



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Schweizerische Baurechtstagung
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:
2015

Claim management et contrat de construction

Auteur / Autor:
Carron Blaise

Claim management et contrat de construction

Comment gérer les prétentions complémentaires et les revendications de l'entrepreneur ?

Blaise Carron, Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, Berne¹

I. Introduction

II. Les revendications (« claims »)

- A La notion
 - 1. Une définition
 - 2. Un phénomène inhérent au contrat de construction
 - 3. Un droit de l'entrepreneur juridiquement protégé
 - 4. Pas une formule magique
- B Les conditions communes et le fardeau de la preuve
 - 1. Les conditions communes
 - 2. Le fardeau de la preuve
- C Les principales revendications
 - 1. La modification de commande
 - 2. Le retard du maître dans l'exécution de ses devoirs de collaboration
 - 3. Les circonstances imprévues

III. La gestion des revendications (« claim management »)

- A La notion
 - 1. Une définition
 - 2. Une approche contractuelle chronologique
- B Le claim management et la conclusion du contrat
 - 1. Les mesures à prendre par le maître
 - 2. Les mesures à prendre par l'entrepreneur
 - 3. Les mesures à prendre par les deux parties
- C Le claim management et l'exécution du contrat
 - 1. Les principes
 - 2. La mise en œuvre pratique
- D Le claim management et la résolution d'un conflit contractuel
 - 1. Une méthode pour évaluer les chances de succès d'une claim
 - 2. Les méthodes de règlement des litiges de construction
 - 3. Une méthode de gestion des prétentions complémentaires

IV. Conclusion

Bibliographie

¹ Nous tenons à remercier Me Julien Delaye, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour l'aide apportée à la mise au point de ce texte.

I. Introduction

La gestion des prétentions complémentaires – « *claim management* » selon l'expression anglaise consacrée – est un thème récurrent dans les projets de construction.

D'une part, certains *critiquent* le fait que les entrepreneurs utilisent des juristes et des techniciens pour découvrir les erreurs, contradictions ou lacunes dans les documents d'appel d'offres, pour constituer ensuite des dossiers de revendications et pour obtenir enfin une majoration du prix du marché, adjugé trop bas². On leur rétorque que les maîtres formulent de leur côté des conditions contractuelles toujours plus strictes, visant à reporter sur l'entrepreneur tous les risques relatifs au projet de construction, y compris leurs propres erreurs de planification (ou celles de leurs mandataires)³. Face à ces développements, certains spécialistes tirent la sonnette d'alarme, mettent en garde contre cette boîte de Pandore et dénoncent un nouveau modèle d'affaires pour les entrepreneurs et les spécialistes du droit de la construction⁴.

D'autre part, les prétentions complémentaires *font naturellement partie* du processus de construction et sont intimement liées au caractère prototypique d'un ouvrage. Elles appartiennent au cycle de vie d'un projet de construction et les parties doivent en tenir compte dans leurs documents et leur relation contractuels. Il s'agit donc pour le maître et l'entrepreneur de gérer ces prétentions complémentaires par un « management » adapté, plutôt que d'essayer – en vain – de les éliminer.

Dans la présente contribution, nous aborderons la notion de claims (I) avant de développer les principes d'un claim management efficace (II).

II. Les revendications (« claims »)

Après avoir présenté la notion (A), nous exposerons les conditions communes (B) pour faire valoir une prétention complémentaire. Nous présenterons ensuite les conditions spécifiques et conséquences relatives à quelques claims typiques (C).

A La notion

Même si l'expression « claim » est courante dans le monde de la construction, il convient de la définir (1) et de souligner son caractère inhérent au contrat de construction (2). Il s'agit d'un droit juridiquement fondé de l'entrepreneur (3), mais pas d'une formule magique permettant à l'entrepreneur de se sortir de situations compromises (4).

1. Une définition

Par « *prétentions complémentaires* », on entend toute créance contractuelle de l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage⁵ visant à obtenir soit une rémunération supplémentaire, soit une prolongation des délais convenus⁶.

Le concept de « claim » est *courant dans le jargon de la construction*, de part et d'autre de la Sarine. Certains chercheurs et ingénieurs en ont même fait un thème de recherche privilégié⁷.

² SPIESS, Referat Bauablaufstörungen, p. 1.

³ Cf. not. CARRON BENOIT, Le mandataire, p. 173 ss.

⁴ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 351.

⁵ Dans la présente contribution, l'expression « maître » ou « maître de l'ouvrage » fait également référence à « la direction des travaux » ou au « mandataire spécialisé » qui agit en tant qu'auxiliaire du maître de l'ouvrage au sens strict.

⁶ Dans ce sens, HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 85 et 87, qui limite toutefois la définition aux créances pécuniaires, sans y inclure les questions de délai.

Les auteurs germanophones utilisent aussi le concept de « Nachtragsforderung » et de « Nachtragsmanagement ». En revanche, la terminologie française est moins établie : on parle tantôt de « prétentions complémentaires », de « revendications », de « réclamations »⁸ ou de « prétentions additionnelles », voire improprement d'« avenants »⁹.

Paradoxalement, la notion de « claim » est *quasi-ignorée des juristes*. Ni les dispositions légales sur le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO), ni la jurisprudence fédérale consultée ne mentionnent ce concept. Il en va de même des conditions générales habituellement intégrées, en particulier de la « Norme SIA-118, Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction, édition 2013 » (ci-après : norme SIA-118 ou SIA-118)¹⁰. La doctrine, quant à elle, est plutôt discrète : P. GAUCH¹¹ et F. CHAIX¹² ne font qu'évoquer le sujet. Seul un juriste germanophone, R. HÜRLIMANN, a traité ce thème de façon plus approfondie dans des contributions écrites récentes¹³.

2. Un phénomène inhérent au contrat de construction

Les prétentions complémentaires sont inévitables, parce qu'*inhérentes au contrat de construction*¹⁴, notamment pour les raisons suivantes :

- 1° Le processus de construction débute par une idée immatérielle que les nombreux acteurs – maître, architecte, mandataires spécialisés et entrepreneurs – concrétisent graduellement de manière interactive¹⁵. Le *procédé itératif de création de l'ouvrage* – voyant se succéder une esquisse, un avant-projet, un projet, une planification de détail, puis l'exécution et la mise en service d'un ouvrage – provoque des modifications, lesquelles engendrent à leur tour de nouvelles prétentions contractuelles¹⁶. Contrairement à l'acheteur dans un contrat de vente, le maître ne peut pas choisir, à l'avance, un produit fini.
- 2° Chaque projet de construction a un *caractère prototypique*¹⁷. Même s'il ne subit pas de bouleversement conceptuel entre l'avant-projet et le résultat final, l'ouvrage est implanté dans un environnement local particulier. Les phases de planification et d'exécution sont caractérisées par de nombreuses inconnues (p.ex. les oppositions de tiers, le développement de nouveaux projets voisins, la nature exacte du sol), voire par des événements imprévisibles (p.ex. des circonstances extraordinaires) qui requièrent des adaptations en cours de réalisation.
- 3° Le *cadre législatif* ainsi que les *normes et prescriptions techniques* évoluent rapidement, obligeant les acteurs de la construction à adapter leurs projets de longue durée aux nouvelles exigences¹⁸.

⁷ Cf. not. GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 81 ss ; GIRMSCHIED ET AL., Faires Nachtragsmanagement ; GIRMSCHIED / HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (1-8) ; GIRMSCHIED / HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche ; GIRMSCHIED, Produktionsstörungen.

⁸ HÖK, Conditions FIDIC.

⁹ La KBOB parle d'« avenants » et de « gestion des avenants », en se concentrant non pas sur la prétention de l'entrepreneur, mais sur le résultat de celle-ci dans les documents contractuels écrits, cf. KBOB, Guide, p. 4.

¹⁰ L'art. 87 al. 1 SIA-118 parle de « prix complémentaire » : il s'agit d'une rémunération supplémentaire dont les parties doivent convenir en cas de modification de commande, faute de quoi les tarifs de régie s'appliquent.

¹¹ GAUCH, Werkvertrag, n. 785 (*Nachtragsvergütung*).

¹² CR-CHAIX, Art. 373, n. 10.

¹³ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 81 ss ; HÜRLIMANN, Bauablaufstörungen, p. 815 ss ; ég. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 480 ss ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (1-8).

¹⁴ KBOB, Guide, p. 3.

¹⁵ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 480.

¹⁶ Dans ce sens, GAUCH, Bauherr, p. 8, en parlant de la modification de commande.

¹⁷ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 351.

¹⁸ Cf. not. OFROU, Rapport, p. 8 et 51 ss.

- 4° La *gestion toujours plus dynamique* des projets requiert une grande flexibilité de la part des intervenants. Ce dynamisme complique singulièrement la définition précise du projet de construction et l'estimation de ses coûts¹⁹. Il n'est pas rare que le budget, voire le maître, change en cours de projet. Par exemple, une entreprise totale initie un projet d'immeuble commercial, puis un investisseur institutionnel le reprend en cours de réalisation et l'adapte partiellement. Lors de la signature des baux commerciaux, les utilisateurs finaux exigent à leur tour des aménagements particuliers. La réalisation en flux tendu de tels projets de construction favorise l'apparition de prétentions complémentaires.
- 5° Aussi bien le maître que l'entrepreneur ne *s'organisent pas parfaitement*. Ils fournissent des instructions incomplètes ou tardives, prennent des décisions erronées ou inadéquates. Ces déficiences peuvent entraîner une modification des prestations convenues et une augmentation de la charge de travail pour l'entrepreneur, qui formulera parfois des revendications.

3. Un droit de l'entrepreneur juridiquement protégé

Bien que ni la loi, ni les conditions générales usuelles (p.ex. la norme SIA-118) ne mentionnent explicitement la notion de « claims » et que la terminologie française recourt parfois à des dénominations négativement connotées (p.ex. les revendications), les prétentions complémentaires fondées constituent des *droits juridiquement protégés* de l'entrepreneur, dont il peut obtenir la protection devant un tribunal étatique ou arbitral.

En simplifiant, le devoir du maître peut constituer d'une part une *obligation*, dont la violation entraîne un cas d'inexécution contractuelle (art. 97 ss CO) ou de demeure (art. 102 ss CO)²⁰. D'autre part, le devoir peut être une *incombance* dont le non-respect entraîne la demeure du créancier (art. 91 ss CO) et donne naissance soit à une prétention de l'entrepreneur en rémunération supplémentaire ou en dommages-intérêts, soit à du temps supplémentaire, soit aux deux²¹.

Bien entendu, une prétention complémentaire n'est *juridiquement fondée* que si les conditions de son existence sont réunies. A ce stade, on peut retenir que les prétentions complémentaires donnent droit à une adaptation de la rémunération et/ou à du temps supplémentaire lorsque l'entrepreneur doit fournir des prestations effectives qui divergent de celles convenues initialement, et ce, pour des motifs dont le maître répond ou qui se trouvent dans sa sphère de risque et que cette divergence cause une augmentation de la charge de travail de l'entrepreneur²². Les *conditions générales et spécifiques* des principaux types de prétentions complémentaires seront présentées plus tard²³.

