



## Fiche d'information

### COVID-19 - Travaux de construction en temps de situation particulière (pandémie) Retards dans la livraison de matériaux

#### Informations pratiques pour trouver des solutions dans le cadre de la norme SIA 118 [2013]

Berne, 31 mars 2022; v1.0

#### Table des matières

1	Introduction	2
1.1	Ordonnancement et contexte	2
1.2	Prémises	2
2	Conception de la norme SIA 118 pour des droits découlant de circonstances particulières ou de difficultés excessives	4
2.1	Principe: respect des droits et obligations convenues par contrat	4
2.2	Livraison de matériaux comme partie de la prestation contractuelle	4
2.3	Devoir de l'entrepreneur d'aviser si l'exécution régulière et ponctuelle est compromise	4
2.4	Impossibilité objective: prolongation appropriée de la durée des travaux (art. 95 ss SIA 118)	5
2.5	Circonstances particulières: généralités (art. 58)	6
2.6	Circonstances particulières: interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels (art. 61)	6
2.7	Circonstances particulières: circonstances extraordinaires (art. 59)	7
3	Problèmes de livraison de matériaux durant la pandémie: quels droits ?	9
3.1	Principe: aucun droit à une rémunération supplémentaire	9
3.2	Interdiction de l'abus de droit	10
4	Solutions alternatives et concertées	11
4.1	Remarques liminaires	11
4.2	Recherche de solutions concertées dans le cas d'espèce (liberté contractuelle)	11
4.3	Recours à un ou des matériaux alternatifs	11
4.4	Recours à d'autres fournisseurs ou prestataires	12
4.5	Recyclage de matériaux de construction	12
4.6	Bourse et pool de matériaux de construction	12
5	Marchés en cours et marchés planifiés	13
6	Conclusions	13

# 1 Introduction

## 1.1 Ordonnancement et contexte

La présente fiche d'information complète une série de fiches analogues et de recommandations publiées par la KBOB dans le cadre de la situation particulière ou extraordinaire au sens de la législation sur la pandémie de COVID-19 adoptée dès mars 2020.

- **Fiche d'information** [«COVID-19; Travaux de construction menés pendant la situation extraordinaire au sens de l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020: indications pratiques concernant les droits découlant de la norme SIA 118 \[2013\]»](#) du 5 mai 2020
- **Recommandations** [«COVID-19; Travaux de construction menés pendant la situation extraordinaire au sens de l'art. 7 de la loi sur les épidémies \(LEp\) et de l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020; Indications sur le versement d'une rémunération supplémentaire dans le cadre de la norme SIA 118 \(2013\) en raison de l'évolution de la situation liée à la pandémie»](#) du 25 septembre 2020;
- **Fiche d'information** [«Mise en œuvre des procédures d'adjudication lors de circonstances particulières dues à la pandémie»](#) du 9 décembre 2020
- **Recommandations** [«concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des travaux de construction»](#) et [«concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois»](#) du 31 mai 2021.

Les conséquences économiques mondiales liées à la lutte contre la pandémie de COVID-19 touchent sensiblement le domaine de la construction dès mars 2020: aux restrictions imposées à la gestion des chantiers se sont ajoutées, ces derniers mois, des interruptions, totales ou partielles, dans les chaînes de livraison et/ou des pénuries de matériaux (de construction). Les entreprises de construction doivent dans la mesure du possible intégrer cette situation dans leurs offres.

Les difficultés de livraison des matériaux de construction (concernant surtout les produits en bois et en acier, mais également les matières plastiques) sont liées d'une part à la pandémie et aux sanctions mondiales contre la Russie et la Biélorussie suite à la guerre tragique en Ukraine et d'autre part à l'activité de construction soutenue aux États-Unis, en Chine et dans certains pays émergents. La pénurie de matières premières, alliée à la demande croissante, entraîne une augmentation sensible des prix.

## 1.2 Prémisses

Cette fiche a pour but de fournir des **conseils pratiques** sur la manière de traiter les difficultés de livraison de matériaux dans le cadre d'engagements contractuels. Ces conseils reposent sur le principe selon lequel le **droit suisse** et la norme **SIA 118** (Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction; édition 2013) sont applicables aux travaux en question **sans** dérogations ponctuelles particulières. Il est aussi admis que les prestations sont ou ont été fournies sous le régime de «situation particulière» lié à la pandémie. Les conseils pratiques ne s'appliquent pas aux cas dans lesquels la problématique susmentionnée est déjà connue et a été prise en compte lors de la conclusion du contrat.

