

19 mars 2020/rev. 3/7 avril 2020

FICHE D'INFORMATION

CORONAVIRUS - FERMETURE DES SITES DE CONSTRUCTION ?

Le Conseil fédéral n'a pas ordonné la fermeture générale de tous les chantiers. Toutefois, les mesures de prévention selon l'art. 7d de l'Ordonnance 2 COVID-19 (état au 02.04.20) doivent être respectées. Les autorités cantonales peuvent fermer des chantiers si ces obligations de prévention ne sont pas respectées.

SITUATION INITIALE

- Tout employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé de ses employés (art. 328 CO ; art. 6 LTr). Les mesures de protection de la santé doivent donc être prises par les employeurs qui emploient des travailleurs sur les chantiers de construction.
- Tout comme les autres entreprises qui emploient des travailleurs sur un chantier, le bureau de planification qui est responsable de la direction des travaux est un « employeur ». Les employeurs doivent s'informer mutuellement et informer leurs employés respectifs des dangers et des mesures à prendre pour les éliminer. De ce devoir de coordination (art. 9 OPA) découle une certaine obligation d'assurer également la sécurité au travail des employés d'autres entreprises (TF 6B_516/2009 du 3.11.2009, c. 3.4.2.1).
- Des obligations imposées à la direction des travaux en matière de protection de la santé des employés d'autres employeurs sur les chantiers de construction peuvent exister, en fonction des accords spécifiques. Si la norme SIA RPH 103 (2014) a été adoptée (article 1.2.5), la direction des travaux n'est pas tenue de vérifier que les entrepreneurs

respectent les règles de sécurité. Elle est cependant tenue d'informer ceux-ci des violations des règles de sécurité qu'elle découvre lors de l'exécution ses propres services.

Qu'est-ce que cela signifie concrètement, si l'on prend en compte les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et la « liste de contrôle pour les chantiers de construction » du SECO (ci-après « liste de contrôle » du SECO) ?

- Il appartient à chaque bureau de planification de veiller à ce que ses propres employés travaillant sur les chantiers respectent et soient en mesure de respecter sur place les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et la « liste de contrôle » du SECO – en particulier les recommandations concernant les distances réciproques.
- Les employés qui appartiennent au groupe des « personnes vulnérables » s'acquittent en principe de leurs obligations contractuelles à domicile (art. 10c de l'Ordonnance 2 COVID-19). Si cela n'est pas possible, comme dans le cas de l'activité sur les chantiers de construction, les dispositions suivantes s'appliquent : lorsqu'ils emploient des employés vulnérables sur des chantiers, les employeurs sont tenus de prendre les mesures organisationnelles et techniques à même d'assurer le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social.
- Les chefs de chantier qui constatent que des employés d'autres entreprises (par exemple des entrepreneurs) travaillant sur le chantier ne respectent pas les recommandations de l'OFSP et la « liste de contrôle » du SECO le

signalent à ces entreprises et exigent que les recommandations soient respectées.

- Si un travail ne peut objectivement pas être réalisé autrement qu'en ne respectant pas les recommandations de l'OFSP resp. la « liste de contrôle » du SECO, il incombe à l'employeur des employés concernés d'avertir son partenaire contractuel, c'est-à-dire le maître d'ouvrage (ou l'entrepreneur total ; Art. 25 Norme SIA 118 resp. art. 365 al. 3 CO). Les travaux correspondants ne doivent pas être effectués. S'il n'est objectivement pas possible d'effectuer le travail en respectant les recommandations de l'OFSP et en se conformant à la « liste de contrôle » du SECO, les retards correspondants ne sont pas « fautifs ». Toutefois, il convient de noter, par exemple, que selon la « liste de contrôle » du SECO, il est permis, dans des situations particulières, de réduire l'éloignement si un équipement de protection est utilisé.

Selon l'art. 7d Ordonnance 2 COVID-19, les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social doivent être respectées. Ainsi, il est maintenant clair qu'un entrepreneur ou même un bureau de planification peut (et doit) refuser des services contractuellement dus si ceux-ci ne peuvent être fournis que par une violation des recommandations de l'OFSP :

Un entrepreneur ou un planificateur qui peut *prouver* qu'il est objectivement impossible de fournir ses services conformément aux recommandations de l'OFSP resp. à la « liste de contrôle » du SECO n'est donc pas responsable des dommages résultant de cette impossibilité – pas non plus pour les dommages causés par le retard (art. 103 al. 2 CO).