4. Pas une formule magique

Contrairement à une opinion parfois colportée, les prétentions complémentaires ne constituent *pas une formule magique* permettant de corriger les appréciations erronées d'une offre ou de transformer un projet déficitaire en affaire bénéficiaire ; elles ne devraient pas non plus devenir un modèle d'affaires en soi²⁴.

¹⁹ SPIESS, Referat Bauablaufstörungen, p. 1.

²⁰ Les références choisies sont celles de la partie générale du CO, à l'exclusion des dispositions de la partie spéciale qui restent bien entendu applicables.

²¹ GAUCH, Werkvertrag, n. 1328 ss, en partic. n. 1337 (pour les incombances) ; cf. ég. CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 147 s.

²² KBOB, Guide, p. 8. Pour plus de détails sur les conditions, cf. I.B.1 (conditions communes) et I.C (conditions spécifiques de chaque claim).

²³ Cf. I.C.

²⁴ Du même avis, GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 354.

Pour justifier une prétention complémentaire, l'entrepreneur doit établir l'existence de *conditions légales ou contractuelles particulières*²⁵. Il supporte en cela le fardeau de la preuve²⁶. Par conséquent, les claims ne permettent pas à l'entrepreneur de se sortir d'une situation inconfortable par un tour de passe-passe ; leur admission requiert la conjugaison de plusieurs conditions, dont l'entrepreneur devra établir l'existence²⁷.

B Les conditions communes et le fardeau de la preuve

Nous exposerons d'abord les conditions communes aux divers claims (1), puis nous traiterons du fardeau de la preuve (2).

1. Les conditions communes

Quelle que soit la prétention complémentaire formulée, l'entrepreneur devra en principe établir l'existence des *conditions communes*²⁸ :

- 1° Une *divergence d'hypothèses non imputable à l'entrepreneur*. D'une part, les hypothèses convenues ou attendues lors de la conclusion du contrat doivent diverger de celles existant effectivement lors de son exécution. Cette divergence peut avoir des origines variées : nous traiterons plus spécifiquement de la modification (unilatérale) de commande, du retard du maître dans l'exécution de ses devoirs ou de l'apparition de circonstances imprévues²⁹. D'autre part, la divergence ne doit pas être imputable à l'entrepreneur : elle doit relever de la sphère de risque du maître³⁰. Celui-ci doit répondre de la situation, soit parce qu'il a commis une faute, soit en vertu d'un acte de ses auxiliaires (architecte, ingénieur ou autre mandataire spécialisé), soit encore parce que le législateur ou la convention lui font supporter les conséquences de circonstances tierces (p.ex. retard dû à une demeure ou une mauvaise exécution de l'entrepreneur précédent³¹).
- 2° L'*augmentation de la charge de travail* de l'entrepreneur³². L'entrepreneur doit établir une augmentation de sa charge de travail qui se traduit par des coûts additionnels et/ou un besoin supplémentaire de temps. En effet, une divergence d'hypothèses entre la conclusion du contrat et l'exécution de l'ouvrage n'entraîne pas nécessairement des coûts additionnels pour l'entrepreneur ou ne péjore pas l'avancement du chantier : il est des modifications de commande, des violations des devoirs de collaboration du maître, des circonstances imprévisibles ou des dérangements dans le déroulement de la construction qui n'ont aucune influence sur les coûts ou sur les délais de réalisation de l'ouvrage. Dans un tel cas, il n'y a en principe pas de conséquences juridiques et donc pas de revendication valable³³.
- 3° Un *rapport de causalité*. La divergence d'hypothèses relevant de la sphère de risque du maître et le surcroît de la charge de travail de l'entrepreneur doivent se trouver dans un rapport de causalité adéquate et naturelle. La causalité est naturelle lorsque la divergence est une cause nécessaire de la surcharge de travail ; elle est adéquate lorsque, selon le cours

²⁵ Cf. I.A.3 ; ég. GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353.

²⁶ Cf. I.B.2.

²⁷ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (1), Baublatt n° 8 du 22 février 2013, p. 13.

²⁸ Pour les conditions spécifiques aux principales revendications, cf. I.C. Pour une présentation légèrement différente, HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 92 ss. Eg. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (7), Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 8 ss.

²⁹ Cf. I.C.1, I.C.2. et I.C.3.

³⁰ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353 ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 93.

³¹ GAUCH, Werkvertrag, n. 1338.

³² GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353, qui ne parle que de *zusätzliche Kosten*.

³³ Pour la violation des devoirs de collaboration du maître, cf. ZELTNER, Mitwirkung, n. 89 ; pour la modification de commande, cf. I.C.1.

ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la divergence est susceptible d'entraîner un tel surcroît³⁴.

- 4° Le *devoir d'avis* de l'entrepreneur. L'entrepreneur fait bien d'aviser à temps le maître des faits donnant naissance à sa prétention complémentaire, ainsi que de l'étendue de sa prétention³⁵.

Selon l'art. 365 al. 3 CO et l'art. 25 al. 1 SIA-118, si une circonstance peut compromettre l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage, l'entrepreneur est tenu d'en informer immédiatement le maître ; à défaut, il doit supporter les conséquences de ces faits et ne peut pas exiger une *prolongation du temps de construction*³⁶. Le devoir d'avis tombe si le maître pouvait avoir connaissance de ces circonstances (art. 25 al. 1 SIA-118) ou lorsqu'un avis sans délai n'aurait rien changé au déroulement du chantier³⁷.

Au contraire de la créance en prolongation du temps de construction, le droit à une *rémunération complémentaire* ne se périmé en principe pas en cas d'avis tardif³⁸, sauf règle légale ou contractuelle divergente³⁹. Toutefois, la prétention de l'entrepreneur peut être réduite, afin de correspondre au montant qui aurait dû être accordé en cas d'annonce non tardive ou à la part de la créance relative à la période suivant l'avis⁴⁰.

- 5° La *non-renonciation* par l'entrepreneur. L'entrepreneur peut perdre son droit à une prétention complémentaire dans les hypothèses suivantes :
- a. L'entrepreneur a *renoncé*, expressément ou tacitement, de façon anticipée ou a posteriori, à invoquer les droits découlant de la prétention complémentaire⁴¹. Cette situation se rapproche de celle où l'entrepreneur ne remplit pas une condition suspensive à l'obtention de sa créance. C'est le cas, par exemple, lorsque la convention des parties prévoit clairement qu'une rémunération supplémentaire ne sera versée que si elle a été admise par le maître avant l'exécution des travaux⁴².
 - b. En raison du *comportement contraire à la bonne foi* de l'entrepreneur, la loi ou le contrat lui font supporter les conséquences de sa charge de travail augmentée⁴³. Si la norme SIA-118 est applicable, l'entrepreneur est notamment déchu de son droit à une rémunération supplémentaire lorsque : (i) après l'adjudication, il signe un contrat, sans faire de réserve, alors qu'il sait déjà qu'il fera valoir des prétentions complémentaires (art. 20 al. 3 SIA-118) ; (ii) l'entrepreneur exécute l'ouvrage et s'écarte consciemment de l'offre sans exiger immédiatement l'adaptation du prix et de ses bases de calcul en

³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, PDO, n. 1223 ss, et les références jurisprudentielles citées.

³⁵ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 94, qui souligne qu'en principe le non-respect de l'avis n'entraîne pas la préemption de la prétention pécuniaire.

³⁶ A ce sujet, GAUCH, Werkvertrag, n. 829 ss.

³⁷ Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28.6.2004, cons. 4.1, qui dit qu'une obligation d'information à charge de l'entrepreneur n'existe pas lorsque le maître est censé connaître le défaut ou la circonstance qui présage d'une exécution défectueuse et tardive. Cela devrait notamment être le cas lors d'une modification de commande (cf. I.C.1) ou lors de conditions particulières imputables à la faute du maître (cf. I.C.2). Eg. EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 25, n. 8 ; GAUCH, Werkvertrag, n. 832.

³⁸ Arrêt du TF 4C.16/2006 du 17.11.2006, cons. 6.3, en relation avec la modification de commande. Eg. GAUCH, Werkvertrag, n. 785.

³⁹ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 93 s., qui mentionne les exceptions suivantes : (i) l'art. 373 al. 2 CO et l'art. 59 al. 3 SIA-118, en faisant référence à l'ATF 116 II 315, cons. 3, critiqué par GAUCH, Werkvertrag, n. 1112 ; (ii) l'art. 95 al. 3 SIA-118.

⁴⁰ Pour plus de détails, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 94.

⁴¹ GAUCH, Werkvertrag, n. 789, en relation avec la modification de commande, qui précise qu'une renonciation anticipée n'est toutefois valable que dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. En relation avec les circonstances extraordinaires, cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 28 s.

⁴² Sur la portée et l'interprétation à réserver à une telle clause dans le cadre d'une modification de commande unilatérale, cf. GAUCH, Werkvertrag, n. 789a ss.

⁴³ GAUCH, Werkvertrag, n. 788, pour la créance pécuniaire, et n. 790, pour les délais en relation avec la modification de commande.

raison de circonstances extraordinaires (art. 373 al. 2 CO et 59 SIA-118) ; (iii) l'entrepreneur s'entend sur des prix complémentaires avec le maître en cours de projet, sans faire de réserve concernant d'autres coûts supplémentaires dont il a déjà connaissance⁴⁴.

- c. Pour un contrat soumis à la norme SIA-118, l'entrepreneur a émis un *décompte final* sans formuler de réserve écrite dans sa récapitulation. Faute d'une telle réserve, l'art. 156 SIA-118 prévoit que « l'entrepreneur qui dépose ce document s'engage à ne présenter aucune facture nouvelle et à renoncer à toute rémunération pour des prestations qu'il n'aurait pas encore portées en compte ». Il s'agit d'une fiction, irréfragable, de l'inexistence de prétentions complémentaires⁴⁵.

2. Le fardeau de la preuve

La *preuve* des éléments constitutifs d'une prétention complémentaire est un élément essentiel de son traitement efficace. En effet, nombre de revendications échouent non pas parce que la loi ou le contrat exclut leur existence, mais parce que l'entrepreneur ne parvient pas à établir les faits pertinents avec le degré de preuve suffisant⁴⁶.