La présente fiche d'information est un condensé des thèmes relevant du droit du contrat de construction et liés aux actuels problèmes de livraison de matériaux. Il s'agit principalement de savoir comment faire face aux répercussions qui en découlent sur le calendrier des travaux. L'augmentation extraordinaire des prix, constatée récemment et dont l'incidence est largement similaire, est également abordée. À cet égard, il est renvoyé aux recommandations «[concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des travaux de construction](#)» et «[concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois](#)» (toutes deux datant du 31 mai 2021).

Cette fiche d'information résume de manière concise la situation juridique et ne prétend donc pas à l'exhaustivité. En outre, la situation dans un cas concret peut se présenter différemment en raison de conventions spécifiques.

Cette fiche d'information ne remplace aucunement un conseil juridique. Elle sert uniquement d'information générale et n'est contraignante ni pour la KBOB en tant qu'association, ni pour ses membres individuels. Toute responsabilité est donc rejetée.

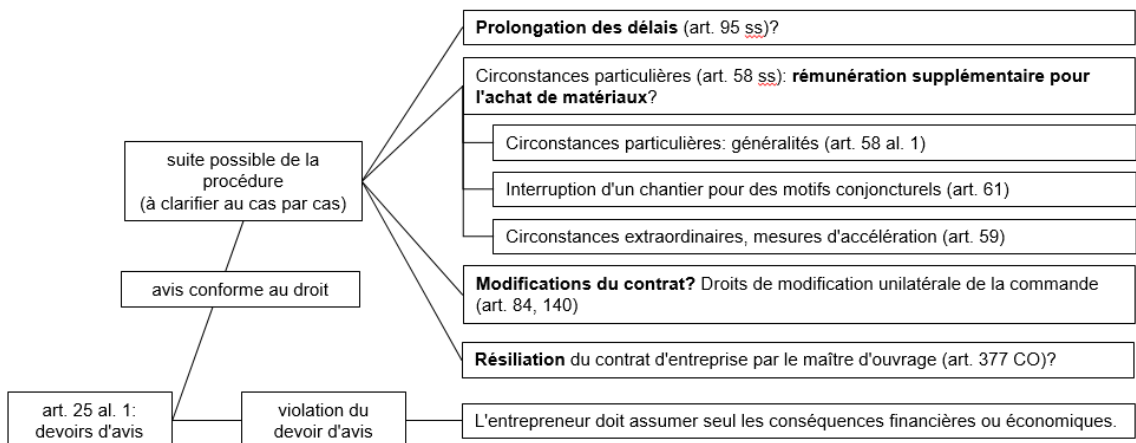
## 2 Conception de la norme SIA 118 pour des droits découlant de circonstances particulières ou de difficultés excessives

### 2.1 Principe: respect des droits et obligations convenues par contrat

En vertu du principe *pacta sunt servanda* (les conventions doivent être respectées), il n'est pas possible sans autre de se départir unilatéralement d'un contrat (cf. ATF 142 III 442, 452 s.; 138 III 322, 327). Les termes d'un contrat doivent être respectés **même si les circonstances changent**.

### 2.2 Livraison de matériaux comme partie de la prestation contractuelle

Il ressort de la conception du droit de la construction et de la norme SIA 118 (art. 10) que l'entrepreneur doit en règle générale assurer la livraison de «tous les matériaux nécessaires (matériaux de construction et fournitures d'exploitation)» pour accomplir la prestation convenue; c'est donc lui qui encourt le **risque d'approvisionnement** pour le matériel de construction prévu.



### 2.3 Devoir de l'entrepreneur d'aviser si l'exécution régulière et ponctuelle est compromise

Conformément à l'art. 25 de la norme SIA 118 (art. 365, al. 3, CO), l'entrepreneur est **tenu d'aviser sans délai** le maître de l'ouvrage ou la direction des travaux s'il survient des circonstances qui **compromettent l'exécution de l'ouvrage dans les délais et selon les formes prévues**, notamment en l'occurrence des problèmes de livraison des matériaux de construction.

