

Les risques et obligations du chef d'entreprise d'un point de vue sanitaire, économique et pénal pendant et après le confinement.

Si les activités de construction peuvent être maintenues, cette reprise dépend des directives des maîtres d'ouvrages publics et privés, dans le contexte actuel du confinement.

A cette occasion, les entreprises de bâtiment sont confrontées à de nouvelles problématiques tant sur le plan sanitaire, économique que sur le plan pénal, lesquelles continueront de se poser après la fin du confinement.

Les entreprises doivent ainsi être préparées au mieux pour anticiper les risques auxquels seront confrontés leurs salariés sur site, et connaître leurs droits face aux maîtres d'ouvrage et entreprise principale en cas d'arrêt, de suspension de chantier ou de reprise.

*
* *

I. LES EQUIPES : LES MESURES SANITAIRES SPECIALES A METTRE EN ŒUVRE POUR PROTEGER LES SALARIES

Un guide a été réalisé pour accompagner les entreprises et les aider à mettre en place des mesures sanitaires spéciales, afin de protéger leurs salariés : le guide établi par l'OPPBTB publié le 2 avril 2020 (*mis à jour le 10 avril 2020 pour tenir compte du nouvel avis de l'Agence nationale de sécurité du médicament du 8 avril sur l'usage des masques alternatifs en tissu*).

1.1. Les mesures de prévention en cas de poursuite de l'activité

L'employeur doit avant tout se tenir informé quotidiennement de l'épidémie et des consignes diffusées par le gouvernement (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>).

Conseil : consulter le CSE (par visioconférence) pour l'associer aux prises de décisions en matière de santé et de sécurité.

Celui-ci joue un rôle important dans le cadre de l'épidémie, et devra être nécessairement consulté pour :

- Toute modification importante de l'organisation et la durée du travail ;
- Le recours à l'activité partielle ;
- Les dérogations aux règles relatives à la durée du travail et des repos.

L'employeur doit **mettre à jour** tout au long de l'opération :

- Le DUERP (*document unique d'évaluation des risques*) (art. R.4121-2 du Code du travail) (avec l'aide du CSE, de l'OPPBTB), pour prendre en compte les risques liés à l'épidémie et décrire les mesures de prévention prises par l'entreprise.

But : identifier les situations de travail dans lesquelles les conditions de transmission du virus sont réunies ;

- Le PPSPS / PGC SPS : notamment du fait de la coactivité (mise à jour par le coordonnateur SPS) : son respect s'impose aux entreprises.
- Le PCA (Plan de continuité de l'Activité) : non obligatoire au sein des entreprises privées, sauf clause contractuelle dans les marchés publics.

Il doit **communiquer à ses salariés, les consignes de lavage de mains** et de port du masque.

Si un salarié présente des symptômes, l'employeur doit le retirer immédiatement de son poste de travail et lui demander de contacter, sans délai, son médecin traitant.

Le médecin du travail peut prescrire et renouveler un arrêt de travail en cas d'infection ou de suspicion d'infection au Covid-19.

Si un salarié est contaminé : il convient de procéder au nettoyage des locaux et protéger les personnes responsables de ce nettoyage et interroger les salariés qui ont pu entrer en contact avec la personne contaminée.

1.2. La provision des masques

À ce jour, la provision des masques auprès des salariés n'a pas été rendue obligatoire.

Le guide de l'OPPBTP recommande le port d'un masque de type à usage non sanitaire de catégorie 1, de type chirurgical ou de protection supérieure lors d'une intervention chez une personne présentant un risque de santé.

Si la personne est malade, elle doit porter un masque chirurgical de type II a minima.

Si la distanciation sociale n'est pas possible, il convient de faire porter des lunettes et des masques.

S'agissant de **l'approvisionnement des masques** chirurgicaux et masques de protection respiratoire : l'employeur peut se fournir auprès de producteurs étrangers sans que ces masques soient réquisitionnés dans la limite d'un seuil de 5 millions d'unités par trimestre et par personne morale.

Le MEDEF a publié une liste non exhaustive de fournisseurs susceptibles de répondre à cette demande (ces derniers peuvent toutefois eux-mêmes rencontrer des difficultés d'approvisionnement).

Avant leur utilisation, les masques devront avoir été vérifiés visuellement (apparence / solidité des élastiques et de la barrette nasale de maintien du masque).

1.3. Les déplacements des salariés

Préconisations sanitaires à prendre afin d'éviter la promiscuité :

- Répartir les salariés dans différents véhicules ;
- Proposer au salarié d'aller sur le chantier avec son véhicule personnel.

Si ces mesures ne sont pas possibles à mettre en place : il est conseillé de recourir à l'activité partielle.

1.4. L'activité partielle (appelée « chômage partiel »)

Au préalable, l'employeur doit consulter son CSE s'il envisage de recourir à l'activité partielle et informer par écrit les salariés, ou en cas d'urgence, dans les 2 mois suivant le placement des salariés en activité partielle.

Rappel : le nombre d'heures prévisionnelles de chômage partiel pour chaque salarié est de 1000 heures par an et par salarié.