Le *fardeau de la preuve* détermine, en procédure, la partie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve⁴⁷. En principe, le fardeau de la preuve est réparti de telle sorte que celui qui déduit un droit d'un fait doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve, conformément à l'art. 8 CC. Le fardeau de la preuve des conditions communes mentionnées ci-dessus⁴⁸ se répartit comme suit⁴⁹ :

- 1° L'*entrepreneur* supporte le fardeau de la preuve de l'existence d'une *divergence* entre les hypothèses retenues lors de la conclusion du contrat et celles effectivement présentes lors de son exécution, de même qu'il supporte l'échec de la preuve que cette divergence relève de la sphère de risque du maître⁵⁰.
- 2° L'*entrepreneur* doit prouver l'*augmentation de sa charge de travail*, qui se traduit par des coûts supplémentaires et/ou par un besoin de temps supplémentaire pour exécuter la construction⁵¹. Si l'entrepreneur parvient à prouver uniquement le principe d'une augmentation de sa charge de travail sans pouvoir la quantifier, certains auteurs préconisent, à juste titre, l'application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO⁵². Cette analogie ne libère toutefois pas l'entrepreneur de l'obligation d'alléguer et de prouver tous les faits permettant de conclure à l'existence d'un dommage et qui rendent possible ou facilitent son estimation⁵³.

⁴⁴ Arrêt du TF 4C.205/1992 du 19.4.1994, cité par HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 95.

⁴⁵ GAUCH, Werkvertrag, n. 1263 ; d'un autre avis, SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 156, n. 2.

⁴⁶ Par degré de la preuve, on entend le degré de certitude exigé pour qu'un fait soit considéré comme prouvé (BOHNET, Procédure civile, p. 337 ; HOHL, Procédure civile, n. 1057).

⁴⁷ BOHNET, Procédure civile, p. 315 ; HOHL, Procédure civile, n. 1163.

⁴⁸ Cf. I.B.1.

⁴⁹ Pour les trois premières conditions, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 92 note 35 ; en relation avec la modification de commande uniquement, cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 49.

⁵⁰ GAUCH, Werkvertrag, n. 786, et les références jurisprudentielles contenues, uniquement en relation avec la modification de commande.

⁵¹ GAUCH, Werkvertrag, n. 786, et les références jurisprudentielles contenues, uniquement en relation avec la modification de commande.

⁵² GAUCH, Werkvertrag, n. 786 (pour la modification de commande) ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 103 note 65.

⁵³ Cf. la règle établie dans l'ATF 128 III 271, cons. 2b, JdT 2003 I 606.

- 3° L'*entrepreneur* doit établir le *rapport de causalité* naturelle et adéquate entre l'existence d'hypothèses divergentes et l'augmentation de sa charge de travail⁵⁴.
- 4° Le *maître* doit prouver que l'*entrepreneur* connaissait ou devait connaître l'existence de circonstances pouvant compromettre l'exécution de l'ouvrage dans les délais et selon les formes prévues. L'*entrepreneur* doit alors établir le contenu de l'avis et sa notification sans délai au maître⁵⁵. L'*entrepreneur* peut aussi prouver que le maître connaissait ou était censé connaître les circonstances laissant présager une exécution irrégulière ou tardive de l'ouvrage, ou qu'un avis sans délai n'aurait rien changé au déroulement de la construction⁵⁶.
- 5° Le *maître* supporte le fardeau de la preuve d'une *renonciation* à la prétention complémentaire ou de l'existence d'un comportement contraire à la bonne foi de la part de l'*entrepreneur*. En cas de décompte final selon la SIA-118, il appartient également au maître de prouver l'émission de ce document. L'*entrepreneur* doit, quant à lui, établir l'existence d'une réserve écrite dans sa récapitulation.

C Les principales revendications

Les développements ci-après visent à présenter trois prétentions complémentaires fréquentes en pratique : la modification de commande (1), le retard du maître dans l'exécution de ses devoirs de collaboration (2) et les circonstances imprévues pour l'*entrepreneur* (3). Pour simplifier, l'exposé traitera prioritairement du régime prévu par la norme SIA-118, qui trouve largement application dans les contrats suisses de la construction⁵⁷.

1. La modification de commande

a) L'hypothèse et les règles applicables

Le droit du maître de modifier unilatéralement l'ouvrage commandé – notamment pour se conformer à une exigence d'une autorité, pour permettre une exécution facilitée ou pour répondre à de nouveaux besoins du maître – correspond à un usage répandu dans la construction⁵⁸. Tenant compte de l'importance de cette institution, la norme SIA-118 y consacre son troisième paragraphe (art. 84-91 SIA-118), intitulé « modification de commande »⁵⁹.

La modification de commande, en tant que prétention complémentaire, ne pose pas de problème particulier lorsque les parties ont convenu d'un prix de régie : l'augmentation éventuelle des efforts de l'*entrepreneur* se répercute directement sur sa rémunération et les règles de la bonne foi imposent une adaptation des délais d'exécution de l'ouvrage⁶⁰. En revanche, en cas de *prix*

⁵⁴ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 786 (pour la modification de commande) ; HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 103 note 65.

⁵⁵ SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118*, Art. 25, n. 60 ; toutefois, pour l'art. 96 al. 1 SIA-118, cf. SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118*, Art. 96, n. 17 s., qui admettent une présomption de fait que l'avis a été donné à temps.

⁵⁶ Dans ce sens, GAUCH, *Werkvertrag*, n. 832 ; SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118*, Art. 25, n. 60 s.

⁵⁷ On rappelle à ce sujet qu'il s'agit de conditions générales contractuelles qui ne s'appliquent que si elles ont été valablement intégrées au contrat. Cf not. SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118*, *Einleitung*, n. 7 ; pour la version antérieure de la norme, datant de 1977/1991 déjà, cf. CARRON BLAISE, *SIA-118*, p. 7 ; GAUCH, *Werkvertrag*, n. 281 ss.

⁵⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 779, et les références contenues ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Mehrvergütungsansprüche*, p. 480 s.

⁵⁹ Sur l'applicabilité des art. 84 ss SIA-118 aux modifications de commande convenues bilatéralement par les parties, cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n. 807 ; SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118*, Art. 84, n. 47 ; ég. arrêt du TF 4A_183/2010 du 27.5.2010, cons. 3.2, qui s'appuie sur l'art. 374 CO pour fixer la rémunération supplémentaire de l'*entrepreneur*, même si les parties ont intégré la norme SIA-118.

⁶⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 790, et les références contenues ; HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 88.

fermes (unitaire, global ou forfaitaire⁶¹), l'adaptation de la rémunération et la prolongation des délais d'exécution de l'ouvrage font l'objet de règles particulières.

b) Les conditions spécifiques et le fardeau de la preuve

Outre les conditions communes déjà mentionnées⁶² et les prix fermes convenus⁶³, la modification de commande requiert la réalisation d'au moins trois *conditions spécifiques* :

1° Une *manifestation de volonté unilatérale* du maître⁶⁴. La norme SIA-118 parle d'« ordres » ou de « modification de plans ». La manifestation peut provenir directement du maître ou d'un de ses représentants (p.ex. la direction des travaux)⁶⁵. Elle peut être expresse ou tacite, voire résulter d'actes concluants⁶⁶. La modification de commande peut découler d'une idée du maître de l'ouvrage ou d'une proposition de l'entrepreneur⁶⁷. Par contre, en cas de travaux non commandés par le maître, l'entrepreneur n'a en principe pas droit à une prétention complémentaire, à moins que les travaux soient nécessaires pour éviter un danger ou un dommage et doivent être réalisés dans l'urgence⁶⁸.

L'entrepreneur supporte le *fardeau de la preuve* relatif à l'existence d'une manifestation de volonté unilatérale du maître.

2° Une *modification de l'ouvrage*⁶⁹. Il doit exister une différence entre l'ouvrage convenu et l'ouvrage devant être effectivement réalisé. L'art. 84 al. 1 SIA-118 mentionne le fait d'exécuter les prestations d'une autre manière que convenu, de les exécuter en plus ou en moins grande quantité ou d'exécuter des prestations non prévues par le contrat⁷⁰. La modification peut consister en un changement des plans d'exécution par rapport aux plans d'appel d'offres ou au descriptif (p.ex. de nouvelles dimensions de l'ouvrage)⁷¹, du programme des travaux (p.ex. un ordre des travaux modifié), des méthodes de construction ou du procédé de travail (p.ex. l'ordre de travailler en plusieurs équipes), ou encore en de nouvelles instructions concernant les matériaux de construction ou les conditions d'exécution (p.ex. un nouvel itinéraire de transport ou une limitation de la liberté

⁶¹ Sur ces différentes catégories de prix, cf. art. 38 ss SIA-118 ; ég. CARRON BLAISE, SIA-118, p. 18 ss ; GAUCH, Werkvertrag, n. 898 ss ; SCHUMACHER, Vergütung, n. 152 ss ; TERCIER/FAVRE/CARRON, Contrats spéciaux, n. 4663 ss. Soulignons que l'art. 84 al. 4 SIA-118 prévoit que, pour les contrats à prix global ou forfaitaire, la commande ne peut être modifiée qu'à titre exceptionnel : il ne s'agit que d'une simple recommandation qui ne limite en rien le droit du maître de modifier sa commande ; cf. ég. EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 16.

⁶² Cf. I.B.1.

⁶³ Cf. I.C.1.a).

⁶⁴ La modification de commande peut aussi découler d'une convention bilatérale entre les parties (cf. GAUCH, Werkvertrag, n. 770 ; ég. GAUCH, Bauherr, p. 9), hypothèse volontairement ignorée, mais à laquelle les principes de claim management développés dans cette contribution sont applicables par analogie.

⁶⁵ EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 1b ; GAUCH, Werkvertrag, n. 783 ; SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 12 s. En pratique, la direction des travaux tente parfois en pratique de faire appel à l'« esprit d'équipe » de l'entrepreneur pour ne pas informer le maître, mais cela ne change rien au fait qu'il s'agit d'une modification de commande (à ce sujet, cf. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 482 ss, avec des exemples de modifications indirectes).

⁶⁶ EGLI, Kommentar SIA-118, Vorbem. zu Art. 84-91, Vorbem. d, qui cite le cas d'une séance de chantier où le maître fait comprendre à l'entrepreneur qu'il doit adapter ses prestations à une situation de fait modifiée, notamment en cas de modifications techniques devenues nécessaires.

⁶⁷ Art. 84 al. 2 *in fine* SIA-118.

⁶⁸ Cf. art. 45 al. 2 SIA-118, qui prévoit une rémunération contractuelle, mais il ne s'agit pas d'une modification de commande. Si la SIA-118 ne s'applique pas, cf. GAUCH, Werkvertrag, n. 1310 ss ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 482 ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 89, qui mentionnent une prétention légale fondée sur l'enrichissement illégitime ou la gestion d'affaires sans mandat.

⁶⁹ Cette condition concrétise la première condition commune, cf. I.B.1.

⁷⁰ Le maître peut aussi renoncer à l'exécution de prestations, à condition de ne pas les faire exécuter par un tiers. S'il ne respecte pas cette condition, il est tenu d'indemniser complètement l'entrepreneur en vertu de l'art. 377 CO (art. 84 al. 3 SIA-118).