Un avis est considéré comme «sans délai» ou dans les délais lorsque l'entrepreneur informe des circonstances susceptibles de compromettre l'exécution du contrat dès qu'il en a connaissance, **tant que le moment ne porte pas à conséquence pour le maître** et qu'il ne puisse être reproché aucun retard à l'entrepreneur. Si l'entrepreneur manque à son devoir d'aviser, il doit alors supporter les conséquences liées aux problèmes de livraison de matériaux. Seul le maître de l'ouvrage a le droit de se départir du contrat en tout temps (art. 184 SIA 118; art. 377 CO), contrairement à l'entrepreneur qui, dès lors, ne peut invoquer le retard dans la livraison des matériaux de construction pour résilier le contrat.

## 2.4 Impossibilité objective: prolongation appropriée de la durée des travaux (art. 95 ss SIA 118)

Il découle de l'art. 95, al. 1, SIA 118 que l'entrepreneur doit prendre toutes les mesures nécessaires au respect des délais contractuels. Selon l'al. 2, «s'il apparaît, en cours de travail, que les délais contractuels ne peuvent être respectés sans mesures complémentaires, l'entrepreneur est tenu, après en avoir avisé la direction des travaux, de prendre à temps et de son propre chef toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui».

### Art. 95 Respect des délais, obligations de l'entrepreneur

<sup>1</sup> L'entrepreneur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires au respect des délais.

<sup>2</sup> S'il apparaît, en cours de travail, que les délais ne peuvent pas être respectés sans mesures complémentaires, l'entrepreneur est tenu, après en avoir avisé la direction des travaux, de prendre à temps et de son propre chef toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui; il adapte par exemple de manière appropriée les installations de chantier, augmente le nombre d'ouvriers ou engage des équipes supplémentaires. L'entrepreneur supporte les frais qui en résultent.

<sup>3</sup> Lorsque, sans faute de sa part, l'entrepreneur doit prendre des mesures supplémentaires pour respecter les délais, il ne peut les prendre qu'avec le consentement de la direction des travaux. Le maître de l'ouvrage supporte dans ce cas les frais supplémentaires justifiés. Lorsque la direction des travaux refuse son consentement, l'entrepreneur n'est pas tenu de prendre de mesures complémentaires.

Comme, selon l'art. 97, al. 1, CO, l'entrepreneur est présumé responsable en cas de retard dans l'exécution des travaux, il doit prouver qu'aucune faute ne lui est imputable.

Dans le cas d'espèce, l'entrepreneur est considéré comme responsable si les atteintes causées sont dues au fait qu'il ne prend pas ou **n'a pas pris les mesures pouvant objectivement être engagées** pour respecter les délais convenus.

Si le chantier présente des **dommages concrets et vérifiables** qui ne sont pas imputables à l'entrepreneur, une **prolongation appropriée de la durée des travaux** conformément à l'art. 96 de la norme SIA 118 peut être envisagée (donnant régulièrement lieu à un ajustement des étapes clés futures, liées à une pénalité).

### Art. 96 Prolongation des délais

<sup>1</sup> 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 a 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, conformément à l'art. 25, 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.

<sup>2</sup> L'entrepreneur n'a pas droit à la prolongation des délais lorsque celle-ci est due à des modifications du déroulement des travaux, à des livraisons défectueuses ou à d'autres causes qui lui sont imputables.

<sup>3</sup> La prolongation des délais résultant d'une modification de commande est régie par l'art. 90. L'art. 94, al. 2, est en outre réservé.

<sup>4</sup> Lorsque l'entrepreneur n'a pas droit à la prolongation des délais, le droit du maître de résoudre le contrat en vertu de l'art. 366, al. 1, CO est réservé. La fixation d'un délai supplémentaire et le droit du maître à des dommages-intérêts sont régis par les art. 107-109 CO.