L'employeur peut placer ses salariés en activité partielle, lorsqu'il est contraint de réduire ou suspendre temporairement son activité dans les cas suivants :

- Impossibilité de mettre en place les mesures de prévention (télétravail, gestes barrières, mesures de protection) pour l'ensemble des salariés ;
- Absence massive des salariés indispensables à l'activité de l'entreprise (du fait de la suspension des transports en commun notamment, de contamination ou de quarantaine de certains salariés) ;
- Interruption temporaire des activités non essentielles (limitation des déplacements) ;
- Baisse d'activité liée à l'épidémie (annulation des commandes notamment).

Cette activité partielle se traduit par :

- Une réduction de la durée hebdomadaire du temps de travail ;
- Une fermeture temporaire de tout ou partie de l'entreprise (inactivité totale des salariés).

Les salariés peuvent être placés alternativement en activité partielle pour la mise en place d'un système de roulement pour assurer la continuité du service ou de la production.

Les dirigeants de sociétés ne pourront, en principe, prétendre à l'assurance chômage ni au chômage partiel du fait de leur statut de mandataire social, à moins qu'ils ne cumulent leur fonction de dirigeant avec un poste technique de salarié pour lequel ils ont un contrat de travail dissocié.

La demande d'indemnisation doit être faite par internet dans les **30 jours**.

La réponse de la DIRECCTE se fait **sous 48 h** (silence vaut acceptation).

L'employeur doit renseigner mensuellement les relevés de temps pour chaque salarié concerné afin d'obtenir le remboursement par l'ASP (Agence de Service de Paiement de l'État).

Attention : Le salarié peut occuper un autre emploi pendant les heures chômées, en informant son employeur au préalable, afin de respecter les principes de loyauté et de non-concurrence.

En période d'activité partielle, même si le contrat de travail est suspendu, le salarié peut intervenir en urgence à condition que les mesures sanitaires soient mises en œuvre.

Cependant, aucune sanction ne peut être prise contre le salarié qui refuse d'intervenir.

1.5. Les mesures de gestion du personnel

➤ **Les mesures d'ordre social (non exhaustives)**

→ En matière de congés payés et RTT

L'employeur peut imposer ou modifier les dates de prise d'une partie des congés payés dans la limite de 6 jours ouvrables ; imposer ou modifier les dates des jours de RTT ou jours de repos des salariés.

→ En matière de durée du travail

Le secteur du bâtiment sera probablement concerné par la mise en place de mesures dérogatoires aux règles d'ordre public et aux contrats de travail (**en attente de MISE A JOUR**).

→ En matière de titres de travail

Les titres de séjour, les autorisations provisoires de séjour et les récépissés de demandes de titres de séjour qui ont expiré entre le 16 mars 2020 et le 15 mai 2020 sont prolongés **de 90 jours**.

➤ **L'exercice du droit de retrait du salarié (pendant / après le confinement)**

Tout d'abord, pendant la période de chômage partiel, le salarié ne peut exercer son droit de retrait, puisque le contrat de travail est suspendu.

Ensuite, l'existence d'une pandémie grippale ne suffit pas, en soi, à justifier l'exercice du droit de retrait, dès lors que l'entreprise a mis en œuvre l'ensemble des mesures prévues par le Code du travail et par les recommandations gouvernementales, pour assurer la protection de la santé des travailleurs.

S'il s'avère que le salarié n'a pas de motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente pour lui un danger grave et imminent, il commet un abus de droit. L'exercice de ce droit serait légitime notamment en cas de contamination de plusieurs collègues sur le site où le salarié retrayant travaille chaque jour.

Dans tous les cas, l'employeur doit maintenir le salaire du salarié pendant la durée de l'exercice de son droit de retrait.

Ce n'est que si le juge constate un abus de droit par le salarié (et donc en réponse à un contentieux), que l'employeur pourra effectuer une retenue sur salaire.

L'employeur a également la possibilité de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié pouvant aller jusqu'au licenciement.

*
* *

II. L'IMPACT SUR LES CONTRATS EN COURS

2.1. En cas de suspension, d'arrêt des chantiers (en matière de marché public / privé)

➤ **Un ajournement officiel est impératif**

En cas d'arrêt de chantier, la solution la plus protectrice des entreprises est l'ajournement, car il permet de négocier une indemnisation de l'entreprise et le transfert de garde.

Le maître d'ouvrage peut prendre la décision d'ajourner les marchés au titre de son obligation générale de sécurité du chantier.

Chaque marché doit donner lieu à une décision motivée de la part du maître d'ouvrage, en fonction des circonstances de chaque chantier, de chaque contrat et de chaque entrepreneur qui intervient sur le chantier.

Il est nécessaire que le maître d'ouvrage ajourne officiellement le chantier, donc par écrit.

Dans ce cas, il négocie avec les entreprises un avenant compte tenu de la modification des conditions d'exécution du contrat en matière d'hygiène, de santé et de sécurité.

➤ **Les actions de l'entreprise dès notification de cet ajournement :**

Une fois qu'elle a reçu la notification officielle de l'ajournement, l'entreprise doit :

- Protéger les ouvrages ;
- Demander la réalisation d'un **constat contradictoire** portant sur les ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés et les matériaux approvisionnés :

Le maître d'œuvre fixe la date du constat / à défaut de réaction du maître d'œuvre, du MOA, l'entreprise fait établir un constat d'huissier après avoir sollicité la présence du maître d'ouvrage, et envoi d'une copie du constat au maître d'ouvrage.