⁷¹ GAUCH, Bauherr, p. 8.

d'exécution alors que l'appel d'offres était fonctionnel et ne fixait pas de méthode précise)⁷². Il y a aussi modification de commande lorsque des prestations complémentaires sont techniquement nécessaires⁷³. Par contre, une concrétisation subséquente de l'ouvrage ne répond pas à cette définition⁷⁴. Il en va de même d'une modification du calendrier des travaux, de telle sorte que le maître ne peut pas exiger unilatéralement de l'entrepreneur qu'il livre l'ouvrage avant ou après le terme convenu⁷⁵.

L'entrepreneur doit établir l'existence d'une modification de l'ouvrage, faute de quoi il supporte le *fardeau de la preuve*.

- 3° Le *maintien du caractère général* de l'ouvrage. La formulation de la norme SIA-118 est générale et négative (art. 84 al. 1 SIA-118 : « si le caractère de l'ouvrage ne s'en trouve pas modifié »)⁷⁶. Cette condition vise à protéger l'entrepreneur de changements trop importants. Par exemple, un contrat pour le gros-œuvre d'une maison devenant un contrat pour la construction d'un garage ne constitue pas une modification de commande, mais un contrat séparé sur un nouvel ouvrage⁷⁷.

L'entrepreneur qui veut refuser un ordre du maître modifiant le caractère général de l'ouvrage supporte le *fardeau de la preuve*⁷⁸.

c) Les conséquences et les prétentions de l'entrepreneur

Si les conditions (générales et spécifiques⁷⁹) sont remplies, la modification de commande entraîne notamment les *conséquences* suivantes⁸⁰ :

- 1° Pour les *prestations* (art. 84 al. 1 SIA-118), la manifestation de volonté unilatérale entraîne la modification immédiate des prestations dues par l'entrepreneur, sans qu'il doive l'accepter ou puisse la refuser. En contrepartie, l'entrepreneur a, vis-à-vis du maître, les prétentions décrites ci-dessous⁸¹.
- 2° Pour le *prix* (art. 86-89 SIA-118), l'entrepreneur a droit à une rémunération complémentaire. Les règles diffèrent selon le type de prix convenu :
- a. En cas de *prix unitaire* et de modifications des quantités du descriptif, l'art. 86 SIA-118 prévoit en principe l'application de la règle des 20%⁸². Selon cette disposition, le prix unitaire reste valable tant que la quantité finale se situe entre 80 et 120% de la quantité originale. Si la quantité est moindre (p.ex. 60%), il faut fixer un prix complémentaire pour toute cette quantité. Si la quantité est supérieure (p.ex. 140%), le prix unitaire est valable pour les 120% et un prix complémentaire doit être fixé pour la quantité dépassant ce seuil (p.ex. 20%)⁸³. Le prix complémentaire se détermine à partir des bases de calcul (art. 62 al. 1 et 2 SIA-118), en décomposant le prix unitaire dans ses divers

⁷² EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 5a ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 481 ; SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 5 ss et 20 s.

⁷³ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 88.

⁷⁴ GAUCH, Werkvertrag, n. 810b, ég. n. 810a ss pour d'autres délimitations.

⁷⁵ EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 84 n. 5b.

⁷⁶ GAUCH, Bauherr, p. 11.

⁷⁷ GAUCH, Werkvertrag, n. 810e ; pour une liste des critères applicables afin de déterminer si le caractère de l'ouvrage se trouve modifié, cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 25.

⁷⁸ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 47 s.

⁷⁹ Cf. I.B.1 et I.C.1.b).

⁸⁰ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 481, 484 et 492 ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Anspruch bei Bestellungsänderungen (3), Baublatt n° 17 du 26 avril 2013, p. 12 ss.

⁸¹ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 84, n. 32.

⁸² Pour les exceptions, cf. art. 86 al. 3 et 4 SIA-118.

⁸³ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 86, n. 15 s ; ég. CARRON BLAISE, SIA-118, p. 20.

éléments fixes et variables⁸⁴. L'entrepreneur doit recourir aux bases de calcul initiales. S'il n'y parvient pas, il ne peut prétendre à une rémunération supplémentaire par unité et les règles du CO s'appliquent⁸⁵.

Lorsque la modification de commande exige une prestation dont le prix ne figure pas dans le descriptif, l'art. 87 SIA-118 prévoit que le prix complémentaire de la prestation nouvelle soit fondé sur celui de la prestation contractuelle qui s'en rapproche le plus et à partir de la base de calcul. Le juge peut agir à la place des parties⁸⁶.

Faute d'articles du descriptif permettant une telle comparaison, les parties doivent convenir du prix complémentaire de la nouvelle prestation à partir de la base de calcul (art. 87 al. 3 SIA-118). Si les parties ne s'entendent pas sur ce prix, le maître a alors le choix de faire exécuter les travaux en question en régie par l'entrepreneur ou de les confier à un tiers en indemnisant totalement l'entrepreneur (art. 87 al. 4 SIA-118).

- b. En cas de *prix total*, il faut distinguer deux situations (art. 89 al. 1 et 2 SIA-118). Si on a affaire à un prix global, les parties doivent s'entendre sur un prix complémentaire, fixé à partir de la base de calcul au moment de la conclusion du contrat⁸⁷; s'il s'agit d'un prix forfaitaire, c'est la base de calcul au moment de la modification de commande qui est pertinente⁸⁸. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, le maître peut exiger une exécution en régie ou, au contraire, faire réaliser les prestations par un tiers en indemnisant totalement l'entrepreneur (art. 89 al. 3 et 87 al. 4 SIA-118).
- c. Pour les *installations de chantier* dont la disposition, l'importance ou la durée d'utilisation sont touchées par une modification de commande, il faut également distinguer deux situations (art. 88 SIA-118). Si le descriptif contient des articles distincts pour les installations de chantier, il faut établir un prix complémentaire conformément aux règles présentées ci-dessus⁸⁹. Si le descriptif ne contient pas d'article distinct pour les installations de chantier, le prix complémentaire se détermine selon les coûts de ces installations, y compris une part pour bénéfice et risque.

3° Pour les *délais* (art. 90 SIA-118), l'entrepreneur a droit à la fixation de nouvelles échéances contractuelles si la modification de commande influence le calendrier des travaux⁹⁰. C'est le cas lorsque la modification affecte les prestations se situant sur le chemin critique ou a pour effet de mettre sur ce chemin des prestations qui ne s'y trouvaient pas⁹¹. La durée de la prolongation doit être raisonnable et correspondre au temps supplémentaire dont aurait besoin un entrepreneur diligent bien organisé pour inclure la modification de commande dans son programme des travaux. La norme SIA-118 prévoit que les parties doivent fixer les délais d'un commun accord. A défaut, c'est le juge qui les détermine en faisant usage de son pouvoir d'appréciation⁹².

⁸⁴ En cas de quantité supérieure, la part fixe diminue pour chaque unité. Les frais d'acquisition peuvent augmenter ou diminuer selon les réalités du marché, alors que le risque et le bénéfice, même s'ils ont été fixés pour des raisons de spéculation à zéro (cf. II.B.4), doivent demeurer constants, selon le principe « un bon prix reste un bon prix, un mauvais de même »; cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 86, n. 17 s.

⁸⁵ ATF 113 II 513, cons. 5b, JdT 1989 I 10, qui prévoit l'application des art. 373 al. 2 et 374 CO.

⁸⁶ ATF 113 II 513, cons. 3a, JdT 1989 I 10.

⁸⁷ Il en est ainsi car les prix globaux, y compris les prix complémentaires, sont ensuite adaptés au renchérissement selon les art. 64 ss SIA-118; cf. not. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 89, n. 11.

⁸⁸ Sur les problèmes particuliers en relation avec les prix forfaitaires, cf. GAUCH, Werkvertrag, n. 905 ss. Pour ces prix, on tient compte de l'évolution des salaires, des prix des matériaux, des transports et des frais administratifs; par contre, le risque et le bénéfice ne doivent pas être adaptés, car ils sont fixés par rapport à l'ouvrage, pas par rapport au moment de la prétention complémentaire (SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 89, n. 12).

⁸⁹ Contrairement à ce que semble dire le texte de l'art. 88 SIA-118 (cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 88, n. 7 s.).

⁹⁰ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 491.

⁹¹ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 90, n. 6.

⁹² Art. 4 CC; ég. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 90, n. 8.

4° Pour les *efforts devenus inutiles*, l'entrepreneur a droit à un dédommagement lorsque le maître ne l'a pas informé dans un délai suffisant. L'entrepreneur doit prouver que des travaux, des acquisitions de matériaux ou d'autres dépenses effectués avant la modification de commande sont devenus inutiles du fait de cette modification (art. 85 SIA-118). Les travaux inutiles sont rémunérés conformément au contrat, y compris avec le risque et le bénéfice (art. 85 al. 3 SIA-118). Par contre, les matériaux et les autres dépenses sont compensés sur la base des coûts effectifs sans supplément. De la sorte, si les matériaux peuvent être réemployés, leur valeur de réutilisation sera imputée au prix d'achat, en tenant compte des frais d'entreposage⁹³.

2. Le retard du maître dans l'exécution de ses devoirs de collaboration

a) L'hypothèse et les règles applicables

Le maître a des *devoirs de collaboration* vis-à-vis de l'entrepreneur. Lorsque le maître est en retard, l'efficacité d'un chantier peut s'en ressentir et l'entrepreneur peut devoir fournir des efforts supplémentaires, représentant des coûts et du temps additionnels.

Alors que la *loi* ne prévoit rien⁹⁴, la *norme SIA-118* contient un régime non exhaustif, exposé aux art. 92 ss SIA-118⁹⁵.

b) Les conditions spécifiques et le fardeau de la preuve

Outre les conditions communes à toutes les prétentions supplémentaires⁹⁶, les *conditions spécifiques* suivantes doivent être réunies :

1° L'existence d'un *devoir de collaboration du maître*. Outre l'obligation principale de payer le prix de l'ouvrage, le maître a des devoirs de collaboration⁹⁷. Il s'agit notamment de l'obtention du permis de construire, de la mise à disposition des biens-fonds et des droits nécessaires pour les accès, canalisations et souterrains (art. 116 SIA-118), de la livraison des matériaux fournis par le maître (art. 10 al. 3 SIA-118), de la transmission des plans (art. 34 al. 1 SIA-118), des informations et des instructions à l'entrepreneur (art. 99 SIA-118), de la livraison de listes de matériaux et de plans d'exécution (art. 100 SIA-118) ainsi que de la coordination des co-entrepreneurs (art. 30 al. 2 et 34 al. 3 SIA-118)⁹⁸. Juridiquement, ces devoirs ne sont pas des obligations mais des incombances. Nous nous concentrerons ci-après sur la remise des plans d'exécution à l'entrepreneur, mais nos développements valent en principe pour les autres devoirs de collaboration.

L'entrepreneur supporte le *fardeau de la preuve* de l'existence d'un devoir de collaboration du maître.

