

Gestion des réclamations, responsabilité civile du planificateur et assurance

Rempporter un marché public, oui – mais achever ensuite le chantier sur un bon résultat financier peut s'avérer un exercice difficile pour les entreprises de construction. Aussi ces dernières tentent-elles parfois de rentrer dans leurs frais, voire de tirer un bénéfice, en créant astucieusement des droits à des rémunérations supplémentaires. Lorsque de telles revendications aboutissent, les planificateurs se retrouvent souvent en ligne de mire et sous le feu du maître d'ouvrage, qui les rend responsables de ces surcoûts. Le secteur des assurances ayant lui aussi remarqué la tendance, certaines polices d'assurance de projet ne sont désormais en partie plus proposées.

Dans le cadre d'une mise au concours publique de prestations de construction, les entrepreneurs soumissionnaires définissent généralement, à l'appui de l'ensemble des documents d'appel d'offres, le prix des cahiers des charges établis par l'auteur du projet. Cette définition de la prestation à fournir, imposée par l'ensemble de l'appel d'offres, est appelée «proposition officielle». Tous les soumissionnaires doivent normalement présenter une telle offre conforme en tous points aux exigences de l'adjudicateur. Cette procédure devrait, en théorie, aboutir à des offres directement comparables pour des prestations absolument

identiques. Or il est tentant pour les soumissionnaires de contourner cette exigence théorique en faisant croire que leur offre s'y conforme – alors que ce n'est pas le cas.

Il existe différentes méthodes pour ce faire. Parmi les mieux connues figurent le transfert de coûts et la spéculation sur les quantités. Une autre méthode pourrait être qualifiée de «variante d'entrepreneur déguisée»:

Afin de garantir la comparabilité des offres lors de la procédure d'adjudication, les variantes d'entreprise ou variantes d'entrepreneur (c'est-à-dire des offres qui diffèrent de la proposition officielle) ne sont d'ordinaire pas autorisées. Le stratagème de la variante d'entrepreneur déguisée consiste à s'écarter de la variante officielle à l'insu de l'adjudicateur – de manière en quelque sorte subliminale – de façon que ce dernier ne puisse pas identifier l'offre comme un cas clair de variante d'entreprise et, partant, l'exclure de la procédure d'adjudication. Ainsi, le prix du cahier des charges sera certes chiffré comme spécifié, mais l'offre contiendra des éléments jouant sur une compréhension différente de certains points particuliers par rapport à l'appel d'offres (p. ex. un concept d'élimination des déchets «optimisé» différent).

L'entrepreneur peut-il, après la conclusion du contrat et dès lors que son offre est devenue partie intégrante de celui-ci, se prévaloir d'éléments divergeant de ceux de l'appel d'offres?

Il n'y parvient peut-être pas toujours, mais néanmoins assez fréquemment: la jurisprudence des tribunaux civils considère en effet la procédure de soumission de droit public et la conclusion de contrat de droit privé comme des affaires totalement distinctes. Par conséquent, un tribunal civil peut sans autre interpréter un contrat de construction dans un sens qui, si cette interprétation avait été reconnue par l'adjudicateur en amont pendant la procédure d'adjudication, aurait dû conduire à une exclusion du soumissionnaire. En attendant, la finalité visée reste que la définition de l'étendue des prestations telle que prévue et annoncée par l'appel d'offres n'est plus exactement applicable.

L'entrepreneur obtient le même résultat lorsque, après avoir remporté une procédure d'adjudication, il convient avec le maître d'ouvrage de (supposées) optimisations supplémentaires: du point de vue du droit contractuel, la définition de la prestation due telle qu'elle avait été mise au concours, ne s'applique plus exactement. De telles optimisations peuvent par exemple contraindre à revoir totalement le programme officiel de construction. Or si le planificateur était amené à devoir livrer des documents d'exécution (notamment des plans) tardivement par rapport audit programme, l'entreprise pourrait estimer que ce délai n'est plus conforme au calendrier et exiger une rémunération supplémentaire du fait d'un «retard de livraison des plans».

