

## **AUX ENTREPRISES SUISSES DE CONSTRUCTION / COVID-19**

**En cas de retards et surcoûts consécutifs au COVID-19, les entreprises de construction doivent impérativement aviser immédiatement et par écrit le maître d'ouvrage, afin de sauvegarder leurs droits.**

Compte tenu de la situation sanitaire actuelle et des implications directes sur la tenue des chantiers, les entreprises qui ont conclu des contrats soumis à la norme SIA-118 doivent faire attention à deux éléments particulièrement importants : (1) annoncer immédiatement les retards pour éviter de devoir des pénalités et (2) annoncer immédiatement les éventuels surcoûts causés par la pandémie.

En effet, les directives fédérales quant aux mesures de protection à prendre par les entreprises rendent l'organisation des chantiers de plus en plus difficile. Les mesures d'hygiène ainsi que les distances de sécurité à respecter – indispensables pour garantir la santé des ouvriers ! – compliquent et retardent considérablement certains travaux. Dans certains cas, si elles ne peuvent être scrupuleusement respectées, elles doivent même conduire à l'arrêt provisoire des travaux.

Dans ces situations, les entreprises ne doivent pas oublier qu'elles sont tenues à des **devoirs d'avis formels immédiats**, faute de se voir éventuellement refuser certains droits par la suite. Elles seront ainsi bien inspirées d'annoncer sans attendre au maître d'ouvrage, par l'envoi d'un courrier recommandé, tout retard dans les délais ou tout surcoût lié aux complications du chantier découlant du COVID-19.

### 1. Avis quant au retard

#### Art. 96 al. 1 SIA 118 :

Lorsque l'exécution de l'ouvrage dure plus longtemps que prévu, sans que l'entrepreneur ait commis de faute, et en dépit des mesures complémentaires qu'il aura prises en vertu de l'art. 95, les délais contractuels sont prolongés de manière appropriée. L'entrepreneur n'a cependant droit à une prolongation que s'il a immédiatement avisé la direction des travaux du retard accusé et de sa cause (par ex. événements naturels, perturbation de la paix du travail, difficultés dans les livraisons, retard d'un sous-traitant, mesures nouvelles décidées par une autorité) ; il n'en va différemment que s'il est démontré que la direction des travaux connaissait déjà le retard et sa cause.

#### Art. 98 al. 1 et 2 SIA 118 :

Le contrat peut prévoir des pénalités équitables si l'entrepreneur achève l'ouvrage après l'expiration du délai et des primes s'il l'achève avant.

L'entrepreneur ne doit pas de pénalités s'il a droit à une prolongation de délai (art. 94 al. 2 et 96).

Il ressort de ce qui précède que l'entreprise de construction qui constate aujourd'hui qu'en raison de la situation sanitaire actuelle, et malgré toutes les mesures qu'elle a mises en place pour exécuter les travaux à temps, elle ne pourra pas respecter les délais prévus dans le contrat, elle doit en aviser immédiatement le maître d'ouvrage ou la direction des travaux, sous peine de devoir payer les pénalités prévues dans le contrat.

Elle exposera précisément dans ce courrier quels sont les retards prévisibles à ce stade, ainsi que leur cause ; elle expliquera qu'ils ne sont pas de son fait, mais causés uniquement par la situation sanitaire actuelle. Elle décrira également toutes les mesures raisonnables prises pour éviter ces retards (par exemple, remplacement d'ouvriers malades ou à risque), ou démontrera que les mesures de protection indispensables à la protection de la santé des travailleurs ne permettraient pas la poursuite des travaux. Enfin, elle demandera formellement au maître d'ouvrage d'accepter le principe d'une prolongation de délai ainsi que de la renonciation à toute pénalité. Bien entendu, elle s'aménagera tous les moyens preuve nécessaires dans l'hypothèse d'un potentiel litige futur.

A noter que si l'entreprise a fautivement provoqué ou aggravé ces retards, elle ne pourra prétendre à une prolongation des délais et sera tenue au paiement des pénalités.

## 2. Avis quant aux surcoûts

Art 59 al 1 à 3 SIA-118 :

L'entrepreneur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions des parties, empêchent ou rendent difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage ; par exemple : venues d'eau, séismes, tempêtes, fuites de gaz, températures souterraines élevées, radioactivité, mesures nouvelles décidées par une autorité, violation de la paix du travail.

La direction des travaux et l'entrepreneur conviennent selon le cas du montant de cette rémunération ; celle-ci ne peut cependant dépasser le montant des dépenses supplémentaires qui auront été justifiées. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, il appartient à l'entrepreneur de saisir le juge pour qu'il fixe la rémunération supplémentaire ou autorise la résolution du contrat (art. 373 al. 2 CO).

L'art. 25 s'applique au devoir d'avis de l'entrepreneur.

Au vu de cette disposition, l'entreprise est en droit de solliciter une rémunération supplémentaire en cas de surcoûts découlant des effets directs de la crise sanitaire actuelle. Si la poursuite du chantier nécessite par exemple des mesures particulières pour respecter les recommandations de l'OFSP, elle pourrait devoir engager des frais supplémentaires pour le doublement des véhicules de transport se rendant sur les chantiers, pour la location de réfectoires ou toilettes additionnels, ou pour l'achat de gels hydroalcooliques, de masques ou de gants. En cas de cessation provisoire du chantier, volontaire ou imposée, elle pourrait là aussi être contrainte de s'acquitter de frais supplémentaires dans une location de plus longue durée des installations de chantier ou d'autre matériel, ou de supporter des coûts additionnels d'une fermeture et réouverture de chantier (i.e. main d'œuvre et frais de transports en sus).

L'entreprise ne saurait attendre la fin du chantier pour revendiquer ces surcoûts. Au contraire, elle est tenue de les annoncer immédiatement et par écrit au maître d'ouvrage ou à la direction des travaux, sous peine de se voir opposer un avis tardif et donc un refus de toute rémunération supplémentaire.

Elle indiquera exactement les obstacles qu'elle rencontre dans le chantier à la suite de la pandémie, ainsi que la nature des surcoûts auxquels elle doit faire face. Elle précisera que ces surcoûts ne sont pas de son fait, mais causés uniquement par la situation sanitaire actuelle. Par prudence, elle demandera d'ores et déjà au maître d'ouvrage s'il est disposé à supporter par principe ces surcoûts, à défaut de quoi elle prendra le risque d'engager des frais supplémentaires sans avoir la garantie que le maître d'ouvrage les payera au final.

A noter que pour les contrats à prix fermes soumis au Code des obligations, l'art. 373 al. 2 CO prévoit la possibilité pour le juge d'accorder soit une augmentation du prix, soit la résiliation du contrat, si l'exécution de l'ouvrage est rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties. Là aussi, dans le contexte actuel du Coronavirus, l'entreprise pourra réclamer une rémunération supplémentaire. Elle devra toutefois démontrer une aggravation excessive des frais causés par la pandémie, dénotant une disproportion flagrante entre la prestation et le prix convenu (TF, 4A\_156/2018, ATF 104 II 314). Pour des cas moins évidents, il conviendra de rechercher la volonté hypothétique des parties, à savoir celle qu'elles auraient formée raisonnablement et de manière loyale si elles avaient eu connaissance des faits extraordinaires (Commentaire Romand, Code des obligations 1, 2012, Art. 373 N 24).

Fribourg, le 20 mars 2020

Christine Magnin, avocate FSA Droit de la construction et de l'immobilier