2° La *demeure* du maître⁹⁹. Le maître doit être en retard. Vu la nature juridique des devoirs de collaboration (incombance), il ne s'agit pas d'une demeure du débiteur, mais d'une demeure du créancier¹⁰⁰. Pour déterminer le moment pertinent, l'art. 94 al. 1 SIA-118 prévoit que le maître doit remettre la documentation d'exécution à l'entrepreneur suffisamment tôt pour que celui-ci puisse respecter les délais contractuels. L'art. 100 SIA-118 précise en outre que

⁹³ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 85, n. 15.

⁹⁴ D'autre pays connaissent des régimes spécifiques (p.ex. Allemagne : § 642 BGB ; Autriche : § 1168 [2] ABGB).

⁹⁵ HENNINGER, Bauverzögerung, p. 247.

⁹⁶ Cf. I.B.1.

⁹⁷ GAUCH, Werkvertrag, n. 1328 ss ; HÜRLIMANN, Bauablaufstörungen, p. 817 ; ZELTNER, Mitwirkung, n. 43 ss.

⁹⁸ GAUCH, Werkvertrag, n. 1330 ss, et les références contenues ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (6), Baublatt n° 29 du 19 juillet 2013, p. 4 ss ; HENNINGER, Bauverzögerung, p. 249 s. ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 90 ; pour plus de détails concernant la livraison des plans, cf. CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 139 ss.

⁹⁹ Cette condition concrétise la première condition commune, cf. I.B.1.

¹⁰⁰ Cf. notamment l'art. 94 al. 2 SIA-118, qui renvoie aux dispositions de la demeure du créancier (art. 95 CO).

la remise des plans et des listes de matériaux doit avoir lieu « à temps, compte tenu de l'avancement des travaux et d'un délai convenable de préparation ». Par conséquent, le moment de l'exécution des devoirs de collaboration dépend premièrement de l'état effectif des travaux sur le chantier et, deuxièmement, d'une marge temporelle supplémentaire et raisonnable permettant à l'entrepreneur de s'organiser et d'effectuer les démarches préparatoires¹⁰¹. A ce sujet, il faut souligner que la norme SIA-118 ne prévoit pas de mécanisme forçant l'entrepreneur à travailler selon un rythme prédéfini. Selon l'art. 92 SIA-118, les délais contractuels constituent des termes à l'échéance desquels la prestation doit être fournie (*Spätestenstermine*). Cela n'empêche donc pas l'entrepreneur de pouvoir livrer plus rapidement son ouvrage. En outre, le programme des travaux prévu à l'art. 93 al. 2 SIA-118 n'est qu'une information unilatérale de l'entrepreneur, qui peut travailler plus vite, plus lentement ou différemment de ce qu'il avait annoncé, tant qu'il respecte les délais contractuels¹⁰². Par conséquent, le maître peut devoir fournir ses devoirs de collaboration en s'adaptant au rythme de l'entrepreneur¹⁰³.

L'entrepreneur doit établir la demeure du créancier, faute de quoi il supportera le *fardeau de l'échec de la preuve* de cette condition spécifique¹⁰⁴.

- 3° *Le devoir d'avis*¹⁰⁵. L'entrepreneur ne doit pas interpeller le maître pour provoquer la demeure. Il doit néanmoins l'avertir dès que possible de l'existence d'un retard et de sa cause, à moins que ces éléments soient déjà connus du maître. Ce devoir découle de l'art. 25 al. 1 SIA-118, mais aussi d'une application, si nécessaire par analogie, des art. 96 al. 2 et 99 *in fine* SIA-118, plus généralement du principe de la bonne foi¹⁰⁶. L'entrepreneur ne peut pas faire valoir la demeure du maître, tant qu'il ne l'a pas avisé¹⁰⁷.

Pour le fardeau de la *preuve*, on peut renvoyer à ce qui a déjà été dit dans les conditions communes¹⁰⁸.

- 4° *La faute ?* La faute n'est pas une condition des prétentions complémentaires fondées sur la demeure du créancier¹⁰⁹. Cette affirmation vaut en principe pour les créances en rémunération supplémentaire et en prolongation du temps de construction¹¹⁰. Par contre, si l'entrepreneur réclame des dommages-intérêts, la faute du maître est une condition de la responsabilité mais elle est présumée, conformément au principe de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO)¹¹¹. Le maître supporte donc le fardeau de la preuve relatif à l'absence de faute.

c) Les conséquences et les prétentions de l'entrepreneur

Un retard dans l'exécution des devoirs de collaboration autorise l'entrepreneur à faire valoir les *prétentions* suivantes :

¹⁰¹ A ce sujet, cf. CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 142.

¹⁰² Cette affirmation doit être nuancée : le maître a aussi droit à un temps de préparation convenable afin de pouvoir collaborer et, conformément au principe de la bonne foi, il peut se fier au programme des travaux établi par l'entrepreneur tant que celui-ci ne lui communique pas d'informations contraires (à ce sujet, cf. CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 141).

¹⁰³ Par conséquent, la doctrine conseille de fixer au moins des termes intermédiaires contraignants, voire de compléter la norme SIA-118 en concluant un programme des travaux conventionnel ou un programme de remise des plans conventionnel (à ce sujet, cf. CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 142 ss et 145 s.). D'un avis apparemment différent, SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 94, n. 9.

¹⁰⁴ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 94, n. 20 et Art. 99, n. 17.

¹⁰⁵ Cette condition concrétise la quatrième condition commune, cf. I.B.1.

¹⁰⁶ GAUCH, Fristen und Termine, p. 23; SCHUMACHER, Kommentar SIA-118, Art. 94, n. 11c.

¹⁰⁷ Dans le même sens, SCHUMACHER, Kommentar SIA-118, Art. 94, n. 11c.

¹⁰⁸ Cf. I.B.2.

¹⁰⁹ SCHUMACHER, Kommentar SIA-118, Art. 94, n. 11c.

¹¹⁰ Cette question est controversée ; cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 90, et les références contenues.

¹¹¹ TERCIER/PICHONNAZ, PDO, n. 1197.

1° Une créance en *paiement*. Selon les avis, il s'agit soit d'une créance en rémunération supplémentaire¹¹², soit d'une créance en dommages-intérêts (cf. art. 97 al. 1 SIA-118)¹¹³, soit d'une combinaison des deux¹¹⁴. Le montant exigible correspond aux frais supplémentaires de l'entrepreneur provenant des perturbations du déroulement des travaux, notamment aux pertes d'efficacité dues aux adaptations organisationnelles occasionnées par le retard, à la productivité diminuée des employés, des machines et du capital¹¹⁵. En outre, l'entrepreneur peut exiger le remboursement des dépenses nécessaires pour la conservation et l'entretien des prestations déjà exécutées¹¹⁶. Si l'entrepreneur fait valoir une créance en dommages-intérêts en raison d'une violation fautive du contrat, il peut exiger le gain manqué d'un chantier auquel il a dû renoncer en raison du retard du maître, ou la compensation des coûts supplémentaires supportés sur un autre chantier parce qu'il ne peut y utiliser le personnel et les machines immobilisés en raison des travaux retardés¹¹⁷.

Si le maître donne son accord de principe pour que l'entrepreneur prenne des *mesures d'accélération* raisonnables (p.ex. une adaptation des installations de chantier, une augmentation du nombre d'ouvriers ou le travail durant les jours chômés) pour respecter les délais, il doit verser une rémunération supplémentaire, y compris la majoration pour risque et bénéfice (art. 95 al. 3 SIA-118)¹¹⁸.

2° Une créance en *prolongation du temps de construction*. L'art. 94 al. 2 SIA-118 prévoit que l'entrepreneur a droit à une prolongation convenable des délais si le maître est en retard. La durée de la prolongation dépend des effets concrets du retard sur la productivité de l'entrepreneur. La prolongation peut correspondre au retard, être plus brève, mais aussi plus longue si d'autres éléments (p.ex. des conditions météo défavorables) viennent s'ajouter au retard, alors qu'elles n'auraient pas eu d'impact en cas d'exécution ponctuelle des devoirs de collaboration par le maître¹¹⁹.

Il existe une présomption de fait que la durée de la prolongation équivaut à celle du retard. L'entrepreneur qui veut obtenir plus de temps ou le maître qui veut accorder une extension plus courte que le retard supporte le *fardeau de la preuve*¹²⁰.

3° D'*autres droits*. L'art. 94 al. 2 SIA-118 prévoit que l'entrepreneur peut résoudre le contrat conformément à l'art. 95 CO lorsque le maître refuse d'accorder une prolongation ou lorsqu'il est toujours en retard¹²¹. Ce moyen a une importance pratique limitée¹²².

¹¹² GAUCH, *Werkvertrag*, n. 1337 s. ; GAUCH, *Fristen und Termine*, p. 24 ; HENNINGER, *Bauverzögerung*, p. 259 ss ; HÜRLIMANN, *Bauablaufstörungen*, p. 818 s.

¹¹³ HENNINGER, *Bauverzögerung*, p. 266 ; WERZ, *Delay*, n. 672 ; ZELTNER, *Mitwirkung*, n. 259 ss.

¹¹⁴ CARRON/SIEGENTHALER, *Plans*, p. 147 s. ; HENNINGER, *Bauverzögerung*, p. 259 ss ; GAUCH, *Fristen und Termine*, p. 24 s. ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement (4)*, *Baublatt n° 21* du 24 mai 2013, p. 4 ss, en particulier p. 7 ss. Sur les différences entre les deux types de créances, cf. HÜRLIMANN, *Bauablaufstörungen*, p. 821 ; ég. SCHUMACHER, *Vergütung*, n. 326 (qui mentionne la TVA, l'intérêt moratoire ou compensatoire et l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs).

¹¹⁵ Pour une présentation détaillée de la rémunération supplémentaire, cf. HÜRLIMANN, *Bauablaufstörungen*, p. 834 ; ég. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement (4)*, *Baublatt n° 21* du 24 mai 2013, p. 5 ss. Les perturbations du déroulement des travaux peuvent aussi découler de la multiplication des modifications de commande, cf. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement (5)*, *Baublatt n° 25* du 21 juin 2013, p. 4 ss.

¹¹⁶ CARRON/SIEGENTHALER, *Plans*, p. 147 s.

¹¹⁷ Cf. not. STAUBER, *Gläubigerverzug*, n. 802 ss, 863, 877 et 880 ss.

¹¹⁸ HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 91 ; SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118, Art. 95*, n. 21. D'un avis différent, SCHUMACHER, *Kommentar SIA-118, Art. 95*, n. 31a.

¹¹⁹ CARRON/SIEGENTHALER, *Plans*, p. 148, et les références contenues.

¹²⁰ D'un avis différent, SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118, Art. 94*, n. 21.

¹²¹ HENNINGER, *Bauverzögerung*, p. 256 s.

¹²² CARRON/SIEGENTHALER, *Plans*, p. 148, et les références contenues ; ég. SPIESS/HUSER, *Kommentar SIA-118, Art. 94*, n. 19.

