

**PLAIDOYER POUR UNE NOUVELLE DEFINITION DE LA « PERIODE JURIDIQUEMENT PROTEGEE »**

**Par Eric Gomez**  
**Avocat Associé**  
**LAZARE AVOCATS**



Le 06 mai 2020,

Lors de son allocution devant l'Assemblée Nationale, le Premier Ministre a annoncé la prorogation de l'état d'urgence sanitaire instauré par la loi du 23 mars 2020 pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 24 juillet 2020, qui est l'objet du projet de loi actuellement en discussion devant le Sénat dans le cadre de la procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 2 mai 2020.

L'objet principal du texte intéresse évidemment les acteurs de la construction dès lors que la prorogation, jusqu'au 23 juillet 2020 inclus, de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID 19 » implique des conséquences majeures au regard de la définition de la période dite « période juridiquement protégée » issue des ordonnances n° 2020-306 du 25 mars 2020 et n° 2020-427 du 15 avril 2020.

En effet, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 a instauré un dispositif de report de divers délais et dates d'échéance en définissant au I. de l'article 1°) une période dite « **période juridiquement protégée** » **qui court à compter du 12 mars 2020 jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.**

En l'état, il résultait de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 que l'état d'urgence sanitaire devait s'achever au 24 mai 2020 (état d'urgence déclaré pour une durée de 2 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 24 mars 2020 jusqu'au 24 mai 2020).

Le projet de loi actuellement en discussion prévoit en son article 1<sup>er</sup> que « *L'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 est prorogé jusqu'au 23 juillet 2020 inclus* ».

Certains amendements proposés devant le Sénat, militent pour une réduction de la durée de la prorogation, notamment jusqu'au 10 juillet 2020.

Cependant, dès lors que la période juridiquement protégée est fixée par référence à la durée de l'état d'urgence sanitaire par les ordonnances susvisées, il est évident que la prorogation dudit état d'urgence sanitaire aura un impact sur la durée de cette période juridiquement protégée, ce qui va encore placer les acteurs de la construction dans une situation d'incertitude préjudiciable.

Ainsi, si le texte définitif de la Loi confirme la prorogation de l'état d'urgence sanitaire au 23 juillet 2020 inclus, cela signifierait que la période juridiquement protégée prévue par les ordonnances des 25 mars et 15 avril 2020 qui devait s'achever au plus tard le 23 juin à minuit serait elle-même prorogée jusqu'au 23 août 2020 inclus (23 juillet 2020 + 1 mois).

Au demeurant, les circulaires d'application des deux ordonnances 306 et 427 précisaient déjà que « *Selon les modalités de sortie du confinement qui seront définies par le Gouvernement, la fin de la période juridiquement protégée sera adaptée pour accompagner, le cas échéant, plus rapidement qu'il était initialement prévu, la reprise de l'activité économique et le retour aux règles de droit commun de computation des délais* », ce qui allait plutôt dans le sens d'une réduction de cette période plutôt que d'une extension.

Face aux incertitudes qui persistent, il serait opportun que les pouvoirs publics modifient la définition de la période juridiquement protégée en tenant en particulier, de la fin de la période de confinement à compter du 11 mai 2020, et de la reprise de l'activité économique devant permettre le « retour aux règles de droit commun de computation des délais ».

On rappellera en effet que l'ordonnance n° 2020-306 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, modifiée par diverses dispositions du titre I de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de COVID-19, prévoit notamment en son article 4 relatif aux astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires et clauses de déchéance, un régime dérogatoire favorable aux cocontractants débiteurs d'une obligation de faire.

Ainsi, l'article 4 modifié issu des ordonnances n° 306 et 427 dispose :

*« 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 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> (période juridiquement protégée expirant au 23 juin 2020)*

***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 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup>, 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 durée définie au I de l'article 1<sup>er</sup> »*

Cette disposition quelque peu obscure est fondamentale s'agissant de l'exécution des marchés de travaux prévoyant des délais d'exécution et des clauses de pénalités sanctionnant les retards des entreprises.