Les variantes d'entrepreneur déguisées et les optimisations a posteriori reposent la plupart du temps sur une confiance excessive en une seule information contenue dans les documents d'appel d'offres, lesquels se fondent généralement sur l'état du projet au stade de la «soumission». L'astuce consiste à accorder, par exemple à une indication de mesure dans un plan ou à une phrase dans une expertise du sol de fondation, une valeur d'absolu. L'auteur de la variante officielle quant à lui, peut-être conscient des incertitudes entourant l'exécution, en aura tenu compte en prévoyant éventuellement des quantités plus importantes que celles auxquelles l'on pouvait s'attendre sur la seule base des cotes indiquées sur le plan ou de l'une des phrases de l'expertise géologique. Les variantes d'entreprise et les optimisations éliminent souvent de telles marges de manœuvre contenues dans la solution officielle. Résultat: les marges de manœuvre ainsi perdues compliquent par la suite également le développement du projet de la phase «soumission» à la phase «documents d'exécution».

Si l'une des cotes indiquées sur le plan ou l'une des phrases de l'expertise du terrain à bâtir s'avéraient (partiellement) inexactes, l'entrepreneur pourra faire valoir que ces données ne correspondent plus aux bases de calcul, invalidant par là même la structure tarifaire du contrat en raison d'indications prétendument erronées dans

les documents d'appel d'offres. Ce qui peut signifier, au pire des cas, pour le maître d'ouvrage de devoir modifier le mode d'exécution et adapter la durée des travaux – et de voir la validité des prix et des délais du contrat de construction fortement relativisée et les coûts augmenter.

Le maître d'ouvrage ne manquera pas de s'interroger si l'auteur du projet ou le géologue doivent être tenus pour responsables de la cote imprécise ou de la phrase ambiguë dans l'expertise géologique. En présence de grands projets pourront rapidement entrer en jeu des prétentions potentielles en responsabilité civile se chiffrant en millions de francs et des procès civils s'étendant sur plusieurs années, avec à la clé des frais d'avocat et d'experts à hauteur de plusieurs centaines de milliers de francs.

Comment se prémunir de telles déconvenues? Qui rédige, en qualité d'auteur de projet, une variante officielle pour un appel d'offres public devrait attirer l'attention du maître d'ouvrage de façon démontrable (autrement dit, par écrit) sur les risques inhérents aux divergences par rapport à la proposition officielle. Il en va de même pour les ingénieurs en charge d'appels d'offres public: il leur incombe d'informer le maître d'ouvrage des variantes d'entrepreneur déguisées et des risques concomitants. La précaution s'applique également après l'adjudication à

l'endroit d'optimisations ultérieures proposées par l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage qui déciderait malgré tout de s'aventurer dans de telles optimisations veillera à établir une réglementation contractuelle claire – notamment pour ce qui est de savoir qui assume les risques dans l'éventualité où les estimations sous-jacentes à l'optimisation se révéleraient incorrectes.

Les maîtres d'ouvrage publics, les associations et les assurances devraient discuter ouvertement de limitations en matière de responsabilité, lesquelles sont monnaie courante à l'étranger. Sinon, il est prévisible que d'importants ouvrages ne puissent plus, à l'avenir, être assurés adéquatement. À l'heure actuelle, obtenir encore, sur le marché de l'assurance, des offres de polices de projet pour de grands projets d'infrastructure tient déjà du parcours du combattant.

Nous sommes aujourd'hui confrontés à un système qui tend à inciter certains entrepreneurs soumissionnaires à chercher la faille dans l'appel d'offres, aux fins de faire exploser la structure tarifaire et les délais fixés par la procédure d'adjudication. Tout le monde s'accordera à dire que cette évolution s'engage dans une impasse. Mais il s'agit là d'un phénomène dont l'endiguement dépasse la seule responsabilité civile professionnelle des ingénieurs.

«Si le planificateur était amené à devoir livrer des documents d'exécution tardivement par rapport au programme, ce délai pourrait être considéré comme non conforme au calendrier.»