3. Les circonstances imprévues

a) L'hypothèse et les règles applicables

Lors de l'exécution de l'ouvrage, des *circonstances imprévues* peuvent compliquer l'exécution de l'ouvrage et donner naissance à une prétention complémentaire de l'entrepreneur. La norme SIA-118 distingue les circonstances particulières (b) et les circonstances extraordinaires (c).

b) Le régime applicable aux circonstances particulières

Une prétention complémentaire fondée sur des circonstances particulières (art. 58 SIA-118) s'applique aux trois sortes de prix fermes (unitaire, forfaitaire ou global) lorsque, en sus des conditions communes¹²³, les *conditions spécifiques* suivantes sont réunies :

1° Des *circonstances particulières* (mais non extraordinaires)¹²⁴. Il s'agit d'éléments de droit ou de fait qui rendent plus difficile l'exécution du contrat, en provoquant plus de travail ou des coûts plus élevés chez l'entrepreneur¹²⁵. Ces difficultés peuvent notamment découler des conditions d'exécution sur le chantier, de la météo, des livraisons de matériel par des tiers, des prestations de sous-traitants choisis par le maître, des conditions de circulation. Les circonstances particulières doivent parvenir à la connaissance de l'entrepreneur après la conclusion du contrat¹²⁶. En outre, l'entrepreneur ne doit pas se trouver fautivement en demeure : autrement dit, il perd son droit de créance s'il est établi qu'il n'aurait pas souffert des circonstances particulières en cas de respect des délais contractuels (art. 97 al. 2 SIA-118).

L'entrepreneur supporte le *fardeau de la preuve* de l'existence de circonstances particulières ; le maître, celui du fait que l'entrepreneur n'aurait pas souffert des circonstances particulières s'il n'avait pas été fautivement en demeure.

2° La *faute* du maître. La faute découle de la mauvaise exécution par le maître de ses devoirs de collaboration. Le maître est en faute si son comportement post-contractuel rend plus difficile l'exécution d'une prestation ou s'il n'a pas informé, intentionnellement ou par négligence, l'entrepreneur de circonstances particulières (p.ex. dans les documents d'appel d'offres)¹²⁷.

Conformément au principe applicable dans les relations contractuelles, la faute est présumée et c'est au maître de supporter l'*échec de la preuve* du caractère non fautif de son comportement. En vertu d'une fiction irréfragable, les indications erronées sur la nature du sol et des constructions existantes dans le dossier d'appel d'offres (art. 5 et 7 SIA-118) constituent une faute lorsque le maître est qualifié ou lorsqu'il a recours à une direction des travaux qualifiée ou à une personne qualifiée (art. 58 al. 2 SIA-118)¹²⁸.

Si ces conditions sont remplies, l'entrepreneur peut alors prétendre à l'application par analogie des art. 86-91 SIA-118 (art. 58 al. 2 SIA-118). Contrairement à la lettre de l'art. 58 SIA-118, l'entrepreneur n'a pas uniquement droit à une *rémunération supplémentaire*, mais aussi à une créance en *prolongation du temps de construction*¹²⁹. On renvoie à ce sujet aux développements consacrés aux modifications de commande¹³⁰.

¹²³ Cf. I.B.1.

¹²⁴ Cette condition concrétise la première condition commune, cf. I.B.1.

¹²⁵ GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 6a.

¹²⁶ GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 6a.

¹²⁷ GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 8.

¹²⁸ Cf. GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 13 ; SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 26.

¹²⁹ Il s'agit là d'une fiction, qui est donc irréfragable; cf. GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 17 ; SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 58, n. 15.

¹³⁰ Cf. I.C.1.

c) Le régime applicable aux circonstances extraordinaires

L'art. 59 SIA-118 correspond largement à l'art. 373 al. 2 CO qui prévoit que « si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation de prix, soit la résiliation du contrat »¹³¹. Les art. 59-61 SIA-118 confèrent à l'entrepreneur une prétention complémentaire en cas de prix ferme (unitaire, forfaitaire ou global) si, outre les conditions communes¹³², les *conditions spécifiques* suivantes sont réunies :

1° *Des circonstances extraordinaires*¹³³. Il s'agit de circonstances impossibles à prévoir pour l'entrepreneur ou exclues par les prévisions des parties, qui provoquent une aggravation des conditions d'exécution¹³⁴. Pour déterminer si les parties pouvaient prévoir les circonstances, il faut non seulement admettre que l'entrepreneur est compétent et diligent mais aussi tenir compte de ses qualités particulières et de celles de ses sous-traitants¹³⁵. La norme SIA-118 mentionne notamment des venues d'eau, des séismes, des tempêtes, des fuites de gaz, une température souterraine élevée, de la radioactivité, des mesures nouvelles décidées par une autorité, la violation de la paix du travail¹³⁶ (art. 59 al. 2 SIA-118). Par contre, de simples circonstances météorologiques défavorables ne permettent en principe pas de modifier la rémunération de l'entrepreneur (art. 60 al. 1 SIA-118)¹³⁷. De même, des motifs conjoncturels comme une pénurie de main-d'œuvre par suite d'un blocage de l'immigration n'entraînent pas non plus une modification de la rémunération (art. 61 SIA-118)¹³⁸.

L'entrepreneur supporte le *fardeau de la preuve* de cette condition¹³⁹.

2° *Une aggravation excessive des conditions d'exécution*. Les circonstances extraordinaires doivent non seulement compliquer les conditions d'exécution, mais aussi « empêche[r]^[140] ou rend[re] difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage » (art. 59 al. 1 SIA-118). Il faut d'une part une aggravation des conditions dans lesquelles l'entrepreneur doit exécuter sa prestation, à savoir une augmentation de ses coûts ou de ses frais¹⁴¹. D'autre part, cette augmentation doit être excessive, c'est-à-dire entraîner un déséquilibre patent entre le prix convenu et les coûts à la charge de l'entrepreneur, étant donné les nouvelles circonstances¹⁴². Il n'y a pas d'aggravation excessive lorsque l'entrepreneur a fixé des prix trop bas par erreur ou pour des motifs spéculatifs¹⁴³.

¹³¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 1044 ss ; GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 1a ; cf. ég. CR-CHAIX, Art. 373, n. 29.

¹³² Cf. I.B.1.

¹³³ Cette condition concrétise la première condition commune, cf. I.B.1 ; cf. ég. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 91 s.

¹³⁴ Cf. par analogie avec le régime de l'art. 373 CO, CR-CHAIX, Art. 373, n. 16 ss.

¹³⁵ ATF 109 II 333, cons. 3, JdT 1984 I 209.

¹³⁶ Il s'agit là d'une grève générale dans la branche, pas d'un conflit ne touchant que l'entreprise de construction en question.

¹³⁷ Une exception est prévue à l'art. 60 al. 2 SIA-118 : si des indemnités pour la perte des heures de travail non couvertes par l'assurance-chômage sont dues par l'entrepreneur à ses employés en vertu d'une convention collective, le maître doit les rembourser à l'entrepreneur.

¹³⁸ En revanche, étonnamment, une interruption ou une restriction de courant supérieure à deux heures suffit pour entraîner une modification de prix (art. 132 SIA-118).

¹³⁹ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 30 ; cf. ég. par analogie avec le régime de l'art. 373 CO, CR-CHAIX, Art. 373, n. 34 ss.

¹⁴⁰ Ici, « empêchent » est une traduction malheureuse de « *hindern* ». Il ne s'agit donc pas d'une impossibilité mais d'une situation plus ardue.

¹⁴¹ Cf. I.B.1.

¹⁴² ATF 104 II 314, cons. b, JdT 1979 I 602.

¹⁴³ ATF 113 II 513, cons. 3b, JdT 1989 I 10 ; arrêt du TF 4C.256/2004 du 28.2.2005, cons. 9.

L'entrepreneur doit établir l'aggravation excessive et supporte le *fardeau de la preuve*¹⁴⁴.

- 3° *L'avis de l'entrepreneur*¹⁴⁵. Le devoir d'avis prévu à l'art. 25 SIA-118 s'applique (art. 59 al. 3 SIA-118). Par conséquent, en vertu du principe de la bonne foi, l'entrepreneur doit informer le maître dès qu'il a connaissance des circonstances extraordinaires et qu'il doit admettre l'existence d'une disproportion patente entre ses prestations et la rémunération convenue¹⁴⁶. Il doit également informer le maître de son intention de se fonder sur l'art. 59 SIA-118 pour demander une rémunération supplémentaire¹⁴⁷.

Pour les aspects de *fardeau de la preuve*, on renvoie au paragraphe sur les conditions communes¹⁴⁸.

Si ces conditions spécifiques ainsi que les conditions communes¹⁴⁹ sont remplies, l'entrepreneur dispose des *prétentions supplémentaires* suivantes :

- 1° Une créance en *rémunération supplémentaire*. L'art. 59 al. 2 SIA-118 prévoit que les parties doivent convenir de la rémunération, celle-ci ne pouvant dépasser le montant des dépenses supplémentaires justifiées. Cela signifie que l'entrepreneur a droit aux coûts du matériel et du personnel nécessaires sur le chantier, y compris ceux de la conduite du chantier et des travaux préparatoires, ainsi qu'aux coûts de transport et d'énergie. Par contre, aucune majoration n'est due pour risque et bénéfice ainsi que pour les frais administratifs¹⁵⁰. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, l'entrepreneur doit alors saisir le juge pour qu'il fixe la rémunération supplémentaire ou prononce la résiliation du contrat sur la base de l'art. 373 al. 2 CO¹⁵¹.
- 2° Une créance en *prolongation des délais contractuels*. Bien que ni la loi ni la norme SIA-118 ne le prévoient expressément, le principe de la bonne foi exige que l'entrepreneur bénéficie d'une prolongation convenable des délais contractuels si des circonstances extraordinaires ralentissent la progression de son travail¹⁵².

III. La gestion des revendications (« claim management »)

La gestion des prétentions complémentaires exige aussi bien des qualités techniques, psychologiques et tactiques que des connaissances en économie et en droit. Les développements suivants se concentreront uniquement sur les *aspects juridiques du « claim management »*. Après avoir précisé cette notion (A), nous examinerons certains aspects du management des claims en relation avec la conclusion du contrat (B), l'exécution du contrat (C) et la résolution d'un conflit contractuel (D).

¹⁴⁴ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 30.

¹⁴⁵ Cette condition concrétise la quatrième condition commune, cf. I.B.1.

¹⁴⁶ GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 10b.

¹⁴⁷ ATF 116 II 315, cons. 3 ; cf. ég. GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 10b.

¹⁴⁸ Cf. I.B.2.

¹⁴⁹ Cf. I.B.1.

¹⁵⁰ SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 19 ; pour le bénéfice, cf. ATF 104 II 314, cons. b, JdT 1979 I 602.

¹⁵¹ A ce sujet, cf. GAUCH, Kommentar SIA-118, Art. 59, n. 2a.