→ Attention : si l'entreprise convoquée n'est pas présente, elle est réputée avoir accepté le constat sans réserve. L'entreprise doit renvoyer le constat avec ses réserves / refus de signature dans les 15 jours s'il lui est envoyé par OS.

- Demander le transfert de garde (formaliser le transfert) ;
- Ne pas hésiter à demander la réception ;
- Facturer les travaux réalisés ;

Dans tous les cas d'arrêt de chantier (ajournement à l'initiative du maître d'ouvrage, interruption par l'entreprise ou arrêt pour force majeure), les entreprises doivent absolument réaliser des constats contradictoires.

- Demander l'indemnisation de l'ajournement (prévoir le coût / semaine de l'immobilisation de matériels/ de personnes, perturbations du plan de charge, l'achat des matières, les frais financiers, les frais de garde du chantier) (rien n'est prévu pour les marchés privés dans la norme NFP03001) ;

Les conséquences financières pour les entreprises et les demandes d'indemnisation qu'elles formuleront dans ces circonstances donneront lieu à une jurisprudence abondante.

Marché privé : Si l'ajournement dure plus de 6 mois, l'entreprise / sous-traitant peut décider de résilier le marché dans un délai de 15 jours suivant la décision.

Marché public : si l'ajournement décidé par le maître d'ouvrage dure + de 12 mois, l'entreprise peut résilier le contrat dans un délai de 15 jours (l'entreprise sera indemnisée notamment de la perte de bénéfice).

➤ **Le transfert de la garde des ouvrages**

Avant réception des travaux, les constructeurs ont la garde de leurs ouvrages (sauf en cas de transfert de garde) que ce soit en marché public / privé.

C'est aux constructeurs de prendre en charge les réparations en cas de dommages.

Il faut donc assurer ce risque.

2 solutions d'assurance :

- L'entreprise va souscrire une garantie dommages en cours de chantier ;
- Le maître d'ouvrage souscrit une assurance TRC (+ large que les couvertures des entreprises).
- Les garanties en cas de vol ou vandalisme sont très limitées.

L'entreprise va devoir contacter son assureur pour déclarer une prolongation de l'arrêt de chantier, et obtenir le maintien des garanties, et connaître les conditions pour protéger les ouvrages.

2.2. En cas de poursuite du chantier

2.2.1. Sur les marchés de travaux privés

Lorsque le chantier continue, les conséquences sont les suivantes pour les titulaires du marché :

- La responsabilité de la garde des ouvrages ;
- Les pénalités de retard ;
- La prolongation du délai.
- L'indemnisation pour les difficultés liées à l'exécution du chantier ;

- **Les sanctions contractuelles : pénalités de retard, application de la clause résolutoire**

L'Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 avait suspendu les sanctions contractuelles pendant la crise sanitaire. Elle évoquait la « **période juridiquement protégée** » : c'est la période qui se situe entre le 12 mars 2020 et la fin de la crise sanitaire + 1 mois.

L'ordonnance 2020-427 du 15 avril 2020 a spécifié la date exacte de la fin de l'urgence sanitaire : 24 mai à minuit) et par voie de conséquence la date de fin de la période juridiquement protégée (urgence sanitaire + 1 mois) est le 24 juin à minuit.

Cela se traduit par :

- Un gel des pénalités de retard ;
- Un gel de la clause résolutoire, des astreintes et déchéances.

Concernant les astreintes et pénalités de retard appliquées en cas de retard constaté avant le 12 mars 2020 : leur cours est suspendu jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'1 mois.

Elles reprendront effet le lendemain.

L'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020 a apporté des modifications s'agissant du mécanisme de suspension lorsque le délai d'exécution expire après la période juridiquement protégée (circulaire de présentation avec tableaux explicatifs).

Si la réception d'un ouvrage (d'une maison par exemple) est prévue après la fin du confinement, il est désormais prévu un report de l'application des astreintes, clauses pénales et clauses résolutoires indépendamment de la date d'expiration du délai.

Ce délai correspond au temps écoulé entre le début de la période d'urgence sanitaire (ou de la date de naissance de l'obligation, si elle est postérieure à cet événement), et le terme prévu de l'obligation.

La durée du report sera donc variable selon la date à laquelle l'obligation devait être exécutée¹.

¹ Exemple (suivant que la clause produit ses effets avant / après le 12 mars 2020)

Problème : l'entreprise doit toujours s'exécuter pour la date convenue, seule la sanction contractuellement prévue est reportée.

L'entreprise n'est donc pas à l'abri de toute sanction, car le créancier (client) pourra toujours invoquer les dispositions de droit commun et solliciter une indemnisation si le retard lui a causé un quelconque préjudice.

L'entreprise ne pourra s'exonérer que si elle prouve que son retard relève de la force majeure ou d'une cause valable de prorogation des délais.

Or, d'autres difficultés ne manqueront pas de se poser : l'entreprise peut ne plus disposer de moyens humains ou matériels suffisants pour reprendre le chantier plusieurs mois après la fin des délais initiaux.

Si le maître d'ouvrage refuse d'ajourner de lui-même le chantier, d'autres solutions peuvent être tentées :

- La force majeure (qui est pour l'instant reconnue uniquement pour les marchés de l'État selon le Ministère de l'Économie) : l'événement doit être **imprévisible** et **irrésistible**.

