

7 juillet 2021/Mise à jour du 4 avril 2022

## FACT-SHEET

# PROBLÈMES DANS LA LIVRAISON DE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION

*Depuis début 2021, les notifications relatives aux difficultés et aux obstacles rencontrés lors de la livraison de matériaux de construction ainsi qu'à l'augmentation concomitante du prix d'achat desdits matériaux se sont multipliées. Cette tendance persistante au renchérissement du prix des matériaux de construction ne montre aucun signe de ralentissement. Ainsi les produits en acier ou en bois, les tuyaux en plastique, les panneaux isolants et les pierres naturelles travaillées connaissent-ils à l'heure actuelle des hausses de prix particulièrement importantes.*

*À ce tableau vient désormais s'ajouter la guerre en Ukraine, avec pour corollaire une aggravation des pénuries sur les marchés de l'acier et des métaux: l'Ukraine et la Russie figurent en effet parmi les cinq principaux exportateurs nets mondiaux d'acier et de produits précurseurs.*

*Le problème de la forte hausse des prix s'accompagne donc de celui des délais de livraison, dorénavant 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 annonces de pénurie émises par les entrepreneurs? Cette question se pose tout particulièrement lorsque sont appliqués des prix fixes – et ce, sans qu'une réglementation du renchérissement ait été convenue par contrat (selon les normes contractuelles SIA 122, 123, 124 et 125).*

## RÉMUNÉRATION MAJORÉE MALGRÉ LE PRIX FIXE ET LE DÉFAUT DE RÉGLEMENTATION DU RENCHÉRISSEMENT

Le principe est clair: les contrats doivent être 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 inévitable 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). Une autre condition formelle consiste en ce que le maître d'ouvrage ait été informé 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 une exécution des travaux au prix offert. 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 d'interprétation 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, pour l'heure, publié deux recommandations, à savoir:

- a. «Recommandations concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des travaux de construction» (4 février 2022);
- b. «Recommandations concernant la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois» (9 juin 2021).

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». À moins bien entendu qu'elles aient été reprises dans le contrat d'entreprise concret, il est dès lors fort peu probable que les recommandations de la KBOB soient appliquées par les tribunaux.

L'application, parfois invoquée dans la pratique, de l'art. 119 CO (Impossibilité de l'exécution) va généralement trop loin. Faire valoir l'impossibilité d'exécution par suite d'un cas de force majeure requerrait de l'entrepreneur la preuve qu'il n'est plus en mesure de fournir ses prestations de manière objective et durable en raison d'un événement extérieur survenu après la conclusion

du contrat. La survenance de cet événement doit en l'occurrence revêtir un caractère imprévisible. Or le simple renchérissement des prix n'entraîne pas en soi une incapacité pour l'entrepreneur d'exécuter ses obligations.

## **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'entienne à la prolongation appropriée de la durée des travaux de construction, l'entrepreneur n'aura en revanche droit à aucune rémunération majorée, 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 – au travers de 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 détaillée 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'impossibilité d'exécution, en application de l'art. 119 CO, n'est en règle générale pas retenue. En revanche, l'existence d'un droit à une rémunération majorée pour des raisons 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. En tout état de cause, 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 différente des risques – 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.

## PRÉVOIR UNE CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Partant, 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 ainsi que de la guerre en Ukraine, 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 engendrer 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.»*

## PROLONGATION DES DÉLAIS

En principe, le planificateur est tenu de respecter pour ses tâches d'étude de projet et de direction des travaux, les délais définis contractuellement. Si le déroulement de travaux accuse des retards imputables à des lenteurs de l'entrepreneur dans la livraison des matériaux de construction ou à des carences ou lenteurs décisionnelles de la part du mandant, le respect de ces délais par le planificateur peut être compromis. Si ce dernier n'est pas en mesure de respecter les délais contractuels en raison de telles circonstances dont il n'est pas responsable, il dispose d'un droit à une prolongation appropriée des délais. En règle générale, la durée de prolongation du délai est raisonnable si elle correspond au moins à la durée du retard subi.

## RÉMUNÉRATION MAJORÉE

Des retards dans le déroulement des travaux dus à des lenteurs de l'entrepreneur dans la livraison des matériaux de construction sont susceptibles d'occasionner un surcroît de travail pour le planificateur, en particulier dans la supervision des travaux, notamment lorsque la durée

de construction se prolonge et accroît de ce fait l'étendue de l'activité de supervision (nombre de séances, de tournées de contrôle, etc.).

Si les parties au contrat de mandataire ont convenu d'une rémunération selon les dépenses effectives, le potentiel de conflit concernant la facturation est moindre, sachant que les dépenses requises en sus sont admises dans le décompte effectif et honorées en conséquence.

Si en revanche les parties ont convenu d'honoraires forfaitaires, la facturation ne s'effectue pas en fonction des dépenses effectives. Dans l'éventualité où les circonstances ont changé, le planificateur aura toutefois, ici encore, la possibilité de faire valoir un droit à une rémunération majorée. La rémunération doit notamment être adaptée si, après la conclusion du contrat, l'étendue des prestations stipulée contractuellement s'est modifiée. Le cas d'une telle modification du contenu des prestations se présente non seulement si le planificateur est tenu de fournir des prestations autres ou supplémentaires, mais également s'il doit fournir les prestations convenues dans des conditions d'exécution modifiées. L'on pourrait citer, à titre d'exemple, une prolongation de la durée de construction causant à son tour un net allongement de l'activité de supervision des travaux.

Une adaptation de la rémunération s'impose aussi en cas de changement ultérieur des conditions d'exécution. Une telle adaptation peut résulter, dans le domaine du contrat d'entreprise, de «circonstances extraordinaires» (art. 373, al. 2, CO) ou, dans le domaine du droit du mandat, tout simplement de la bonne foi.

**Auteurs:**

Daniel Gebhardt / Michael Kaufmann / Thomas Siegenthaler, docteur en droit / Mario Marti, docteur en droit / Nicole Maurer

Les conseils juridiques de l'USIC et de la Fondation usic se tiennent volontiers à disposition pour tout renseignement complémentaire: [www.usic.ch/fr/rechtsberatung](http://www.usic.ch/fr/rechtsberatung)