¹⁵² ATF 44 II 519, cons. 3, JdT 1918 I 526 ; ég. CR-CHAIX, Art. 373, n. 29 ; CHAVANNE, Retard, n. 336 ; d'un avis différent : GAUCH, Werkvertrag, n. 1126.

A La notion

1. Une définition

En Suisse, le *claim management* – également appelé « gestion des revendications », « gestion des prétentions complémentaires » ou « gestion des avenants »¹⁵³ – ne repose pas (encore) sur une méthode établie¹⁵⁴.

Selon la *définition* ici retenue, la gestion des prétentions complémentaires est une méthode grâce à laquelle les acteurs de la construction tentent d'anticiper les états de fait à l'origine d'une créance contractuelle pécuniaire ou en prolongation du temps de construction, de les identifier à temps et de les liquider de manière efficace¹⁵⁵.

Une gestion opportune des prétentions complémentaires *répond aux intérêts des deux parties*. Le maître est certes intéressé à une exécution sans anicroche du contrat et sans revendication de la part de l'entrepreneur. L'entrepreneur, quant à lui, souhaite aussi un scénario sans incident, du moins tant qu'il considère que l'équilibre des prestations est respecté. Par contre, si ses calculs effectués lors du dépôt de l'offre ne correspondent plus aux conditions de production effectivement rencontrées sur le chantier, l'entrepreneur tâchera d'obtenir une compensation financière avant la fin des travaux. Il invoquera le principe des prestations trait pour trait (art. 82 CO), le cas échéant en menaçant de suspendre l'exécution de l'ouvrage¹⁵⁶. En raison de ces tensions potentielles, les deux parties ont intérêt à mettre en place une méthode efficace de gestion des prétentions complémentaires : en évitant l'escalade des conflits et en permettant un traitement rapide des divergences d'opinions, ce mécanisme participe à l'optimisation du résultat du chantier (point de vue de l'entrepreneur) et au respect des crédits fixés (point de vue du maître)¹⁵⁷.

2. Une approche contractuelle chronologique

Les prétentions complémentaires sont des créances contractuelles de l'entrepreneur¹⁵⁸. En adoptant un *point de vue chronologique*, on peut articuler les principes d'une gestion efficace des revendications autour des trois étapes contractuelles suivantes, qui correspondent à autant de significations du concept « contrat »¹⁵⁹ :

- 1° La *conclusion du contrat*. Dans cette acception, le contrat représente un acte juridique bilatéral, caractérisé par un échange de manifestations de volonté concordantes entre les parties¹⁶⁰. Dans un sens dérivé, on entend par contrat le document qui consigne l'accord des volontés¹⁶¹. Pour cette étape, le *claim management* consiste donc à conclure un contrat initial, en principe sous forme de document écrit, permettant d'éviter au mieux des prétentions complémentaires et de liquider de façon efficace les états de fait donnant lieu à des revendications.
- 2° L'*exécution du contrat*. Dans cette acception, le contrat est la relation juridique résultant de la conclusion d'un contrat¹⁶². Lors de l'exécution du contrat, le *claim management* vise à fournir aux parties les moyens d'identifier rapidement les éventuelles prétentions

¹⁵³ KBOB, Guide, p. 1 ss.

¹⁵⁴ KBOB, Guide, p. 3.

¹⁵⁵ Pour une autre définition, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 86.

¹⁵⁶ Sur ce droit, cf. PICHONNAZ, Le temps qui passe, p. 73 s.

¹⁵⁷ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 85.

¹⁵⁸ Cf. I.A.1.

¹⁵⁹ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 354 s., qui distingue deux phases (*Angebotsphase* et *Ausführungsphase*) ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 96 ss, qui, lui, en distingue trois (*Ausschreibungsphase*, *Vertragsverhandlungs- und Vertragsabschlussphase* et *Ausführungsphase*).

¹⁶⁰ Cf. art. 1 CO. Eg. TERCIER/PICHONNAZ, PDO, n. 217.

¹⁶¹ TERCIER/PICHONNAZ, PDO, n. 214.

¹⁶² TERCIER/PICHONNAZ, PDO n. 231.

complémentaires, d'apprécier correctement leur bien-fondé et, si possible, de les régler immédiatement.

- 3° La *résolution d'un litige contractuel*. Dans cette acception, le contrat – aussi bien le document initial que les éventuels avenants découlant de la relation juridique – est la source d'un litige. Lors de cette étape, le claim management a pour but de mettre en œuvre des mécanismes efficaces pour régler les différends entre les parties.

B Le claim management et la conclusion du contrat

Avant la conclusion du contrat, on peut prévenir les futures revendications en faisant en sorte que les hypothèses retenues divergent le moins possible de celles qui existeront effectivement lors de son exécution¹⁶³. Pour parvenir à ce but, le maître (1) et l'entrepreneur (2) doivent prendre des mesures individuelles. En outre, les deux parties peuvent aussi agir en commun (3)¹⁶⁴.

1. Les mesures à prendre par le maître

Si le maître veut éviter des prétentions complémentaires, il doit avant tout *soigner sa procédure d'appel d'offres*¹⁶⁵. Une préparation minutieuse requiert les mesures suivantes :

- 1° Le maître dispose d'un *projet de qualité et suffisamment abouti*¹⁶⁶. A cette fin, il accorde d'abord une attention particulière au choix de ses mandataires (architectes et ingénieurs) chargés du projet, en ne négligeant pas la compétence au profit des honoraires les moins élevés¹⁶⁷. Ensuite, il définit clairement avec eux les objectifs, les conditions générales et les directives à observer. Il fixe un calendrier réaliste pour l'étude de projet, qui permette l'élaboration de solutions abouties. Le projet servant à préparer le dossier d'appel d'offres devrait en principe déjà faire l'objet d'une autorisation de construire définitive et exécutoire¹⁶⁸. Le maître s'assure enfin que les mandataires disposent des capacités et des disponibilités suffisantes tout au long du projet¹⁶⁹.
- 2° Le maître prépare un *dossier d'appel d'offres* adéquat et exempt d'erreurs¹⁷⁰. Pour cela, il doit disposer d'une étude de projet qui décrive précisément le genre, l'importance ainsi que les particularités des prestations, et qui prenne en compte les conditions locales (la nature du sol, l'existence de contamination ou de pollution, les eaux souterraines, les réseaux aériens ou souterrains d'électricité, de gaz, d'eau ou d'hydrocarbures, ainsi que les constructions existantes ; cf. art. 5 SIA-118)¹⁷¹.

¹⁶³ A ce sujet, cf. I.B.1.

¹⁶⁴ Par souci de simplification, nous nous concentrerons sur une procédure d'adjudication de droit privé (art. 3 al. 2 SIA-118), sans tenir compte en principe des règles sur les marchés publics. Les enseignements de cette contribution sont toutefois applicables par analogie aux contrats conclus à l'issue d'une procédure de marchés publics.

¹⁶⁵ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353, image 2 ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 96 ; KBOB, Guide, p. 8.

¹⁶⁶ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (1), Baublatt n° 43 du 25 octobre 2013, p. 10 ss ; KBOB, Guide, p. 8.

¹⁶⁷ KBOB, Guide, p. 17. Dans les marchés privés, le maître est totalement libre de choisir son mandataire. Dans les marchés publics pour les prestations de mandataire, l'entité adjudicatrice serait avisée de ne pas surpondérer le facteur prix au détriment du facteur qualité lorsqu'elle sélectionne ses mandataires (un poids de 20% est admissible, cf. POLTIER, Marchés publics, n. 336 ; GALLI ET AL., Beschaffungsrecht, p. 237 ss). L'expérience démontre qu'un mandataire de qualité et correctement rémunéré peut éviter par la suite d'onéreuses prétentions complémentaires des entrepreneurs.

¹⁶⁸ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 96.

¹⁶⁹ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 352.

¹⁷⁰ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353, image 2 ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 96 ; KBOB, Guide, p. 8 et 17.

¹⁷¹ Dans ce sens, GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 352.

Le dossier d'appel d'offres doit communiquer le mode de rémunération et comprendre les *éléments prévus à l'art. 7 SIA-118*, à savoir un projet de contrat, les conditions particulières à l'ouvrage (emplacement, nature du sol, programme des travaux, exigences particulières en matière de management de la qualité, destination de l'ouvrage, date du début des travaux et délais à respecter), le descriptif ou la description de l'ouvrage, les plans et les conditions générales qui s'appliquent à l'offre et au contrat. Le maître veille en particulier à élaborer un descriptif qui repose sur des métrés précis et qui contienne une liste d'articles exhaustive sans redondances et mentions inutiles. Le contrat devrait aussi intégrer un programme des travaux conventionnel, voire un programme de remise des plans conventionnel¹⁷², qui mettent en évidence un chemin critique réaliste ainsi que les étapes clés de l'exécution de l'ouvrage¹⁷³.

Si cela est utile, le maître peut convier les entrepreneurs à une *visite des lieux* ou leur transmettre les résultats d'*études préalables*, par exemple de forages géologiques¹⁷⁴.

- 3° Le maître établit une *organisation* définissant clairement les compétences¹⁷⁵. La définition des pouvoirs délégués aux mandataires, notamment la représentation du maître vis-à-vis des entrepreneurs, doit faire l'objet d'un régime précis et identique dans les différents contrats relatifs au projet de construction (contrats de prestations d'architecte/d'ingénieur et contrats d'entreprise)¹⁷⁶.
- 4° Le maître *examine en détail les offres* avant l'adjudication. Il doit faire en sorte de pouvoir les comparer en vue d'identifier celle qui est la plus avantageuse économiquement¹⁷⁷. Cet examen comprend les variantes des entrepreneurs, qui contiennent souvent des solutions innovantes, mais qui requièrent des devoirs de collaboration et de coordination supplémentaires¹⁷⁸. Si le maître a des doutes, il peut engager à certaines conditions des négociations avec les entrepreneurs ayant déposé les meilleures offres¹⁷⁹.

2. Les mesures à prendre par l'entrepreneur

L'entrepreneur – qui veut obtenir la reconnaissance de futures prétentions complémentaires justifiées – doit prendre les *mesures individuelles* suivantes¹⁸⁰ :

- 1° L'entrepreneur *analyse en détail les documents d'appel d'offres*¹⁸¹. En se fondant sur les éléments du dossier, sur les autres sources d'informations (p.ex. la visite des lieux, une étude géologique préalable), sur sa connaissance du terrain et sur son expérience, l'entrepreneur effectue d'abord une *analyse technique*. En particulier, il vérifie que le descriptif¹⁸² soit clair, correct et exhaustif et qu'il corresponde aux plans. A ce titre, il examine non seulement les articles mais aussi les quantités mentionnées, afin d'identifier les positions inutiles ou celles dont les quantités sont sous-estimées ou surestimées.

¹⁷² CARRON/SIEGENTHALER, Plans, p. 142 et 145.

¹⁷³ KBOB, Guide, p. 8.

¹⁷⁴ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 96.