La force majeure n'est pas automatique. La charge de la preuve pèse sur celui qui l'invoque.

Jurisprudence récente rendue hors secteur du BTP : un arrêt de la CA COLMAR du 12 mars et un arrêt de la CA BORDEAUX du 19 mars reconnaissent que le covid-19 caractérise un cas de force majeure.

Si elle considère que l'événement est un cas de force majeure, l'entreprise doit demander la prolongation du délai par LRAR, et rappeler au maître d'ouvrage la dispense des pénalités.

Il sera probablement délicat pour l'entreprise d'invoquer la force majeure en cas d'arrêt de chantier, dès lors qu'elle a pu reprendre le chantier après la mise en place des mesures préconisées par le guide de l'OPPBTP.

En effet, la contamination peut être considérée comme « évitable », car il est désormais possible de concilier le maintien de l'activité et la sécurité des salariés sur le chantier moyennant une organisation conforme aux préconisations du guide de l'OPPBTP.

Si l'obligation est née avant le 12 mars et qu'elle devait être exécutée au plus tard le 22 mars, l'application de la clause pénale sera reportée au 4 juillet (période juridiquement protégée soit le 24 juin 2020 + 10 jours), et non au 24 juin comme prévu initialement.

Si l'obligation est née le 18 mars et qu'elle doit être exécutée avant le 30 juin (donc après la fin de la période juridique protégée), l'application de la clause pénale est reportée de 98 jours (soit la durée entre le 18 mars et le 24 juin 2020, fin de la période juridiquement protégée).

Autre problème : la notion de force majeure n'apparaît pas dans les ordonnances qui ont été publiées, elles n'évoquent qu'une suspension des délais.

➤ L'imprévision (article 1195 du Code civil ou l'article 9.1.2 de la Norme NFP03001) : plusieurs conditions doivent être réunies :

- Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat,
- Un changement de circonstances devant rendre l'exécution excessivement onéreuse et l'entreprise n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion.

→ Il est donc nécessaire de vérifier que le contrat peut appliquer ou exclure l'application de l'article 1195 du Code civil.

Les entreprises qui prendront d'elles-mêmes la décision d'arrêter les chantiers (sans décision officielle du maître d'ouvrage) courent de nombreux risques : absence d'indemnisation, responsabilité de la garde, pénalités de retard, abandon de chantier, etc.

Les entreprises doivent donc se constituer un dossier solide en conservant :

- Tous courriels, mails, messages des maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre, du coordonnateur SPS, de tout autre intervenant, relatifs à l'arrêt de chantier ;
- Tous documents commerciaux des fournisseurs, fabricants et partenaires de l'entreprise et relatifs à l'arrêt de leur activité ;
- Tous documents éventuels émanant des organismes traitant de la santé travail ;
- Tous documents d'administration (préfecture par exemple) interdisant aux entreprises d'exercer leur activité.

Si le maître d'ouvrage résilie le marché, il doit mettre en demeure préalablement l'entreprise de s'exécuter dans un délai précis.

L'entreprise devra contester par écrit tout de suite la mise en demeure.

➤ **L'indemnisation pour les difficultés liées à l'exécution du chantier**

On recommande aux entreprises de réclamer des ordres de service du maître d'ouvrage en bonne et due forme afin d'obtenir une indemnisation.

L'entreprise pourra demander l'indemnisation des coûts supplémentaires (par avenant) dus aux circonstances du coronavirus lorsque l'exécution a engendré des coûts supplémentaires à ceux prévus initialement :

- Si le marché public ou privé a été exécuté dans les circonstances du coronavirus ;
- Si le marché public ou privé a été sous-traité dans les circonstances du coronavirus² ;
- Si le marché public ou privé a été poursuivi et qu'il a coûté plus cher que prévu pour l'entreprise (déclenchement de la théorie de l'imprévision) ;

2.2.2. Sur les marchés publics (maîtres d'ouvrages concernés : l'État, collectivités, régions, EPIC, EPCI)

Les risques pesant sur le titulaire du marché qui est confronté à plusieurs problèmes l'empêchant d'exécuter ses prestations sont les suivants :

- Pénalités de retard ;
- Résiliation pour faute ;
- Pertes financières.

Les risques pesant sur le maître d'ouvrage sont les suivants :

- Retards susceptibles d'avoir des conséquences sur d'autres contrats (chantier en cours) ;
- L'augmentation du coût des contrats.

➤ Les sanctions contractuelles

L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 a adapté certaines règles de passation et d'exécution des marchés publics de travaux en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée de 2 mois.

Cela se traduit par une absence de sanction, pénalités, de responsabilité contractuelle si l'exécution du marché est rendue impossible ou fait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive.

Les pénalités ne sont pas applicables lorsque les retards sont liés au coronavirus (ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020).

Le ministre de l'Économie et des Finances a déclaré que pour les marchés publics de l'État, passés par la Région, le virus sera considéré comme un « cas de force majeure ».

Cependant, certains acheteurs publics peuvent avoir une analyse juridique différente (justifiée ou non).

Même pour les marchés de l'État, les entreprises devront constituer un solide dossier pour pouvoir faire jouer la force majeure.