Les dispositions de l'article 4 des ordonnances précitées instaurent donc un régime spécifique conduisant à paralyser, au bénéfice du débiteur d'une obligation de faire, le jeu de certaines clauses contractuelles sanctionnant son éventuel manquement auxdites obligations (notamment d'achèvement des travaux ou de livraison) dont l'exécution aurait dû intervenir entre, initialement le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 à minuit, et par l'effet de la Loi à venir, le 23 août à minuit si le texte de l'article I du projet de loi est voté, date de l'expiration du délai d'un mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire correspondant à la définition de la période juridiquement protégée.

En d'autres termes, pendant cette période, les clauses pénales stipulées dans les marchés de travaux conclus avec les entreprises ou dans les contrats de VEFA conclus avec des promoteurs vont être paralysées par l'effet des dispositions des ordonnances n° 2020-306 et n° 2020-427.

Sont visées toutes les clauses contractuelles prévoyant le versement de pénalités ou d'intérêts de retard dès lors qu'une jurisprudence classique qualifie de clauses pénales les clauses prévoyant des pénalités de retard ainsi que des intérêts de retard à un taux conventionnel supérieur au taux légal, ainsi que les clauses résolutoires, notamment celles ayant pour objet de sanctionner une inexécution contractuelle ainsi que les clauses de déchéance.

Dans ces conditions, il ne sera pas envisageable, ni d'appliquer aux entreprises des pénalités de retard pendant la période juridiquement protégée et une certaine période après la fin de la période juridiquement protégée, ni même de procéder à la résolution des marchés, ce qui, en pratique, revient à étendre les délais d'exécution dans les marchés.

Ainsi, au regard de ces dispositions, la question de savoir si les conditions de la force majeure sont réunies au bénéfice des entreprises pour s'opposer à toute sanction et notamment à l'application de pénalités de retard revêt une acuité moins sensible voire, perd de son intérêt (sous réserve de la question de la prise en charge des surcoûts).

Si l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoyait un report forfaitaire des effets des clauses d'un mois à compter de la fin de la période juridiquement protégée (fin de l'état d'urgence sanitaire + 1 mois), le nouveau régime issu de l'ordonnance du 15 avril 2020 prévoit un report spécifique selon les situations (qui rend plus difficile la lecture des textes), en particulier pour les clauses et des astreintes qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation échue après la période juridiquement protégée au sens de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2020-306.

En substance, le régime issu des deux ordonnances prévoit deux mécanismes spécifiques pour paralyser le jeu des clauses contractuelles, en l'occurrence, d'une part, un mécanisme de paralysie totale de l'effet des clauses et, d'autre part, un mécanisme de suspension qui ont tous deux pour objectif d'empêcher la pénalisation ou la sanction de l'inexécution contractuelle qui interviendrait au cours de la période de protection.



Le schéma intégré dans la circulaire d'application de l'ordonnance du 15 avril 2020 présentant le dispositif des alinéas 2 et 3 de l'article 4 résume le dispositif :

Schéma présentant le dispositif des alinéas 2 et 3 de l'article 4



L'article 4 modifié issu des ordonnances n° 306 et 427 précise en son alinéa 3 que les clauses pénales, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé expirant après la période définie au I de l'article 1<sup>er</sup> (période juridiquement protégée, soit, selon le projet de loi, après le 23 août 2020) sont reportées 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* » **soit pendant toute la période s'écoulant entre le 12 mars et la fin de la période juridiquement protégée.**

On soulignera d'ailleurs que l'alinéa 3 a été spécifiquement intégré, selon la circulaire d'application du 17 avril 2020, pour tenir compte des éventuels retards « *qui auront pu être accumulés pendant la période de crise sanitaire, quand bien même l'échéance n'interviendrait qu'après la période juridiquement protégée. Il a également pour ambition de prendre en compte d'éventuelles difficultés de redémarrage pour l'exécution de certains contrats* », ce qui est précisément le cas des marchés de construction, dont les mesures de confinement n'ont pas permis le respect des échéances fixées.

