiers se fera dans le respect des prescriptions du Guide de l'OPPBTP relatifs aux préconisations à destination des professionnels de la construction pour les aider à adopter les mesures de prévention adaptées et à respecter les consignes sanitaires dans le contexte d'épidémie du coronavirus Covid-19 (publié le 02/04/2020 – mis à jour le 10/04/2020) . Bien que ce guide ne soit pas normatif, il dispose d'une force contraignante pour les maîtres d'ouvrages.

Si des modifications et adaptations du contrat doivent être prises pour permettre la reprise du chantier, alors la passation d'un avenant sera nécessaire.

Ce sera notamment le cas pour les marchés à prix forfaitaires (cf. point 1.2 supra), pour lesquels, l'article 6.4° de l'ordonnance du 25 mars 2020 impose la poursuite de l'exécution financière du contrat en cas de suspension du marché.

Ainsi, l'idéal serait de passer un avenant avant de reprendre le chantier pour fixer le cadre matériel de la reprise du chantier et ses conséquences financières. Il est possible de prévoir une clause dite de "revoyure ", si les conséquences financières ne peuvent être définies au moment de la rédaction l'avenant.

Ainsi, la reprise du chantier pourra être formalisée en deux temps :

- avenant 1 : précision des conditions matérielles nécessaires à la reprise de chantier
- avenant 2 : prise en compte du surcoût éventuel ou régularisation du trop-perçu (cf. article 6, 4° ordonnance du 25/03/2020)

A défaut de pouvoir passer un avenant en bon et due forme, l'ordre de service reprise pourra renvoyer à la passation future d'un avenant entérinant les conditions de reprises et les conséquences financières. Ce procédé est ce qu'il y a de plus sécurisé juridiquement.

Comme évoqué plus haut, le titulaire devra justifier toute plus-value. Le maître d'ouvrage ne doit pas nécessairement prendre à la charge tous les surcoûts.