² Attention à la limite de sous-traitance acceptée par le contrat d'assurance du donneur d'ordres.

Rappel : il y a force majeure si les 3 conditions suivantes sont réunies :

- L'événement (ici le covid-19) doit être extérieur aux parties : ici, la condition est remplie ;
- Ses conséquences doivent être imprévisibles au moment de la signature du contrat : ici, cela semble être le cas.

La question pourra se poser pour des contrats conclus récemment, alors que son existence était déjà connue.

- L'événement doit être irrésistible : c'est-à-dire qu'il rend l'exécution des obligations contractuelles impossible, provisoirement ou définitivement.

Cette condition pose en général le plus de difficultés et entraîne des contestations.

En effet, il faut que l'entreprise démontre qu'elle n'a pas d'autre moyen pour exécuter ses prestations (exemple : adaptation des conditions de travail, autre canal pour se fournir, etc.), et que le fait de ne pas pouvoir exécuter le contrat est bien lié au virus. Rien ne permet d'affirmer de manière générale que tout chantier ne peut pas s'exécuter.

Ce critère sera donc apprécié au cas par cas.

- **Les options possibles en cas de force majeure :**

Si l'entreprise ne peut pas ou ne peut plus exécuter son contrat, l'acheteur public peut prendre 2 décisions :

- Soit suspendre l'exécution des prestations : dans ce cas, il ne doit pas appliquer de pénalités ;
- Soit résilier le contrat pour force majeure : l'entreprise n'a pas la possibilité de résilier elle-même le contrat pour ce motif (sauf si le contrat l'autorise). Mais, elle peut demander à l'acheteur public de le faire et solliciter une indemnisation en cas de refus ;

Attention, le maître d'ouvrage ne peut pas résilier pour « *incapacité physique durable de l'entreprise* », dès lors que :

- L'incapacité n'est pas physique et n'est pas durable ;
- Elle n'est pas imputable à l'entreprise, car elle relève de la force majeure) ;
- L'organisation générale et la sécurité du chantier n'est pas de la responsabilité de l'entreprise, mais celle du maître d'ouvrage ;
- L'incapacité est imputable au maître d'ouvrage, à l'OPC, au CSPS qui n'ont pris aucune mesure.
- Soit invoquer la théorie de l'imprévision : l'entreprise doit poursuivre l'exécution du marché, mais elle sera indemnisée en contrepartie :

- L'événement doit être imprévisible et extérieur aux parties : les sujétions imposées par le coronavirus étant imprévisibles, elles ne semblent pas être comprises dans le prix. Donc elles semblent pouvoir être indemnisées pour les entreprises.
- L'événement doit provoquer un bouleversement dans l'économie du contrat.

L'entreprise dispose alors des moyens suivants :

1°) Dans un premier temps :

Que prévoit le contrat en cas de force majeure ? Elle doit informer son cocontractant en suivant la procédure prévue au contrat (CCAG applicable en marchés publics).

→ Pour les marchés publics de travaux :

Les règles à respecter sont prévues aux articles 18.3 et 19.2.2 du CCAG Travaux de 2009. Elles concernent les hypothèses d'ajournement de travaux décidé par le maître d'ouvrage, de retard dans l'exécution ou d'impossibilité de commencer ou poursuivre les travaux en raison de circonstances imprévues.

Procédure à suivre : informer le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par écrit.

Le maître d'œuvre doit ensuite envisager la durée de la prolongation ou le report et demander son avis à l'entreprise. Il présente ensuite sa proposition au maître d'ouvrage qui prend la décision et la notifie à l'entreprise.

→ Pour les marchés de FCS (fournitures courantes et services) et PI (prestations intellectuelles), la procédure à suivre est prévue aux articles 13.3 des CCAG FCS et PI.

L'entreprise devra informer le maître d'ouvrage dans les 15 jours de l'événement.

Dans tous les cas, l'entreprise doit constituer des preuves afin de démontrer qu'elle ne peut plus exécuter les prestations et que le Covid-19 en est bien responsable (ex : arrêt de travail des salariés, fournisseurs défaillants, etc.).

Elle devra demander des attestations, conserver tous les éléments nécessaires pour se justifier.

2°) Dans un second temps :

L'entreprise devra établir des constats contradictoires et un inventaire avec son cocontractant public.

Si l'entreprise souhaite résilier le contrat et qu'elle l'a demandé sans succès au maître d'ouvrage public, elle pourra être indemnisée.

Cette indemnisation ne porte que sur les pertes subies, ou dommages provoqués sur le chantier aux ouvrages, à condition de démontrer qu'elles sont directement liées au covid-19.

L'entreprise devra démontrer qu'elle a pris toutes les précautions pour que ses approvisionnements, matériel, installations de chantier et ouvrages en construction ne soient pas endommagés.

Elle ne pourra pas obtenir d'indemnité pour la perte du bénéfice.

L'entreprise devra reprendre l'exécution du contrat dès que la situation le permettra et adapter cette reprise en concertation avec l'acheteur public.

En revanche, en cas de résiliation prononcée par le maître d'ouvrage en raison des mesures d'urgence sanitaire, l'entreprise pourra obtenir l'indemnisation des dépenses déjà engagées.

Elle pourra obtenir le règlement du marché sans délai en cas de suspension du marché.

