

7 juillet 2021

FACT-SHEET

PROBLÈMES DANS LA LIVRAISON DE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION

Depuis le début de 2021, les annonces de difficultés et d'obstacles lors de la livraison de matériaux de construction se multiplient, à l'instar du renchérissement affectant le prix d'achat desdits matériaux. La situation s'aggrave notamment dans le secteur du bois, manifestement en conséquence d'une demande accrue de la part des États-Unis et de la Chine. Au problème de la forte hausse des prix s'ajoute également celui de délais de livraison désormais plus longs et moins fiables.

Or comment les directions de travaux et les maîtres d'ouvrage doivent-ils, dans le cas de contrats en cours, réagir aux déclarations de pénurie émises par les entreprises? Cette question se pose tout particulièrement lorsque sont appliqués des prix fixes – et ce, sans qu'une réglementation en matière de renchérissement ait été convenue par contrat (selon les normes contractuelles SIA 122, 123, 124 et 125).

RÉMUNÉRATION SUPPLÉMENTAIRE MALGRÉ LE PRIX FIXE ET À DÉFAUT DE RÉGLEMENTATION DU RENCHÉRISSEMENT?

Le principe est clair: les contrats sont exécutés tels qu'ils ont été convenus.

Sur ordre du juge toutefois, une adaptation d'un contrat contre la volonté de l'une des parties contractantes est exceptionnellement possible (art. 373, al. 2, CO, et art. 59 SIA-118) si, après la conclusion du contrat, les circonstances se modifient fondamentalement au point de perturber gravement l'équilibre entre prestation et contre-prestation. Une telle adaptation judiciaire du contrat requiert néanmoins, comme condition préalable, le caractère imprévisible ou non évitable de la modification de la relation au moment de la conclusion du contrat. Les tribunaux appliquent à cet égard une mesure plutôt stricte, sachant que toute exécution d'un ouvrage

à des prix forfaitaires ou unitaires fixes comporte un élément spéculatif, lequel doit également être pris en considération en tant que risque (ATF 104 II 314 [de], consid. b, p. 317). Pour faire valoir ses droits, l'entrepreneur est en outre formellement tenu d'informer le maître d'ouvrage des circonstances extraordinaires (art. 59, al. 3, SIA-118, et art. 365, al. 3, CO).

Les circonstances extraordinaires ne sont cependant pas suffisantes en soi: elles doivent de surcroît avoir entraîné une disproportion si flagrante entre la prestation de construction et la rémunération qu'il n'est plus raisonnable, en toute bonne foi, d'exiger de l'entrepreneur qu'il exécute les travaux au prix convenu. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de considérer des positions individuelles. Le principe de disproportion s'applique entre la prestation globale et la rémunération globale.

Jusqu'ici, la jurisprudence ne s'est jamais arrêtée à une formule particulière. Aussi, pour ce qui est du droit suisse, n'est-il pas possible de dire à partir de quel pourcentage une hausse du coût total imputable à des circonstances extraordinaires, par rapport au prix inchangé de l'ouvrage total, peut être considérée comme «flagrante». Le droit italien offre ici quelques pistes en se basant sur une augmentation du coût total de plus de 10 % du prix de l'ouvrage. En ce cas, seule la différence excédant ces 10 % est prise en compte pour la réévaluation du prix.

La Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrages publics (KBOB) est allée plus loin s'agissant de la hausse considérable des prix de divers matériaux de construction. Elle a, en date du 31 mai 2021, publié deux recommandations:

- a. «Recommandations concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des travaux de construction»;

- b. «Recommandations concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois».

Les recommandations de la KBOB à l'intention de ses membres ont la teneur suivante:

- a) *Pour les travaux de construction: «En cas d'augmentation ou de diminution des coûts résultant de variations extraordinaires de prix des matériaux, ceux-là doivent être indemnisés rétroactivement dans la mesure où ils dépassent 5 % des coûts totaux des matériaux par rapport à la date de référence (jour de la remise des offres). Ces évolutions des prix sont prises en considération sur une période de 6 mois.»*
- b) *Pour les constructions en bois: «En cas d'augmentation ou de diminution des coûts résultant de variations extraordinaires de prix des matériaux, ceux-là doivent être indemnisés rétroactivement dans la mesure où ils dépassent 10 % des coûts totaux des matériaux par rapport à la date de référence (jour de la remise des offres).»*

Ce faisant, la KBOB s'écarte notablement de la jurisprudence et de la doctrine, et ceci en faveur des entrepreneurs concernés puisque le facteur déterminant pour une rémunération supplémentaire n'est pas le coût total de l'ouvrage, mais le coût total des matériaux de construction. Par ailleurs, la «valeur seuil» ainsi calculée de 5 % (pour les travaux de construction) ne se situe guère dans la fourchette de ce qu'un tribunal qualifierait de «disproportion flagrante».

En tout état de cause, il est fort probable que cette recommandation de la KBOB aura une incidence considérable dans la pratique, voire sur la jurisprudence elle-même également.

