La location de service et l'assurance RC: deux problèmes particuliers en cas de consortium

Jean-Michel Duc, avocat, Lausanne et Sion ¹

**** BR 2006 page 77 ****

I. Le personnel mis à disposition du consortium

Dans le domaine de la construction, une entreprise fait fréquemment appel à du personnel intérimaire, que ce soit par exemple pour renforcer une équipe sur un chantier ou pour remplacer un travailleur absent, ou encore en louant un engin avec l'ouvrier chargé de l'actionner ². Pour les ouvrages d'une certaine importance, le maître d'œuvre préfère conclure un seul contrat avec plusieurs entreprises, qui forment ensemble une communauté de travail ou consortium d'entrepreneurs (cf. art. 28 SIA 118). Dans le cadre d'un contrat de consortium ³, chaque entreprise associée met à la disposition du consortium - qui rappelons-le n'est pas une communauté de personnes avec une personnalité juridique, mais un contrat - le personnel nécessaire à la réalisation de l'ouvrage.

Cette mise à disposition de personnel correspond à un contrat de prêt de personnel, lequel n'est pas sans poser des difficultés dans la pratique, tant en ce qui concerne les rapports contractuels entre les parties, la responsabilité ou les assurances responsabilité civile.

II. La location de service

Le contrat par lequel une entreprise met à disposition d'une autre société ou d'un consortium un travailleur moyennant une rémunération est un contrat sui generis, comportant des aspects du mandat ⁴.

Remarquons que dans le contrat de location de service, le travailleur a en quelque sorte deux employeurs: d'une part, le travailleur est lié par un contrat de travail à l'entreprise bailleuse de service, appelée l'employeur de droit; et, d'autre part, il est soumis aux instructions de l'entreprise locataire de service pour l'exécution et les modalités de son travail, le choix et les procédés à mettre en œuvre. Il s'agit de l'employeur de fait. En ce qui concerne le salaire, le travailleur reste lié au seul bailleur de service ⁵. Bien que le travailleur et l'employeur locataire de service ne soient liés par aucun rapport contractuel, la présence de ce premier dans l'entreprise fait naître certaines obligations que l'on peut qualifier de quasi-contractuelles.

Ainsi, le travailleur doit observer son devoir de fidélité, obéir aux directives et se plier à la discipline de l'entreprise au même titre que les employés réguliers ⁶. Quid en cas de non-respect des obligations du travailleur? En raison du rapport triangulaire, la situation juridique est complexe.

Quant à l'employeur, il doit prendre toutes les mesures propres à protéger la personnalité du travailleur dont les services sont loués. Au sens de l'art. 328 al. 2 CO - qui vise à intégrer les principes généraux de la protection de la personnalité dans le contrat de travailleur - l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. Dans un contexte de location de service, qui répondra de cette obligation? L'employeur de fait ou l'employeur de droit? Les opinions sont très partagées en doctrine ⁷, et bien que la jurisprudence ait posé dans un arrêt ancien non publié que le travailleur pouvait se prévaloir de la protection de la personnalité de l'art. 328CO envers l'employeur de fait ⁸, le Tribunal fédéral a rappelé au RO 123 III 280 consid. 2/b/bb qu'en droit privé, l'employeur est celui qui est lié au travailleur par un contrat de travail. Il semble donc que le travailleur ne puisse pas se prévaloir des mesures de protection de l'art. 328CO envers l'employeur de fait. Quant à l'employeur auquel faisait référence l'art. 44 al. 2 aLAA, notre Haute Cour a précisé que, lorsque les travailleurs intérimaires doivent être traités de la même manière que les travailleurs fixes de l'entreprise locataire de service, la législation le précise textuellement, comme elle l'a fait à l'art. 10 de l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA). Dans cet arrêt, le TF a conclu que seule l'entreprise qui a la charge des primes de l'assurance-accident afférentes au travailleur lésé, soit l'entreprise de droit, peut opposer au travailleur la limitation de la responsabilité instituée par l'art. 44 al. 2 aLAA (actuellement le privilège de recours de l'art. 75 al. 2 LPG⁹) Il s'en suit que l'employeur de

fait peut devoir répondre d'une simple négligence s'agissant d'un dommage atteignant le travailleur "loué", alors qu'il ne serait pas inquiété par les prétentions récursoires de tiers s'il s'agissait d'un travailleur fixe.

Qu'en est-il donc de l'obligation de l'employeur de mettre à disposition des travailleurs des équipements de protection individuelle (EPI)? Cette obligation, est-elle à la charge de l'employeur de droit, ou à celle de l'employeur de fait ou au consortium? Conformément à la formulation claire de l'art. 100PA, c'est

**** BR 2006 page 78 ****

l'entreprise qui l'emploie, soit l'employeur de fait, qui doit s'assurer que le travailleur est équipé. Relevons toutefois, que nombre de contrats relatifs à la location de service prévoient que le travailleur est équipé par l'entreprise bailleuse. Dans la pratique, ce principe pose assez souvent des difficultés. Qu'advient-il lorsque le travailleur arrive sur le chantier sans équipement? L'expérience montre que, dans de telles situations, soit le travailleur exerce alors son activité sans équipement en violation des dispositions de l'OPA et aux risques de l'employeur de fait, soit un litige relatif à la prise en charge des frais d'équipements oppose sans fin les parties. Or, il peut être utile de prévoir la résolution de cette situation dans le cadre des contrats en question ¹⁰.