La circulaire précise ainsi que : « *Sont par exemple concernés les chantiers de construction pour lesquels la livraison devait intervenir plus de deux mois après la fin de la période d'état d'urgence sanitaire ou encore les contrats de vente de biens à fabriquer qui auraient dû être livrés plus de deux mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire* ».

A titre d'illustration, pour un marché conclu avant le 12 mars 2020, dont le délai contractuel d'achèvement des travaux est fixé au 15 novembre 2020, les effets de la clause sanctionnant le retard seront reportés d'une durée égale à celle de la période juridiquement protégée, ce report courant à compter du 15 novembre 2020. En l'état des textes, ce report aurait été de 3 mois et 12 jours puisque la période juridiquement protégée prend fin le 24 juin 2020. Si elle prend fin le 23 août 2020, le délai sera encore prolongé de 2 mois supplémentaires, sous réserve que l'état d'urgence sanitaire ne soit pas encore prorogé...

C'est la raison pour laquelle, on peut aujourd'hui s'interroger sur la justification du maintien de la définition actuelle de la « période juridiquement protégée » en lien avec à l'état d'urgence sanitaire, alors même que le Gouvernement a prévu la fin du confinement pour le 11 mai 2020 et qu'il a milité, même pendant l'état d'urgence sanitaire, pour la poursuite des chantiers de construction.

Une telle extension des délais, marquée en outre par une incertitude persistante, alors que le système juridique est censé apporter la sécurité aux acteurs économiques, n'est guère satisfaisant.

Au demeurant, on peut également craindre que certaines entreprises ne profitent de cette faveur (excessive ?) offerte par les textes pour tenter de s'exonérer à bon compte de leurs obligations contractuelles alors qu'elles pourraient mettre en œuvre les moyens nécessaires pour les respecter, étant précisé que la preuve de l'absence de bonne foi de l'entreprise dans le cadre de l'exécution du contrat et d'un retard lié exclusivement à son fait pourrait être très délicate à rapporter pour son cocontractant.

Par conséquent, s'il est compréhensible de paralyser les effets des clauses contractuelles sanctionnant une obligation de faire pendant la durée du confinement, et pendant une période d'adaptation nécessaire à la reprise des chantiers (1 mois ?), il ne semble pas judicieux de maintenir une telle paralysie pendant une durée incertaine et fluctuante liée à l'état d'urgence sanitaire, alors même que la majeure partie des chantiers sont censés reprendre (ou ont déjà repris), au plus tard à compter du 11 mai 2020, même en mode « dégradé » et avec des plannings recalés.

Il n'est cependant pas exclu que les pouvoirs publics puissent donc modifier la définition de la période juridiquement protégée pour tenir compte de l'allongement de l'état d'urgence sanitaire sur lequel, au demeurant, pèse toujours une incertitude puisque l'exposé des motifs du projet de loi précise que :

*« Le niveau de circulation du virus reste élevé et les risques de reprise épidémique sont avérés en cas d'interruption soudaine des mesures en cours. Une levée d'état d'urgence le 23 mai serait donc prématurée ».*

Rien n'indique ainsi que le niveau de circulation du virus ne restera pas élevé au 23 août 2020...

Il serait donc utile de réfléchir à une modification des ordonnances précitées pour tenir compte de la situation réelle et fixer une date certaine pour la paralysie des clauses contractuelles afin que les contractants puissent en tenir compte dans leurs prévisions.

Le déroulement de la phase de déconfinement prévue à compter du 11 mai 2020 nous apportera évidemment beaucoup de réponses ou... de nouvelles incertitudes.

**Eric GOMEZ**  
**LAZARE AVOCATS**