Le maître de l'ouvrage a le choix de décider s'il ordonne des **mesures d'accélération des travaux** pour respecter les délais **initialement convenus** (pour ce qui est de la durée du contrat de construction) ou des **mesures de substitution** (pour ce qui est de possibles modifications dans la chaîne de livraison/d'approvisionnement ou du produit de construction) – et prendre en charge les coûts liés à ces mesures – ou s'il préfère s'en tenir à la prolongation des délais appropriée.

Si le maître de l'ouvrage n'ordonne aucune mesure d'accélération ou de substitution (pour lesquelles il devrait chaque fois assumer les coûts), mais s'accommode d'une prolongation de la durée des travaux, l'entrepreneur n'a en principe aucun droit à une rémunération supplémentaire – pas même pour une mise à disposition prolongée des installations ou pour les coûts liés à l'arrêt du chantier. Lorsque l'exécution de prestations faisant l'objet d'un prix ferme est rendue difficile en raison de circonstances particulières *sans faute du maître de l'ouvrage*, l'entrepreneur n'a aucun droit à une rémunération supplémentaire (art. 58, al. 1, SIA 118). Dans la mesure où les difficultés d'approvisionnement en matériaux ne sont pas imputables au maître de l'ouvrage, la prolongation de la durée des travaux qui en résulte ne donne en conséquence pas droit à une rémunération supplémentaire – sous réserve toutefois d'une situation telle que prévue à l'art. 59 de la norme SIA 118 (cf. ci-après ch. 2.7).

À considérer à cet égard aussi l'interdiction de l'abus de droit: un maître de l'ouvrage ne peut simplement «résoudre» un problème de livraison de matériaux et mettre ainsi, de manière procédurière, des frais de mise à disposition des installations à la charge de l'entrepreneur si ce dernier offre des solutions alternatives raisonnables pour pallier l'absence temporaire des matériaux de construction (cf. ci-après ch. 3.2).

## 2.5 Circonstances particulières: généralités (art. 58)

L'art. 58, al. 1, SIA 118 stipule que dans le cas de «prix ferme» (c'est-à-dire des prix unitaires, des prix globaux ou des prix forfaitaires), le prix s'applique **même** si les travaux sont rendus plus difficiles **par des circonstances particulières** qui, sans faute du maître d'ouvrage, ne se produisent qu'après la conclusion du contrat.

### Art. 58 Circonstances particulières, généralités

<sup>1</sup> Lorsque l'exécution d'une prestation faisant l'objet d'un prix ferme (prix unitaire, prix global ou prix forfaitaire) est rendue plus difficile par des circonstances particulières se produisant ou apparaissant après la conclusion du contrat et sans faute du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur n'en doit pas moins exécuter la prestation promise au prix fixé, sans pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire. Les cas particuliers visés par les art. 59-61 sont réservés.

<sup>2</sup> En cas de faute du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur a droit à une rémunération supplémentaire fixée selon les art. 86 à 91. Est en particulier considérée comme une faute du maître de l'ouvrage, le fait d'avoir donné dans le dossier d'appel d'offres des indications inexactes sur la nature du sol et des constructions existantes (art. 5), à la condition toutefois que le maître de l'ouvrage soit représenté par une direction des travaux, qu'il soit lui-même qualifié ou qu'il ait eu recours à une personne qualifiée.

L'art. 58, al. 1, SIA 118 s'applique sous réserve des cas particuliers prévus aux art. 59 ss; si le **cas particulier** des «conditions météorologiques défavorables» (art. 60) n'est pas applicable dans le présent contexte, il convient d'examiner si les deux cas particuliers «circonstances extraordinaires» (art. 59) et «interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels» (art. 61) peuvent s'appliquer.

## 2.6 Circonstances particulières: interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels (art. 61)

Dans le contexte de la problématique actuelle, il convient de se référer brièvement à la disposition de l'art. 61 de la norme SIA 118 qui vise à régler un fait particulier: l'interruption du chantier par l'entrepreneur en raison

- a) de la «situation générale du marché» entraînant  
b1) «une pénurie de main-d'œuvre» ou  
b2) une pénurie «des matériaux à livrer».

**Art. 61** Circonstances particulières, cas particuliers, interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels  
Lorsque l'entrepreneur est contraint d'interrompre temporairement les travaux en raison de la situation générale du marché (par ex. pénurie de main-d'œuvre ou des matériaux qu'il doit livrer) il ne peut exiger une indemnité pour ses frais supplémentaires que s'il en a été convenu ainsi. L'art. 59 n'est pas applicable; le contrat ne peut être résilié.