III. Les assurances responsabilité civile de l'entreprise

En matière d'assurance responsabilité civile, il faut rappeler qu'en règle générale, pour les entreprises, il n'y a pas d'obligation légale d'assurance. C'est dire, qu'il est des situations, certes rares, dans lesquelles des entreprises agissent sans couverture d'assurance RC. En cas de dommages causés à tiers, elles peuvent devoir en répondre personnellement. Il en va de même, lorsque le contrat d'assurance RC exclut la couverture d'assurance dans le cas particulier.

Remarquons que pour les contrats soumis à la norme SIA 118, l'art. 26 prévoit à l'alinéa 1, 1^{ère} phrase, que l'entrepreneur doit s'assurer contre les risques de sa responsabilité civile à l'égard des tiers. À la 3^{ème} phrase, il est précisé que l'assurance doit couvrir sa responsabilité pour toutes les personnes qu'il emploie et s'étendre aux droits de recours éventuels de tiers.

Or, cette obligation d'assurer toutes les personnes qu'il emploie fait le plus souvent l'objet d'une clause d'exclusion de couverture. En effet, la plupart des conditions générales d'assurance prévoient l'exclusion de la couverture pour les prétentions récursoires de tiers dans certaines situations. Si cette exclusion ne concerne pas le dommage du lésé qui n'est pas couvert par des assurances, elle concerne par contre les prétentions récursoires des assurances sociales (LAA, AVS/AI, LPP) ou des assurances privées contre le tiers responsable ¹¹. Le but affiché de cette exclusion est d'éviter un transfert de charge du sinistre (dont profiteraient notamment les établissements cantonaux monopolistiques) de l'assurance de chose, notamment de l'assureur incendie, bris de glace ou dégâts des eaux à l'assureur RC ¹². Cependant l'étendue de cette exclusion dépasse largement cette finalité, puisqu'elle concerne toutes les prétentions récursoires des tiers, le plus souvent des assurances sociales.

Les deux clauses d'exclusion les plus fréquentes ont trait:

-- Premièrement, à l'exclusion de la couverture d'assurance RC pour les prétentions récursoires de tiers dirigées contre des personnes assurées n'exerçant aucune fonction dirigeante.

Ainsi, toute personne qui exerce un acte que l'on peut qualifier d'acte de chef - ce peut-être un contremaître, un chef de service, un chef d'équipe - est couverte par l'assurance RC de l'entreprise, alors que le simple travailleur ne l'est pas. C'est dire que dans cette dernière hypothèse, l'assureur social ou privé qui recourt doit le faire personnellement contre le travailleur, ce qui n'est guère satisfaisant ¹³.

Cette solution est imposée par l'art. 59LCA qui prévoit que si une entreprise est assurée en assurance responsabilité civile, l'assurance s'étend aussi à la responsabilité de ses représentants et à celle des personnes qui sont chargées de la surveillance de l'exploitation.

Ainsi, en cas d'existence d'une assurance RC d'entreprise, toutes les personnes qui exercent un acte de chef sont obligatoirement assurées par cette assurance.

-- Deuxièmement, à l'exclusion de la couverture d'assurance RC pour les prétentions récursoires de tiers du fait de dommages corporels atteignant une personne occupée par le preneur d'assurance en vertu d'un contrat de location de personnel dans l'accomplissement de son activité pour l'entreprise assurée.

Dans cette hypothèse, tous les responsables, qu'ils soient membre d'un conseil d'administration, directeur, chef d'équipe ou travailleur répondent personnellement du recours des assureurs pour des prestations versées à une personne au bénéfice d'un contrat de location de personnel.

Ces deux clauses d'exclusion sont clairement en contradiction avec les exigences de l'art. 26 SIA 118 qui précise que l'assurance responsabilité civile doit couvrir toutes les personnes que l'entrepreneur emploie, et s'étendre aux droits de recours éventuels de tiers. Or, sachant que nombre de contrats d'entreprise sont des contrats SIA 118, nous nous interrogeons sur la question de savoir, si de telles clauses d'exclusion ne doivent pas être considérées comme insolites ¹⁴, puisqu'elles ne respectent pas les réquisits de cette règle.

Ajoutons, d'autre part, que la plupart des polices d'assurance excluent de la couverture d'assurance, la responsabilité civile de l'entreprise pour des travaux exécutés dans le cadre d'un consortium. On le comprend dans la mesure où la responsabilité d'une entreprise associée couvre de manière solidaire celle de tous les autres. A défaut, la compagnie d'assurance d'une entreprise qui intervient pour une infime part pourrait devoir prendre en charge un sinistre important pour lequel elle n'a pas participé et qui pourrait être au surplus totalement étranger à son domaine d'activité ¹⁵.