PROLONGATION DE LA DURÉE DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION

S'il n'est objectivement pas possible pour l'entrepreneur de respecter les délais convenus en raison de problèmes de livraison de matériaux, ce dernier a droit – conformément à l'art. 96 SIA-118 – à une prolongation appropriée de la durée des travaux de construction, pour autant qu'il ait immédiatement informé le maître d'ouvrage que l'exécution ponctuelle de l'ouvrage était compromise (art. 25, al. 1, SIA-118, et art. 365, al. 3, CO).

Le maître de l'ouvrage peut alors user de son droit d'exiger de l'entrepreneur qu'il prenne des mesures pour accélérer les travaux, en supportant toutefois lui-même les frais correspondants

(art. 95, al. 3, SIA-118). Prétendre à des mesures d'accélération ne paraît cependant guère envisageable dans le cas d'un manque manifeste de disponibilité de matériaux.

En admettant que le maître d'ouvrage s'en tienne à la prolongation appropriée de la durée des travaux de construction, l'entrepreneur n'aura en revanche droit à aucune rémunération supplémentaire, étant donné que le retard n'est pas imputable à une faute du maître d'ouvrage (cf. art. 58, al. 1, SIA-118). Mais l'on pourrait aussi – à travers l'éclairage apporté par certains auteurs dans le contexte juridiquement similaire du COVID-19 – interpréter la situation différemment: selon eux, le surcroît de dépenses dû à une prolongation de la durée des travaux devrait être assumé par le maître d'ouvrage, si ce dernier n'est pas disposé à prendre à sa charge d'éventuelles mesures d'accélération.

Enfin, si face à une pénurie de matériaux occasionnée par des perturbations générales de l'économie de marché, le chantier devait être temporairement interrompu, l'art. 61 SIA-118 («interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels») pourrait s'appliquer: l'entrepreneur n'aurait alors droit à une rémunération supplémentaire pour les frais additionnels découlant de l'interruption des travaux que s'il en a été convenu ainsi par contrat. Vu le peu de cas d'application de cette disposition au cours des dernières décennies, il n'existe pas de pratique établie à cet égard. Mais la situation actuelle pourrait changer la donne.

CONCLUSION CONCERNANT LES CONTRATS D'ENTREPRISE

Justifier des prétentions complémentaires ou une prolongation de la durée des travaux en invoquant des considérations générales sur un état des lieux global ou local du marché des matériaux de construction, ne saurait suffire. L'entrepreneur doit prouver de manière concrète l'indisponibilité actuelle et/ou en temps voulu, ou encore à des prix qui ne soient pas majorés, du matériau requis sur le chantier. L'existence d'un droit à une indemnisation de renchérissement dépend du modèle de rémunération convenu. Seule demeure sinon l'option de faire valoir des circonstances extraordinaires. Par comparaison avec les dispositions du Code des obligations et la norme SIA 118, les recommandations de la KBOB vont largement dans le sens des intérêts de l'entrepreneur. Toujours est-il qu'il sera plus facile à ce dernier de solliciter une prolongation de la durée des travaux de construction, même s'il ne pourra généralement guère reporter sur le maître d'ouvrage les coûts de la mise à disposition prolongée des machines et des installations.

Quoi qu'il en soit, il reste toujours concevable que le contrat d'entreprise concret prévoit une répartition des risques différente, souvent plus favorable au maître d'ouvrage, ayant préséance sur les règles plus générales.

COMPORTEMENT DU PLANIFICATEUR

La situation actuelle mérite qu'on lui prête attention du point de vue du planificateur également. Certes, celui-ci ne fournit lui-même aucun matériau de construction susceptible d'être affecté par des hausses de prix et/ou des retards de livraison. En sa qualité d'ingénieur en revanche, il conseille son mandant quant au projet de construction et élabore diverses bases à cet effet, notamment des échéanciers et des devis. S'il a connaissance de difficultés imminentes que pourrait rencontrer l'entrepreneur lors de l'achat de matériaux, il doit prendre en compte ces circonstances dans sa planification, de même qu'il est tenu d'en informer pleinement le mandant en temps utile.

En conséquence, l'on ne saurait que trop recommander d'aborder thématiquement les différents défis du projet dans le cadre d'un échange actif et permanent avec le mandant. S'il convient d'émettre des prévisions – en termes de coûts

et/ou de délais –, il est conseillé en tous les cas d'assortir les informations correspondantes d'une clause de non-responsabilité, laquelle pourrait être formulée comme suit:

«Les prévisions de coûts et la planification des délais se fondent sur des valeurs empiriques et des paramètres des dernières années, ainsi que sur des offres aux conditions usuelles du marché. Toutefois, le mandant est rendu attentif au fait qu'en raison de la pandémie mondiale de COVID-19, l'on observe actuellement des turbulences sur les marchés internationaux d'approvisionnement. Il en découle des complications dans l'achat de matériaux de construction, lesquelles sont imprévisibles et apparaissent en partie à court terme, et dont il est impossible d'évaluer les développements. Cette situation peut entraîner en particulier des augmentations massives des prix d'approvisionnement et/ou des retards dans les délais de livraison. Quand bien même le mandataire met tout en œuvre pour empêcher de tels effets négatifs, l'on ne saurait exclure un impact important sur le présent projet. Par conséquent, le mandataire n'est pas en mesure de garantir l'exactitude des prévisions de coûts ni celle de la planification des délais.»