➤ **Prolongation des délais**

L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 a adapté certaines règles de passation et d'exécution des marchés publics de travaux en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée de 2 mois.

Pour l'exécution des marchés publics, cela se traduit par :

- Prolongation de la durée des contrats par avenant pour ceux arrivant à terme durant la période allant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée de 2 mois.
- Prolongation du délai du marché sur demande de l'entreprise avant le terme du contrat si le respect des délais est impossible ou fait peser sur elle une charge manifestement excessive. Prolongation minimum de 2 mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.

2.3. Les conséquences sur les contrats avec les fournisseurs, loueurs de matériaux et les sous-traitants

- **Pour les fournisseurs** : les difficultés d'approvisionnement

Le fournisseur qui ne livre pas les produits commandés dans les délais impartis pourra invoquer la force majeure pour s'exonérer de toute responsabilité, à condition que cet empêchement soit causé directement par l'épidémie.

Solution : suspension du contrat jusqu'à la fin de l'épidémie et renégociation possible du contrat avec un report des livraisons et paiements formalisé par un avenant.

En cas de difficulté, les entreprises peuvent saisir le médiateur des entreprises par internet pour faciliter la négociation, ou saisir le médiateur des entreprises via le MEDEF.

- **Pour les loueurs de matériels**

Il est conseillé à l'entreprise de demander une renégociation du contrat en attendant la fin de l'état d'urgence sanitaire en invoquant la force majeure.

- **Pour les sous-traitants**

Lorsque la décision d'ajournement est prise, l'entreprise principale doit également régulariser un avenant avec son sous-traitant.

Si la décision d'ajournement du contrat de sous-traitance n'est pas officielle, le sous-traitant restera responsable du retard du chantier, ne pourra obtenir une indemnisation pour l'arrêt du chantier et ne pourra pas obtenir de prolongation du délai.

Lorsque le chantier continue, le sous-traitant doit faire face aux conséquences suivantes :

- La responsabilité de la garde des ouvrages : le transfert de la garde doit être demandé à l'entreprise principale ;
- Les retards de chantier ;
- L'indemnisation pour les difficultés liées à l'exécution du chantier ;
- La prolongation du délai.

Si le chantier est ajouré officiellement pour force majeure, le sous-traitant demeure responsable vis-à-vis de l'entreprise principale de la garde des ouvrages (en l'absence de transfert).

Si l'entreprise principale veut appliquer des pénalités de retard au sous-traitant, ce dernier devra démontrer que le retard de chantier ne lui est pas imputable, mais qu'il est dû :

- Au coronavirus et aux risques sanitaires importants ;
- Aux sujétions imposées par le gouvernement, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie.

2.4. Les conséquences sur les contrats d'assurance

- Principe : les contrats d'assurance restent en vigueur et le sort des cotisations d'assurance

Actuellement, le coronavirus n'est pas un sinistre couvert par les assurances de la filière. Les cotisations restent donc dues pour les contrats d'assurance en cours (locaux, automobiles, ouvrages, etc.) malgré l'épidémie.

Il est donc recommandé aux entreprises de solliciter une suspension temporaire des prélèvements, et un rééchelonnement des cotisations auprès de leurs assureurs.

Seules les entreprises ayant souscrit un contrat d'assurance annulation pourront trouver une solution si des événements sont annulés, en raison des mesures gouvernementales interdisant le regroupement de personnes.

- Le sort des garanties dommages avant réception - TRC

S'agissant de la SMABTP : celle-ci a décidé d'étendre automatiquement la garantie de ses contrats « Tous Risques Chantiers » (TRC) pendant la période d'arrêt de chantier dû au confinement, jusqu'à 60 jours (30 jours en temps normal) pour ses assurés (maîtres d'ouvrage comme les entreprises intervenant sur le chantier), sans surprime et sans déclaration préalable.

Les garanties souscrites par les entreprises sont également maintenues pendant les arrêts de chantier dus au confinement.

- L'assurance des véhicules personnels utilisés par les salariés pour les besoins du service

Lorsque l'employeur demande au salarié d'utiliser son véhicule personnel, le salarié doit déclarer auprès de son assurance l'usage à titre professionnel de son véhicule personnel.

L'employeur aura intérêt à souscrire un contrat « mission » pour couvrir les conséquences d'un éventuel sinistre impliquant un salarié utilisant son véhicule personnel pour les besoins du service.

- Les pertes d'exploitation

À ce jour, les conséquences du coronavirus ne sont pas couvertes au titre des pertes d'exploitation.

*
* *

III. L'IMPACT DE LA REPRISE DU CHANTIER APRÈS UN AJOURNEMENT

Dès le début du confinement, le gouvernement a demandé que le BTP poursuive son activité. Source de tension entre le gouvernement et les fédérations professionnelles du BTP.

La CAPEB et le FNTP ont d'ailleurs appelé à la fermeture des chantiers.

Ils sont finalement parvenus à une position commune pour assurer la continuité de l'activité : poursuite sous réserve du respect des mesures sanitaires préconisées dans l'OPPBTP.

Ce guide pose de nombreuses questions, notamment sur le rôle de chaque intervenant. Cependant, ce guide n'a aucune force contraignante.