Dans un cas de consortium ou de communauté de travail, les entreprises qui en font partie doivent impérativement conclure ensemble une police d'assurance spécifique ¹⁶. Si elles ne le font pas, chaque entreprise engagée dans le consortium risque de devoir répondre de l'entier du dommage, et cela, même s'elle n'a commis aucune faute, si le dommage est sans rapport avec son domaine d'activité ou si sa part dans le projet est minime.

A notre avis, la conclusion et l'étendue de la couverture d'assurance responsabilité civile des membres du consortium sont des éléments très importants, auxquels il faut prêter une grande attention eu égard aux risques encourus par l'entreprise et à ses conséquences sur le plan économique.

**** BR 2006 page 79 ****

Nous ne pouvons que suggérer aux entreprises de confier cette question à un courtier en assurances. En effet, en cas de problème de couverture, ce dernier engagera sa responsabilité ¹⁷, comme l'a jugé le Tribunal fédéral dans un arrêt récent.

IV. Conclusions

L'engagement de personnel intérimaire n'est donc pas sans conséquence en matière de droits et d'obligations, en particulier en matière de responsabilité. Pour le travailleur son droit à la protection de la personnalité n'est pas garanti de la même manière que pour l'employé fixe. Quant à l'entreprise de fait, elle ne peut bénéficier du privilège de recours de l'art. 75 al. 2 LPGA, et les conditions générales des assurances responsabilité civile excluent en général de la couverture les prétentions récursoires des assurances sociales pour le dommage touchant une personne occupée en raison d'un contrat de location de service, même en cas de faute légère d'une personne de l'entreprise.

Les montants en jeu peuvent être très importants; nous ne pouvons donc que suggérer de demander l'extension de la couverture d'assurance conformément à l'obligation définie à l'art. 26 SIA 118.

¹ Cet article est extrait d'une conférence donnée le 15 mars 2006 à Olten dans le cadre d'une journée de formation continue de la Société suisse de sécurité au travail (SSST), et qui avait pour titre le consortium et la responsabilité.

² Tercier, Les contrats spéciaux, 2003, page 428.

³ En règle générale, le consortium est organisé sous la forme de la société simple (cf. art. 530 al. 1 CO).

⁴ Tercier, Les contrats spéciaux, 2003, page 427; Vischer, Le contrat de travail, Traité de droit privé suisse, 1982, page 46.

⁵ RVJ 1996, page 260.

⁶ Vischer, Le contrat de travail, Traité de droit privé suisse, 1982, page 46.

⁷ Cf. rappel des opinions de la doctrine au RO 123 II 280, consid. 2b.

⁸ Vischer, Le contrat de travail, Traité de droit privé suisse, 1982, page 46 et ATF du 7 juillet 1954 cité in SJ 1955, page 355.

⁹ Cf. sur la distinction entre privilège de recours et privilège de la responsabilité, cf. Frésard, Les relations entre la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales et la loi fédérale sur l'assurance-accidents, SZS/RSAS 47/2003, page 237 (258).

¹⁰ Le contrat peut prévoir que l'employeur de fait équipe alors le travailleur aux frais de l'employeur de droit.

11 Laubli, Deckungsausschlüsse für Regressansprüche, HAVE/REAS 1/2004, page 26 .

12 Brehm, Le contrat d'assurance RC, 1997, chiffre 39.

13 Brehm, Le contrat d'assurance RC, 1997, chiffre 41 ss.

14 La jurisprudence sur les clauses insolites permet de soustraire de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (ATF 119 II 443 consid. 1a p. 446; 109 II 452 consid. 4). Il en découle a contrario que la partie la moins expérimentée ne peut invoquer le caractère insolite de la clause, lorsque son cocontractant l'a mise en évidence (ATF du 14 septembre 2004 (4C.202/2004)).

15 A défaut de convention contraire (cf. art. 544 al. 3 CO), les entreprises liées par un contrat de consortium répondent de manière primaire, solidaire et illimitée. Si un des membres du consortium viole le contrat d'entreprise commun, les autres entrepreneurs associés peuvent devoir dédommager le maître de l'ouvrage du dommage causé par l'entrepreneur associé peu scrupuleux ou malchanceux.

16 Stoffel, Le consortium et ses problèmes, Journée du droit de la construction, Fribourg 1989, page 39.

17 ATF du 29 novembre 2004 (4C.325/2004): Un courtier a procédé au réexamen du portefeuille d'assurances d'une entreprise de construction dans le but de réduire les primes d'assurances sans lacune de couverture. Or, celui-ci n'a pas rendu la société attentive au fait qu'à la différence de la situation antérieure, il n'y avait pas de couverture complémentaire pour les dommages matériels en rapport avec le gravier ou le béton livrés. Suite à une livraison de gravier défectueux, il y a eu dommage. Le Tribunal fédéral a confirmé la responsabilité du courtier en assurances en raison de la violation fautive de son obligation de diligence: il aurait dû remarquer le défaut de couverture, ou à tout le moins, rendre l'entreprise attentive à celui-ci.