La doctrine souligne que l'expression «en raison de la situation générale du marché» est imprécise et sujette à interprétation. Elle désigne les perturbations du marché (y c. dans le cas où seul le marché de la construction est concerné) dues à des événements politiques, juridiques ou impersonnels (par ex. phénomènes naturels, guerre, modification de la législation applicable aux étrangers), qui empêchent temporairement l'entrepreneur de se procurer la main-d'œuvre ou les matériaux nécessaires au maintien de son activité ordinaire. Toutefois, la question de savoir sur quoi se base la situation générale du marché ne joue en principe aucun rôle.

Il ressort de l'art. 61 de la norme SIA 118 que l'entrepreneur **ne** peut prétendre à une **rémunération supplémentaire** pour les frais qu'il encourt en raison de l'interruption du chantier **que s'il en été convenu ainsi (dans le contrat)**. Et ce même si, en l'espèce, les conditions de l'art. 59, al. 1, de la norme SIA 118 étaient remplies.

## 2.7 Circonstances particulières: circonstances extraordinaires (art. 59)

L'art. 59 de la norme SIA 118 s'inspirant de l'art. 373, al. 2, CO, il peut être interprété sur la base de cet article.

En vertu de l'art. 59, al. 1, de la norme SIA 118, un droit à une rémunération supplémentaire présuppose

- 1.) des circonstances extraordinaires
- 2.) impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions des parties
- 3.) qui empêchent ou rendent difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage.

**Art. 59** Circonstances particulières, cas particuliers, circonstances extraordinaires

<sup>1</sup> 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, température souterraine élevée, radioactivité, mesures nouvelles décidées par une autorité, violation de la paix du travail.

<sup>2</sup> 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 compétent pour qu'il fixe la rémunération supplémentaire ou autorise la résiliation du contrat (art. 373, al. 2, CO).

<sup>3</sup> L'art. 25 s'applique au devoir d'avis de l'entrepreneur.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exigence d'imprévisibilité doit être examinée du point de vue d'un entrepreneur compétent et précautionneux et selon une échelle de critères relativement stricts (ATF 109 II 333 consid. 3 s., 336; arrêt du TF 4C.292/2002 du 20 novembre 2003, consid. 3.1) dans la mesure où toute exécution d'un ouvrage à des prix forfaitaires ou unitaires fixes comprend un élément spéculatif qui est aussi à prendre en compte dans le risque (ATF 104 II 314 consid. b, p. 317; 58 II 421 p. 423).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut que les circonstances extraordinaires aient conduit à une **disproportion grossière et évidente** entre les travaux de construction et la rémunération au point que le respect des prix offerts ne peut plus être exigé de bonne foi (ATF 113 II 513 consid. 3b, p. 516; 104 II 314 consid. b, p. 317). Le critère applicable est la comparaison entre la rémunération convenue et les frais effectifs de production, sans bénéfices pour l'entreprise (cf. ATF 104 II 314 consid. b, p. 317). La disproportion en l'occurrence ne se réfère pas à des postes particuliers, mais à la prestation et à la rémunération comprises dans leur ensemble (arrêt TF 4A\_605/2020, 24.3.2021, consid. 4.2.2).

Même si ces conditions sont remplies, la compensation financière se limite uniquement à la rémunération supplémentaire suffisante **pour rendre à nouveau objectivement raisonnable l'exécution des travaux** (ATF 104 II 314 consid. b, p. 317).



