

ANNEXE 3 : La suspension du contrat¹

Confrontés aux demandes de suspension des marchés de travaux, le MOA peut être tenté de prendre rapidement une décision de suspension. Cette décision implique cependant de solliciter les solutions juridiques disponibles afin de ne pas s'exposer ultérieurement à certaines difficultés. Le MOA est ainsi susceptible d'encourir le risque de devoir supporter seul les conséquences de la suspension du marché (indemnités d'attentes, frais de location de matériel, notamment), ce à quoi il convient d'être vigilant.

1. En droit, si le titulaire demande la suspension, voire la suppression de ses obligations contractuelles, il lui appartient d'établir l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exécuter l'ensemble des prestations objet du marché.

Tout en rappelant que « *comme le demande le Gouvernement, il est recommandé aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leur co-contractants sont imputables à un cas de force majeure* »², **a direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances** ne manque pas de rappeler les conditions, inchangées, d'application du régime juridique de la force majeure, constituée « au cas par cas dès lors que les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) L'événement était imprévisible. Cette condition est remplie en l'espèce ;
- b) Cet événement est extérieur aux parties. Cette condition est également remplie ;
- c) Le prestataire ou l'acheteur public se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie du marché public (délais, quantités, respect de certaines spécifications des prestations à réaliser...).
Il convient de vérifier si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir ses obligations contractuelles ».

Les mesures gouvernementales de confinement et de distanciation sociales n'imposent pas mécaniquement la suspension des contrats.

En pratique, il importe donc de demander préalablement à l'entreprise titulaire du marché un mémoire, ou même un simple écrit daté sans formalisme particulier autre que la possibilité d'identifier son signataire, dans lequel elle exposera l'impossibilité où elle se trouve :

- de respecter les mesures de distanciation sociales ;
- de faire exécuter le marché par télétravail (impossibilité évidente pour la réalisation des travaux, mais discutable pour les plans d'exécution) ;
- ou encore de s'approvisionner, etc.

Ce n'est qu'au terme de cette démonstration appliquée au contrat en cours d'exécution et à ses spécificités propres, que la force majeure générée par l'épidémie en cours sera juridiquement constituée et que la décision de suspension pourra intervenir régulièrement sur ce fondement.

¹ Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319.

² Fiche DAJ du ministère de l'économie et des finances : La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire

2. Formalisation de la décision de suspension

2.1. Selon les précisions apportées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances³, la suspension du contrat, à l'initiative du MOA, peut intervenir selon deux modalités :

- **un ordre de service du pouvoir adjudicateur⁴**, écrit, daté, numéroté et adressé au titulaire du marché par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen équivalent permettant d'obtenir une date certaine de réception (article 3.8 du CCAG Travaux) ;
- **une décision d'ajournement** dans les conditions de l'article 49.1 du CCAG-Travaux.

2.2. En pratique, la situation ne paraît pas appeler de décision d'ajournement.

L'article 49.1.1 du CCAG Travaux prévoit que « *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 ».

La décision d'ajournement traduit la seule volonté du maître d'ouvrage de suspendre l'exécution des travaux, l'ajournement permettant d'instituer un régime de responsabilité contractuelle sans faute-du maître d'ouvrage vis-à-vis du titulaire du marché.

Le maître d'ouvrage étant responsable de plein droit, la décision d'ajournement ouvre un droit du titulaire à être indemnisé des conséquences de l'interruption des travaux

Une fois la réalité du préjudice et le lien avec l'ajournement démontrés, le titulaire a droit à une indemnisation de tous les préjudices subis⁵, ce qui recouvre l'ensemble des frais, charges et préjudices en lien avec l'ajournement parmi lesquels : les prestations rendues nécessaires par l'arrêt des travaux⁶, les mesures conservatoires⁷, les frais financiers⁸ la perte ou la baisse de recettes d'exploitation⁹, les rémunérations versées pendant l'arrêt, et en cas de difficultés économiques consécutives, les frais consécutifs au licenciement des salariés¹⁰.

La décision d'ajournement ne peut concerner qu'une période à venir¹¹ dès lors qu'elle suppose préalablement l'établissement d'un constat.

3 Précisions apportées au 6° de la fiche question-réponse sur les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique

4 Toutefois, en application de l'article 2 du CCAG-Travaux, « *L'« ordre de service » est la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché ».*

5 Ajournement des travaux : T. Janvier, « La juste indemnisation de l'entrepreneur », Le Moniteur, 26 août 2016.

6 CE, 21 février 2000, OPHLM de la ville de Nice et des Alpes-Maritimes, n° 187257

7 CAA Versailles, 29 décembre 2011, Société CARL et Demathieu et Bard bâtiment Ile-de-France, n° 08VE2420

8 CAA Marseille, 11 janvier 2013, Société Ingenium, n° 10MA02908

9 CAA Paris 16 juin 2015, Région Ile-de-France, n° 13PA00368

10 CAA Lyon, 9 mars 2017, SARL Lansard Entreprises, n° 15LY03168

11 CE, 12 juin 2019, n° 421545

Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, une décision d'ajournement ne paraît pas pertinente car elle présente le risque de reporter toute la responsabilité de l'interruption des travaux sur le maître d'ouvrage.

2.3 Une suspension formalisée par un OS¹² du MOE fondé sur la « rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier¹³», paraît l'hypothèse la plus adaptée à la situation actuelle ne serait-ce que parce qu'elle comporte une référence, au moins partielle, au cas de force majeure et permet ainsi de ne pas faire peser la responsabilité sur le seul maître d'ouvrage.

L'ordre de service devrait ainsi précisément comporter l'indication du motif précis qui empêche la poursuite de l'exécution de tout ou partie des prestations prévues par le marché et « renvoyer aux » ou « annexer les » des documents fournis par l'entreprise pour justifier de son impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat dans les conditions de sécurité sanitaire imposées.

Un constat préalable contradictoire est en principe obligatoire dans les conditions de l'article 12 du CCAG-Travaux.

Si le constat n'est pas possible en l'état, un état des lieux le plus précis possible devra être réalisé et signé de tous les cocontractants.

Dans ce cadre, l'expertise du maître d'œuvre, au titre de sa mission de direction de l'exécution des marchés de travaux et d'ordonnancement, de pilotage et de coordination du chantier (art. R. 2431-1 du code de la commande publique) ainsi que celle du coordinateur SPS (art. R. 4532-11 du code du travail) sont essentielles.

3. La décision de suspension formalisée par OS donnera lieu à l'indemnisation du titulaire dans les conditions de droit commun¹⁴

En particulier, et selon l'article 3.8.2. du CCAG-Travaux, « lorsque le titulaire estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les notifier au maître d'œuvre, dans un délai de quinze jours ».

La demande d'indemnisation devra faire l'objet d'un mémoire en réclamation dans les conditions de l'article 50 du CCAGT-Travaux.

12 Attention, le CCAG-Travaux ne prévoit la délivrance des OS que par le maître d'œuvre, mais les CCAP peuvent disposer différemment. Il y a lieu de se référer aux pièces particulières du contrat.

13 Mention relevée aux termes de l'article 19.2.2 du CCAG-Travaux relatif aux délais d'exécution

14 Voir Annexe 2 Fiche indemnisation