→ **Le maître d'œuvre** joue un rôle prépondérant auprès du maître d'ouvrage, sur le fait que le chantier doive ou non redémarrer et le conseiller par rapport aux frais supplémentaires à prendre en charge liés aux mesures sanitaires à mettre en place sur le chantier.

Il a donc une responsabilité potentielle en cas d'infection d'un salarié au covid-19.

Il est recommandé d'échanger par écrit sur les mesures prises en amont, avant le redémarrage du chantier, afin de déterminer les responsabilités respectives des intervenants.

Le guide de l'OPPBTP représente une base référentielle importante qui permettra de déterminer que toutes les démarches ont été effectuées pour vérifier la faisabilité d'une reprise.

Avant la reprise des chantiers :

→ Si le chantier reprend après un ajournement officiel du Maître d'ouvrage, l'entreprise / le sous-traitant doit négocier les conditions de reprises dans les 15 jours suivant la réception de l'OS :

- Demander la réalisation d'un contrat contradictoire de reprise ;
- Demande le paiement des frais générés par l'ajournement ;
- Contester l'ordre de service de reprise s'il nécessite une prolongation du délai, et donc un recalage des travaux, envoyer les disponibilités de l'entreprise et le chiffrage de l'incidence ;

→ Si le chantier reprend sans ajournement officiel, l'entreprise/sous-traitant qui reçoit une mise en demeure doit demander une prolongation de délai, l'indemnisation sur le fondement de l'imprévision.

→ Dans tous les cas, le maître d'ouvrage doit dresser une liste des conditions sanitaires.

Il va devoir analyser la capacité de toute la chaîne de production de reprendre l'activité (maître d'œuvre, coordonnateur SPS, bureaux de contrôles, sous-traitants, fournisseurs, transporteurs, etc.) ; les conditions d'intervention extérieures ou intérieures ; le nombre de personnes sur le chantier ; la coactivité.

Pour cela, il va être conseillé par le maître d'œuvre et s'adjoindre des services du CSPS notamment.

Lorsqu'un projet de reprise est mis en place, le Coordonnateur SPS devra reprendre le PGC SPS (plan général de coordination) afin d'éviter la coactivité, les croisements des salariés, etc.

Pendant les travaux :

Le guide de l'OPPBTP prévoit le respect de nombreuses mesures énoncées précisément (*lavage des mains, respect de la distanciation sociale, port du masque, lunettes, lingettes pour le nettoyage des toilettes, des engins de chantier, etc.*).

Ces mesures seront contrôlées et coordonnées par :

- Un référent Covid-19 qui doit être désigné par chaque entreprise ;
- Un référent Covid-19 nommé par le maître d'ouvrage qui sera chargé de coordonner les mesures à mettre en œuvre ;

NB : Le CSPS ne peut pas être référent Covid-19 pour éviter tout conflit d'intérêts.

- **Quels sont les débiteurs des obligations préconisées par le guide ?**

Faiblesses du guide : il a été élaboré par les experts de l'OPPBTP qui sont les représentants des entreprises, alors que les chantiers de construction font intervenir d'autres acteurs (maître d'œuvre, CSPS, bureau de contrôle, etc.).

Ce guide n'est donc pas juridiquement opposable aux autres acteurs du chantier.

En outre, ce guide ne prévoit aucune recommandation personnelle (ne s'adresse à personne en particulier).

Qui doit mettre en œuvre les gestes et mesures barrières ?

Qui doit acheter les gels hydroalcooliques ?

Etc.

Pour l'heure, les débiteurs de l'obligation ne sont pas connus.

➤ **Quid de la prise en charge définitive du surcoût lié au covid-19 ?**

Les préconisations du guide de l'OPPBTP pour la réouverture des chantiers présentent des coûts supplémentaires en termes de dispositions sanitaires non prévues dans les offres des entreprises (liste non exhaustive) :

- Les équipements de protection individuelle (gants, masques, lunettes de protection, etc.)
- Les mesures de désinfection (base vie, poste de travail, parties communes, etc.) ;
- Prolongement des délais dû à la réduction des effectifs et à la non-coactivité pour le respect des mesures et gestes barrières (surcoût d'encadrement des chantiers) ;
- Prolongement des locations liées à la période de confinement et à l'allongement des délais ;
- La modification du PGCSPS et PPSPS et surcoût de la garde du chantier.

Ces imperfections annoncent des contentieux entre les intervenants notamment sur la prise en charge définitive des conséquences financières du Covid-19.

Par ailleurs, ce guide n'évoque pas l'après-chantier, c'est-à-dire les travaux après réception, notamment, les travaux nés de la garantie de parfait achèvement par exemple.

À cet égard, il est conseillé au maître d'ouvrage de demander l'extension de mission du coordonnateur SPS.

S'il n'y a pas de maître d'œuvre ni de CSPS sur le chantier, l'entreprise peut se trouver face à un maître d'ouvrage réticent à poursuivre le chantier (notamment sur les chantiers commandés par des maîtres d'ouvrage particuliers).

Il est donc urgent de trouver un protocole commun entre les différents intervenants pour éviter les recours ultérieurs.

IV. LES SANCTIONS : Les risques encourus en cas de non-respect des mesures de prévention au travail

Rappel : Depuis les arrêts « amiante » du 28 février 2002, l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité dite « de résultat », c'est-à-dire qu'il peut engager sa responsabilité en cas de contamination de l'un ou plusieurs de ses salariés dans le cadre de l'activité professionnelle.