L'entrepreneur resp. le planificateur qui souhaite invoquer une impossibilité ferait bien de s'entendre avec le maître d'ouvrage (de telle sorte que le maître d'ouvrage reconnaisse cette impossibilité) ou, si cela n'est pas possible, d'obtenir la preuve que le respect des recommandations de l'OFSP ou de la « liste de contrôle » du SECO est réellement objectivement impossible sur le chantier en cause. Le simple fait que la mise en conformité entraînerait des coûts supplémentaires (non payés par le maître d'ouvrage) n'est pas une impossibilité objective.

QU'EN EST-IL SI DES CHANTIERS SONT FERMÉS PAR DES MAÎTRES D'OUVRAGE ?

Si un maître d'ouvrage ordonne la fermeture d'un chantier, alors qu'il pourrait être exploité conformément aux recommandations de l'OFSP ou à la « liste de contrôle » du SECO, il existe un cas

de demeure du maître d'accepter l'ouvrage. Le maître d'ouvrage doit payer à l'entrepreneur les frais supplémentaires encourus.

Toutefois, en cas de litige, la charge de la preuve de l'impossibilité d'exécution de la prestation de l'entrepreneur incombe au maître d'ouvrage qui a ordonné la fermeture. Il est donc conseillé, le cas échéant, que le maître d'ouvrage n'ordonne la fermeture d'un chantier qu'après que l'entrepreneur a déclaré (d'une manière prouvable) qu'il ne lui serait de toute façon pas possible de continuer à travailler en respectant les recommandations de l'OFSP ou la « liste de contrôle » du SECO. Cependant, un ordre correspondant du maître de l'ouvrage n'est alors plus nécessaire...

Le maître d'ouvrage doit également préciser dans son ordre de fermer le chantier qui, à son avis, doit supporter les coûts liés à la cessation du travail.

QU'EN EST-IL SI UN CHANTIER DE CONSTRUCTION EST FERMÉ PAR L'ENTREPRENEUR ?

Si l'entrepreneur ferme un chantier alors qu'il serait objectivement possible d'exploiter le chantier en respectant les recommandations de l'OFSP ou de la « liste de contrôle » du SECO, les retards sont « fautifs » (au sens de l'art. 95 al. 2 de la Norme SIA 118). Si les délais ou termes contractuels ne sont pas respectés de ce fait, l'entrepreneur est en demeure et est responsable des dommages causés par le retard. Lorsque le respect des délais convenus « n'est plus prévisible », le maître d'ouvrage a la possibilité de se retirer du contrat conformément à l'art. 366 al. 1 CO.

Toutefois, il convient de noter ce qui suit : Le simple fait qu'un entrepreneur arrête temporairement le travail ne signifie pas nécessairement qu'il est en demeure - l'entrepreneur peut simplement faire usage des réserves de temps auxquelles il a contractuellement droit et spéculer sur une annulation rapide des recommandations de l'OFSP.

Si l'entrepreneur ferme un chantier parce qu'il lui est objectivement impossible d'exploiter le chantier conformément aux recommandations de l'OFSP ou à la « liste de contrôle » du SECO, les retards correspondants ne sont pas « fautifs » (au sens de l'art. 95 al. 2 de la Norme SIA 118). Selon la norme SIA 118 (art. 96), l'entrepreneur a un droit à la prolongation du délai. Lorsque la Norme SIA 118 n'a pas été convenue, l'entrepreneur est

en demeure, mais n'est pas responsable du dommage causé par le retard (art. 103 al. 2 CO).

Dans la mesure où les conditions restrictives de l'art. 59 de la Norme SIA 118 resp. de l'art. 373 al. 3 CO sont remplies le cas échéant, il existe éventuellement un droit au remboursement d'une partie des frais engagés par l'entrepreneur en raison de la fermeture.

QU'EN EST-IL SI UN CHANTIER EST FERMÉ PAR LES AUTORITÉS CANTONALES ?

Les autorités cantonales peuvent fermer certains chantiers si les recommandations de l'OFSP ne sont pas respectées (art. 7d al. 3 Ordonnance 2 COVID-19).

Si la fermeture est effectuée par le canton, alors qu'il serait objectivement possible d'exploiter le chantier conformément aux recommandations de l'OFSP ou à la « liste de contrôle » du SECO, les retards ainsi causés sont de la « faute » de l'entrepreneur (au sens de l'art. 95 al. 2 Norme SIA 118) et l'entrepreneur sera responsable envers le maître de l'ouvrage des dommages causés.