### 3 Problèmes de livraison de matériaux durant la pandémie: quels droits?

#### 3.1 Principe: aucun droit à une rémunération supplémentaire

##### a) Circonstances particulières: Interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels (art. 61)

L'art. 61 de la norme SIA 118 retient que l'interruption d'un chantier en raison de problèmes de livraison des matériaux ne donne droit à aucune rémunération, à moins que le contrat n'en dispose autrement. Cette disposition ne concerne toutefois que l'interruption effective d'un chantier. On peut naturellement imaginer que des problèmes dans la livraison des matériaux n'obligent pas l'entrepreneur à interrompre les travaux, mais engendrent pour lui d'autres frais supplémentaires. La question de savoir si une rémunération supplémentaire justifiée par des circonstances extraordinaires peut être exigée dans ce cas doit être examinée à l'aune des critères de l'art. 59 de la norme SIA 118:

- Imprévisibilité du point de vue d'un entrepreneur compétent et précautionneux et selon une échelle de critères stricts: si la pandémie actuelle était en soi imprévisible, il est devenu assez clair au cours de l'année 2020 que la crise sanitaire et les mesures prises à l'échelle mondiale dureraient plus longtemps et qu'elles auraient des répercussions sur les chaînes de livraison – même s'il était difficile de prédire l'ampleur de ces répercussions plus précisément pour les matériaux de construction (surtout en combinaison avec d'autres facteurs difficilement prévisibles).
- Disproportion grossière entre la prestation et la rémunération comprises dans leur ensemble: les frais supplémentaires que supportent les entreprises en raison de problèmes de livraison des matériaux ne seront pris en compte que très rarement dans les cas où la prestation contractuelle globale par rapport à la rémunération totale peut être qualifiée de nettement disproportionnée. Un tel déséquilibre pourrait toutefois aussi survenir en raison d'une augmentation du prix des matériaux (cf. à ce propos les recommandations concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois).

Comme mentionné ci-avant, il existe toutefois un droit à la rémunération des coûts liés à des **mesures d'accélération** ordonnées par le maître d'ouvrage (art. 95, al. 3, SIA 118).

##### b) Modification de commande (art. 84 à 89)

Le droit à une adaptation de la rémunération existe également dans le cas où **le maître de l'ouvrage modifie sa commande** (cf. art. 84 à 89 de la norme SIA 118). La modification d'une commande peut aussi tenir à une **proposition de l'entrepreneur** (art. 84, al. 2, norme SIA 118).

On peut ainsi imaginer, par exemple, que le maître de l'ouvrage commande à l'entrepreneur, pour remplacer le matériel à ce stade non livrable, un autre produit plus cher qui remplisse la même fonction.

### c) Stocks de matériaux (art. 140)

Il convient de ne pas omettre la possibilité de procéder comme le permet l'art. 140 de la norme SIA 118:

#### Art. 140 Stocks

<sup>1</sup> La direction des travaux peut exiger de l'entrepreneur la constitution de stocks (art. 101) plus importants que ceux qui seraient nécessaires à l'avancement des travaux conformément au contrat.

<sup>2</sup> Le maître de l'ouvrage avance les frais d'acquisition et prend à sa charge les frais de dépôt supplémentaires qui sont justifiés. En acceptant cette avance, l'entrepreneur s'engage à affecter ces stocks exclusivement à l'exécution du contrat et à en transférer sur demande la propriété au maître de l'ouvrage. L'avance sera remboursée ou compensée selon la quantité du stock utilisée pour l'ouvrage.

<sup>3</sup> Le montant de l'avance du maître de l'ouvrage est échu au moment où l'entrepreneur lui a remis sa facture; ce montant est payable sans retenue dans les 30 jours

### 3.2 Interdiction de l'abus de droit

Il peut arriver que les matériaux convenus par contrat se trouvent en rupture de stock, mais qu'un autre matériau remplissant la même fonction soit disponible sans supplément de prix. Le maître de l'ouvrage peut-il alors s'en tenir au matériel non disponible et ainsi causer à l'entrepreneur des frais supplémentaires (p. ex. l'interruption du chantier) qui ne seraient pas inclus dans la rémunération?

En principe, le maître de l'ouvrage peut exiger l'exécution du contrat sans changement (*pacta sunt servanda*). Toutefois, l'abus de droit reste aussi interdit: en vertu de l'art. 2, al. 2, CC, applicable à l'ensemble de l'ordre juridique, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à des fins inappropriées pour la réalisation d'intérêts que cette institution ne veut pas protéger (ATF 128 II 145 consid. 2, p. 151) ou lorsque l'exercice d'un droit ne répond à aucun intérêt digne de protection ou conduit à une disproportion grossière des intérêts fondés (ATF 132 III 115 consid. 2.4, p. 118; 129 III 493 consid. 5.1, p. 497). En revanche, le fait que l'exercice d'un droit affecte sensiblement l'autre partie ne constitue en soi pas un abus de droit (ATF 123 III 200 consid. 2 b à bb, p. 202).