L'employeur manque alors à cette obligation et se rend coupable d'une faute inexcusable dès lors qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger ses salariés. C'est au salarié d'en apporter la preuve (Cour de cassation, 8 juillet 2004).

→ La personne pénalement responsable :

Selon une jurisprudence constante, le responsable est le chef d'entreprise, auquel il appartient :

- de veiller personnellement à l'application des règles concernant la protection et la sécurité des travailleurs ;
- de prendre toutes dispositions utiles pour ces règles soient respectées, notamment en donnant des consignes de sécurité précises, en fournissant les équipements de sécurité, et en faisant le nécessaire pour qu'ils soient effectivement utilisés.

➤

→ Le risque de la responsabilité pénale de l'employeur pour « faute inexcusable »

Attention, l'employeur ne peut pas faire signer à ses salariés de document par lequel le salarié atteste exercer son activité sur site et renonce à tous recours à l'encontre de son employeur.

Cette pratique est illégale et n'exonère pas les employeurs de leur responsabilité si ces derniers ne prennent pas les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de leurs salariés.

En effet, le salarié peut se retourner contre son employeur pour faute inexcusable et obtenir une réparation intégrale des dommages subis.

Il peut porter plainte pour mise en danger délibérée de la vie d'autrui par le non-respect des mesures de santé et de sécurité des travailleurs.

1^{ère} condamnation en référé d'un l'employeur pour manquement à son obligation de sécurité et de prévention de la santé de ses salariés face au covid-19 : l'affaire Amazon France Logistique (TJ NANTERRE, référé, 14 avril 2020). Appel interjeté par Amazon → réponse de la CA de Versailles le 24/04/2020)

De manière générale, l'entreprise doit assurer la sécurité de ses salariés, y compris lorsqu'ils sont en télétravail (article L.230-2 du Code du travail).

En effet, l'employeur doit vérifier que le salarié est dans un appartement qui répond aux conditions de sécurité (par exemple en matière d'installation électrique), et de salubrité.

Il doit s'assurer que son salarié a un bureau, assez d'écrans.

Si l'employeur applique les préconisations figurant dans le guide de l'OPPBTP, et met à jour ses documents d'évaluation des risques, la faute sera plus difficile à démontrer.

Le salarié devra également démontrer le lien de causalité entre son travail et l'exposition à la maladie, c'est-à-dire prouver qu'il a contracté le virus au sein de l'entreprise, ce qui ne sera pas aisé et prouver qu'il en garde des séquelles.

Cette preuve sera cependant facilitée si un grand nombre de cas est détecté sur un même chantier.

En général, les contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile entreprise comprennent une garantie faute inexcusable avec un plafond de garantie propre.

La garantie faute inexcusable porte sur les conséquences financières civiles de la faute inexcusable et sur les frais de défense.

À ce jour, le covid-19 n'est pas inscrit au tableau des maladies professionnelles. De sorte qu'il n'est pas certain que les décisions rendues en matière de maladies professionnelles soient applicables au Covid-19.

→ **La responsabilité civile de l'employeur**

L'entreprise est civilement responsable, selon les règles de droit commun, des accidents professionnels qu'elle a causés à des tiers.

Le salarié peut donc être couvert au titre des accidents du travail en cas de contamination.

*
* *

BASE DOCUMENTAIRE SCP VAILLANT & ASSOCIÉS

AVERTISSEMENT

Il est rappelé que les documents mis à disposition sur cette plateforme ne dispensent aucunement les utilisateurs de la consultation d'un professionnel du droit.

Les modèles ne doivent pas être considérés pour autre chose que ce qu'ils sont, c'est à dire des exemples issus de la pratique contractuelle et non des formulaires permettant la rédaction d'un acte définitif valable et efficace dans toutes les situations.

Par ailleurs, les efforts des auteurs afin de tenir les modèles à jour ne garantissent aucunement l'efficacité de l'acte lors du téléchargement. En effet, la rapidité de l'évolution législative, réglementaire et jurisprudentielle rend pratiquement impossible la mise à jour en temps réel.

Il appartient, par conséquent, à l'utilisateur du modèle d'acte d'effectuer, de son propre chef, toutes les recherches documentaires utiles, notamment sur le site www.net-iris.com et sur les sites officiels, tels que, à simple titre d'exemple, www.legifrance.gouv.fr, www.courdecassation.fr, www.conseil-etat.fr, www.conseil-constitutionnel.fr, www.curia.eu.int, www.echr.coe.int, www.justice.gouv.fr, www.minefi.gouv.fr, www.admifrance.gouv.fr, www.assemblee-nationale.fr, www.senat.fr, en vue de rédiger un acte valable et efficace.

S'il n'est pas un professionnel du droit, il lui appartient alors de se faire conseiller lors de la rédaction de l'acte ou postérieurement à celle-ci, avant sa signature.



SCP VAILLANT & ASSOCIÉS
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

71 boulevard Raspail - 75006 Paris
Tél. 01.45.44.43.40 - Fax 01.45.48.25.52

cabinet@scpvallant.com
Site : www.cabinet-scpvallant.fr