Si la fermeture est effectuée par le canton parce qu'il est objectivement impossible d'exploiter le chantier conformément aux recommandations de l'OFSP ou à la « liste de contrôle » du SECO, les retards ainsi causés ne sont pas de la « faute » de l'entrepreneur (au sens de l'art. 95 al. 2 de la Norme SIA 118). L'entrepreneur n'est pas responsable. Il a droit à une prolongation du délai (art. 96 de la Norme SIA 118) et éventuellement aussi à une demande de remboursement d'une partie de ses frais supplémentaires (art. 59 Norme SIA 118 resp. art. 373 al. 2 CO).

QU'EN SERAIT-IL SI LES CHANTIERS DE CONSTRUCTION NE POUVAIENT PLUS ÊTRE EXPLOITÉS OBJECTIVEMENT À LONG TERME ?

Dans la mesure où il est objectivement impossible d'exploiter un chantier en respectant les recommandations de l'OFSP ou la « liste de contrôle » du SECO, ceci est considéré comme une impossibilité objective. Si cette impossibilité est « durable », l'art. 119 CO entre en jeu. Cette disposition prévoit que le droit à une prestation devenue objectivement et durablement impossible (dans ce cas, le droit du maître à faire exécuter l'ouvrage) expire simplement.

Toutefois, la condition préalable est une impossibilité « durable » de l'exécution. Les empêchements à l'exécution purement passagers, dont la disparition peut être prévue au moment de leur survenance, ne relèvent pas de cette catégorie.

Dans la doctrine juridique, on considère qu'une impossibilité durable doit également être présumée si la fin de l'impossibilité n'est pas prévisible ou si (dans le cas d'un contrat de durée), l'on constate que l'exécution de la prestation due ne sera pas de nouveau possible avant la fin du contrat.

Ainsi, s'il s'avère que les recommandations de l'OFSP ou la « liste de contrôle » du SECO resteront en vigueur non seulement pendant quelques semaines, mais pendant des mois, il se peut que les obligations contractuelles d'exécution expirent selon l'art. 119 CO.

LES TÂCHES DE LA DIRECTION DES TRAVAUX

La direction de la construction devrait informer son mandant (conformément aux obligations d'information et de consultation) des effets de la fermeture des chantiers (voir l'article 1.2.4 de la Norme SIA RPH). Toutes les possibilités d'action restante devraient être examinées. Pour obtenir des conseils juridiques, le maître d'ouvrage doit toutefois être dirigé vers des juristes spécialisés/es.

Il ne faut pas non plus perdre de vue le devoir d'information du planificateur sur les coûts de construction prévus. Le simple fait que les répercussions financières ne peuvent être estimées pour le moment constitue déjà une information.

La direction des travaux devrait également, dans son propre intérêt, faire attention aux prestations qui sont incluses dans sa rémunération de base et à celles qui ne le sont pas. Si, par exemple, le maître d'ouvrage demande à la direction des travaux de contrôler le respect des recommandations de l'OFSP ou de la « liste de contrôle » du SECO sur un chantier donné, il s'agira dans la plupart des cas (c'est-à-dire selon les spécifications habituelles des planificateurs) d'une prestation supplémentaire. Ces services supplémentaires doivent être adressés et offerts au mandant en temps utile.

En ce qui concerne la plupart des tâches de la direction des travaux et, dans certains cas, de planification, la fermeture des chantiers de construction conduira les mandants à ordonner *une interruption du travail*, également vis-à-vis du bureau de planification. Selon l'article 14.1 des conditions générales de la KBOB pour les prestations de

mandataire et selon l'article 1.41 Règlement SIA 103 (2014), le mandant ne doit pas de compensation au mandataire si le mandant n'est pas responsable de l'interruption. Dans ce cas, les parties sont bien entendu libres de trouver et de convenir d'autres solutions.

Sur le rôle de la direction des travaux, voir également FAG – Direction des travaux et Coronavirus :

https://www.usic.ch/fr/Politique/Recommandations/200325_FAQ_Bauleitung_CORONA_fr.pdf

Pour les questions juridiques, les services juridiques de l'USIC et de la Fondation USIC sont à la disposition des entreprises membres de l'USIC :

Mario Marti, avocat, Kellerhals Carrard, Berne (031 970 08 88 / mario.marti@usic.ch / mario.marti@kellerhals-carrard.ch)

Daniel Gebhardt, Neovius (061 271 27 70 / daniel.gebhardt@neovius.ch)

Dr Thomas Siegenthaler, SCHERLER + SIEGENTHALER Avocats SA (052 265 77 77 / siegenthaler@advo-net.ch)

Pour les membres de la SIA, les conseils juridiques de la SIA est disponible :

<https://www.sia.ch/fr/dienstleistungen/sia-ius/>