Aussi un maître de l'ouvrage peut-il en principe tenir à utiliser exactement le matériel convenu en dépit des difficultés de livraison. Cependant, ce droit est limité et ne peut plus être invoqué si l'entrepreneur, confronté à des problèmes de livraison, propose un autre matériau de qualité et de fonctionnalité comparables effectivement disponible, sans supplément de prix. Dans ce cadre, il convient bien entendu de procéder à un examen général de la situation, notamment en considération de la durée probable des problèmes de livraison, du caractère raisonnable de l'utilisation du produit de substitution disponible (eu égard à la qualité, la fonctionnalité, l'esthétique, le coût, l'entretien, etc.) et des coûts non rémunérés qui incombent à l'entrepreneur en raison de la pénurie des matériaux: si l'intérêt objectif du maître de l'ouvrage à utiliser le matériau convenu semble mineur alors que le dommage subi par l'entrepreneur en raison de l'obstination du maître à utiliser le matériau convenu est très important, la position du maître de l'ouvrage peut alors paraître comme étant chicanière et abusive, et par conséquent illicite.

Pour cette même raison, la survenue de problèmes de livraison non imputables à l'entrepreneur devrait inciter à la recherche de **solutions pragmatiques concertées** – notamment sur la base des approches développées ci-après (ch. 4).

## 4 Solutions alternatives et concertées

### 4.1 Remarques liminaires

Comme indiqué dans l'introduction, les présentes recommandations ont pour but de fournir des informations pratiques sur l'évaluation des droits du corps de métier du secteur de la construction pendant et après la crise de coronavirus en se fondant sur la norme SIA 118. Conformément à ladite norme SIA, les risques liés aux coûts dans le cas de contrats à prix ferme sont supportés en premier lieu par les entrepreneurs. Cependant, cette responsabilité n'est pas illimitée (cf. ci-avant, à propos de l'art. 59 SIA 118 et de l'interdiction de l'abus de droit).

Il est en conséquence recommandé aux adjudicateurs publics et aux maîtres de l'ouvrage de mettre en œuvre des solutions concrètes **les plus flexibles possible**, en garantissant **le principe de l'équité** et un **certain pragmatisme**.

### 4.2 Recherche de solutions concertées dans le cas d'espèce (liberté contractuelle)

Les adjudicateurs publics et les maîtres de l'ouvrage ont aussi toujours la possibilité de proposer aux partenaires contractuels une convention additionnelle visant à résoudre des problèmes qui surviennent au cours du contrat. Ce point fait déjà l'objet des recommandations [«Coronavirus; marge de manœuvre en vue d'atténuer les conséquences pour l'économie suisse du point de vue des marchés publics»](#) adoptées par la KBOB le 27 mars 2020 (p. 2, ch. 2) à l'adresse des maîtres de l'ouvrage:

«En cas de difficultés du fournisseur ou du prestataire à livrer dans le délai, la quantité ou la qualité requis, faire preuve de bon sens et prendre des mesures ciblées limitant les dommages; ne pas réclamer tout de suite les pénalités légales ou contractuelles. Examiner la possibilité de conclure et, si nécessaire, conclure des accords particuliers compte tenu des changements qui interviennent dans le déroulement du projet. ...»

### 4.3 Recours à un ou des matériaux alternatifs

Compte tenu de la pénurie générale en matières premières, le recours à des **matériaux de construction alternatifs** pourrait s'imposer plus souvent, qu'il s'agisse de trouver une alternative durant l'exécution des travaux (rendue difficile ou impossible) ou d'envisager l'utilisation de matériaux de substitution déjà au moment de la conclusion du contrat.

Par exemple, s'il n'est pas (plus) possible de trouver dans un délai utile du bois de mélèze indigène, on peut alors se demander s'il n'est pas préférable, pour éviter des retards ou des frais (surtout aussi des frais de mise à disposition des installations), de renoncer au bois convenu et de se rabattre en lieu et place sur du bois de mélèze certifié PEFC provenant de régions frontalières.

#### 4.4 Recours à d'autres fournisseurs ou prestataires

Si les parties au contrat (individuellement ou conjointement) disposent d'un accès privilégié au matériau requis (et disponible) **sur un autre chantier en Suisse**, elles devraient alors exploiter cette possibilité, **moyennant au besoin une majoration du prix**.

Le changement de fournisseurs devrait également être entrepris de manière **souple** et assuré avec **un minimum de démarches administratives**.

#### 4.5 Recyclage de matériaux de construction

**Afin de favoriser l'économie circulaire** et réduire la pénurie de matières premières, il faudrait déployer tous les efforts possibles pour réutiliser les matériaux de construction déjà utilisés.

Une étude sur l'élimination des matériaux de construction en Suisse, réalisée sur mandat de l'OFEV en 2019 ([Harmonisierte Ökobilanzen der Entsorgung von Baustoffen](#); disponible uniquement en allemand), montre que les méthodes d'élimination permettent non seulement le traitement du béton, mais aussi de tous les autres matériaux produits en quantité importante. Le taux de recyclage moyen sur la totalité des matériaux de construction se situe à 60 % environ. Autrement dit, trois cinquièmes des matériaux des constructions démontés peuvent être réutilisés pour de nouveaux produits grâce à un démantèlement adéquat et des processus de recyclage éprouvés. Les taux de recyclage détaillés et le potentiel d'une optimisation dépendent de chaque matériau. Lorsque c'est techniquement possible, les métaux tels que l'acier, l'aluminium et le zinc sont pratiquement toujours recyclés (taux de recyclage: 98 %).

#### 4.6 Bourse et pool de matériaux de construction

Vu les difficultés actuelles d'approvisionnement en matériaux, il serait envisageable de ne plus renvoyer aux fournisseurs les matériaux de construction déjà commandés. Les maîtres de l'ouvrage et les entrepreneurs pourraient alors, **dans la mesure du possible**, proposer ces **matériaux «excédentaires»** dans le cadre d'une sorte de **bourse ou de pool de matériaux de construction** et ainsi les mettre à disposition pour d'autres projets de construction.

## 5 Marchés en cours et marchés planifiés

Le problème lié aux difficultés d'approvisionnement en matériaux ne touche actuellement pas seulement la réalisation de chantiers en cours. Il impose aussi de trouver des solutions pour les contrats portant sur des **chantiers futurs**, notamment:

- les termes concernant les stocks de matériaux (art. 140 norme SIA 118);
- le calendrier des travaux avec marges de délais suffisantes;
- laisser la place à des variantes concernant les matériaux de construction prescrits.

## 6 Conclusions

Le Conseil fédéral a pris **diverses mesures visant à atténuer les conséquences économiques de la pandémie de coronavirus** (par ex., aide financière aux entreprises ou extension du chômage partiel et simplification des démarches). Ces mesures sont destinées à couvrir les risques qui menacent l'existence des entreprises en raison de la situation extraordinaire engendrée par la crise.

Cependant, les difficultés d'approvisionnement en matériaux ne relèvent pas en premier lieu d'une question de coûts, mais d'un cas d'impossibilité objective (temporaire). Les instruments législatifs et contractuels existants mettent les risques économiques correspondants en premier lieu sur le compte des entrepreneurs, étant entendu que le maître de l'ouvrage doit toutefois accorder une prolongation des délais appropriée (art. 96 norme SIA 118). Le maître de l'ouvrage devrait cependant aussi contribuer à la recherche de solutions pragmatiques, sachant que faire valoir des droits contractuels s'inscrit toujours dans les limites de l'interdiction de l'abus de droit.

Vu la pénurie de matières premières qui prévaut actuellement, des **approches flexibles et ingénieuses** sont nécessaires pour réduire au maximum les retards de construction et, ainsi, les coûts et autres risques y relatifs.

### Littérature (sélection)

GAUCH/STÖCKLI (éditeurs), Kommentar zur SIA-Norm 118. Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2017; GAUCH, Der Werkvertrag, 6<sup>e</sup> édition, Zurich 2019; REY, Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Zurich 2019; SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag. Grundvergütung–Mehrvergütung, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2017; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118. Berne 2014.