¹⁷⁵ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (1), Baublatt n° 8 du 22 février 2013, p. 14.

¹⁷⁶ A ce sujet, cf. les difficultés relatives à la portée de l'art. 154 al. 2 et 3 SIA-118, qui confère des pouvoirs au mandataire ne correspondant pas à ceux mentionnés dans les conditions générales relatives au contrat de mandataire (normes SIA-102 et SIA-103) et qui a conduit à l'application de la règle de l'insolite dans l'ATF 109 II 452, cons. 5c, JdT 1984 I 470 ; ég. CARRON BLAISE, SIA-118, p. 8 note 45, qui mentionne erronément l'ATF 119 II 443.

¹⁷⁷ Cf. art. 18 SIA-118 ; pour les marchés publics soumis au droit fédéral, cf. art. 21 al. 1 LMP ; HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 98 s.

¹⁷⁸ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 98, et les renvois contenus.

¹⁷⁹ Cf. II.B.3.

¹⁸⁰ Pour la plupart des points ci-dessous, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 97.

¹⁸¹ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 354 s.

¹⁸² S'il s'agit d'un prix global ou forfaitaire, la vérification portera sur la description de l'ouvrage (cf. art. 12 SIA-118).

Ensuite, l'entrepreneur effectue une *analyse juridique et financière* en déterminant la répartition des risques. Il se fonde sur le projet de contrat individuel dont les clauses priment sur les conditions générales, qu'il doit également vérifier. Si les conditions sont trop défavorables, il vaut mieux renoncer à déposer une offre¹⁸³.

Enfin, tout en tenant compte du programme des travaux contenu dans l'appel d'offres, l'entrepreneur *élabore son propre document*, afin de s'assurer qu'il dispose des capacités suffisantes, d'identifier le chemin critique et de déterminer les dates auxquelles il aura besoin de la collaboration du maître (instructions, livraison de plans,...).

- 2° L'entrepreneur effectue les *démarches de clarification* adéquates. En cas de besoin et s'il en a le droit, il doit contacter le maître de l'ouvrage pour élucider les zones d'ombre contenues dans les documents d'appel d'offres (art. 15 al. 2 SIA-118). En effet, à moins qu'il ne manifeste des réserves sous forme de remarques, propositions ou compléments, l'entrepreneur qui dépose une offre accepte les conditions de l'appel d'offres. D'une part, il atteste avoir fixé ses prix sur la base du dossier dont il admet la clarté et, d'autre part, il confirme avoir tenu compte des conditions locales particulières qui étaient manifestes ou qui pouvaient être reconnues lors d'une visite des lieux (art. 16 SIA-118).
- 3° L'entrepreneur prépare une *offre précise et exempte d'erreurs*¹⁸⁴. Il doit respecter les dispositions et les éléments de l'appel d'offres. Son prix tient compte non seulement des coûts directs des prestations requises, mais aussi des autres frais de production (p.ex. les installations qui ne font pas l'objet d'articles distincts¹⁸⁵, les frais généraux de chantier), des frais généraux non directement liés au chantier, ainsi que de la majoration pour risque et bénéfice. En pratique, le caractère incomplet du descriptif ou, au contraire, la présence d'articles inutiles ou redondants complique singulièrement la tâche de l'entrepreneur qui ne peut simplement répartir ses frais généraux et son risque et bénéfice sur l'ensemble des positions du descriptif. Les différences entre les positions estimées dans le contrat et les positions effectivement réalisées, de même que les modifications de prestations en cours d'exécution entraînent inévitablement une sous- ou une sur-couverture des frais fixes et des autres frais¹⁸⁶.

L'entrepreneur ne peut en principe ni compléter ni modifier le descriptif ou la description de l'ouvrage. Les remarques, propositions, ou compléments doivent être présentés séparément, en annexe à l'offre. Ce sera aussi le cas s'il veut soumettre une *variante* (art. 15 al. 3 SIA-118), pour laquelle il devra préparer un rapport technique mettant en avant son savoir-faire entrepreneurial.

- 4° L'entrepreneur dispose d'une *base de calcul* claire et précise. On entend par là les coûts et prix en vigueur à la date de référence (en principe la date de dépôt de l'offre) utilisés pour formuler une offre à prix ferme. Ils comprennent (i) les salaires et charges sur salaires, (ii) les prix courants des matériaux, (iii) les prix des transports des personnes et des matériaux, (iv) les prix des installations de chantiers, (v) les taxes légales, voire (vi) les prestations de tiers (art. 62 SIA-118). Pour les articles les plus importants, l'entrepreneur entreprend des *analyses de prix* détaillant quels coûts et combien d'efforts sont nécessaires pour réaliser l'article en question (art. 18 al. 2 SIA-118). Les analyses de prix permettent donc d'expliquer la base de calcul¹⁸⁷.

La base de calcul initiale et les analyses de prix servent à calculer les prix unitaires ou globaux en fonction du renchérissement (art. 64 ss SIA-118) ainsi qu'à fixer les prix

¹⁸³ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 354.

¹⁸⁴ Dans ce sens, HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 97.

¹⁸⁵ Cf. toutefois art. 9 al. 1 SIA-118.

¹⁸⁶ A ce sujet, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 97.

¹⁸⁷ Pour une explication détaillée sur les analyses de prix, cf. EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 18, n. 5 ; SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 18, n. 14 ss.

complémentaires lorsque les art. 84 ss SIA-118 sont applicables. Par conséquent, l'entrepreneur sera bien avisé d'établir une base de calcul claire, de préparer des analyses de prix détaillées pour les articles les plus importants et de pouvoir prouver qu'elles ont effectivement servi à l'établissement de son offre, soit en les remettant directement au maître, soit en les déposant par exemple chez un notaire¹⁸⁸.

3. Les mesures à prendre par les deux parties

Après le dépôt des offres, leur analyse et leur éventuelle rectification par le maître en vue d'identifier celle qui est la plus avantageuse économiquement, les parties devraient prendre des *mesures communes* favorisant la gestion des prétentions complémentaires :

- 1° Les *négociations*. Si la procédure le permet¹⁸⁹, le maître peut engager des négociations avec plusieurs soumissionnaires pour déterminer la meilleure offre¹⁹⁰. Ces négociations permettent au maître de mieux saisir la pertinence du prix de certains articles et de lutter contre d'éventuelles spéculations. Le résultat des discussions est consigné dans un procès-verbal annexé au contrat¹⁹¹. Il faut soigner la rédaction de ce document qui peut servir ultérieurement à interpréter le contrat.
- 2° La *conclusion* du contrat. Selon la norme SIA-118, le contrat est conclu dès l'acceptation par le maître ; il n'y a pas besoin de document écrit (art. 3 al. 1 et 19 SIA-118)¹⁹². Le contrat écrit n'a qu'une fonction de confirmation et de preuve (art. 20 SIA-118)¹⁹³. Par contre, les procès-verbaux de discussions suivant la conclusion du contrat ne font pas partie de l'accord contractuel, à moins que les deux parties n'en conviennent autrement¹⁹⁴.
- 3° Le *document contractuel*. Le contrat écrit revêt une grande importance pour la gestion des prétentions complémentaires. En principe, plus le contrat est vague, plus la résolution d'un conflit sera imprévisible, coûteuse et complexe¹⁹⁵. Il convient donc d'accorder une attention particulière au contenu et à la formulation du contrat¹⁹⁶, au moins autant qu'au remplissage d'une série de prix¹⁹⁷.

Sur le *fond*, les parties veillent aux points suivants¹⁹⁸ :

- a. Le contrat identifie clairement les parties au contrat, l'objet du contrat (la description des prestations), les droits et obligations et les responsabilités correspondantes en matière de qualité, de prix et de délais, les compétences et la coordination avec les autres acteurs intervenant sur l'ouvrage.
- b. Le contenu du contrat correspond aux documents d'appel d'offres et à l'offre.
- c. Le contrat contient une clause d'ordre de priorité des documents afin de gérer les éventuelles contradictions internes (p.ex. art. 21 SIA-118).

¹⁸⁸ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 98.

¹⁸⁹ Cf. art. 18 al. 1 et 2 SIA-118 ; cf. ég. pour les marchés publics soumis au droit fédéral, l'art. 20 al. 1 LMP. Contrairement au droit fédéral, le concordat intercantonal interdit le recours à des rounds de négociation (cf. art. 11 let. c AIMP).

¹⁹⁰ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 98.

¹⁹¹ A ce sujet, cf. SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118, Art. 18, n. 18 s. Pour les marchés publics soumis au droit fédéral, cf. art. 26 OMP.

¹⁹² EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 3, n. 1 et Art. 19, n. 2c ; CARRON BLAISE, SIA-118, p. 9 s.

¹⁹³ EGLI, Kommentar SIA-118, Art. 20 n. 1 et 7 ; CARRON BLAISE, SIA-118, p. 10.

¹⁹⁴ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 99.

¹⁹⁵ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 99.

¹⁹⁶ SCHUMACHER, Bauwerkverträge, n. 12 ; SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, p. 3 ss ; CARRON BENOIT, Entreprise générale, p. 487 ss ; CARRON BLAISE, Contrat d'architecte, p. 585 ss.

¹⁹⁷ TERCIER, Contrats de construction, p. 23.

¹⁹⁸ TERCIER, Contrats de construction, p. 24 s. ; cf. ég. MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 63 ss, 87 ss et, plus partic., 108 ss.

- d. Afin de traiter les prétentions complémentaires, il faut insérer des clauses permettant l'adaptation du contrat¹⁹⁹.
- e. Afin de faciliter la résolution des conflits futurs, le contrat contient une clause de règlement des litiges²⁰⁰.

Sur la *forme*, le document contractuel doit respecter les points suivants :

- a. La formulation respecte le principe de l'*uniformité*. Les parties veillent à utiliser une même expression pour un même concept tout au long du contrat. On recourt autant que possible aux termes figurant déjà dans la loi ou dans d'autres documents contractuels (appel d'offres, offres, conditions générales)²⁰¹.
- b. Il faut soigner la *clarté* du texte contractuel. Une convention contient avant tout les droits et les obligations des parties. On prévoit des sanctions en cas de violation des devoirs contractuels²⁰². Des titres et des alinéas structurent le document et facilitent sa lecture et son interprétation.
- c. La rédaction du contrat est *précise*. Chaque disposition, chaque alinéa, chaque phrase, voire chaque mot a une justification propre, celle de formuler ou de préciser une règle²⁰³. Le contenu des obligations correspond aux titres²⁰⁴. Pour chaque obligation, le débiteur et le créancier sont clairement identifiés, en évitant les tournures indéfinies²⁰⁵. Lorsqu'une grandeur est exprimée de façon relative (p.ex. en %), on s'assure que l'étalon (p.ex. 100%) figure dans le contrat.
- d. Les parties privilégient la *concision* du texte. Le nombre de pages du contrat n'est pas un gage de qualité. On évite les clauses redondantes et les répétitions, sources potentielles de contradictions²⁰⁶.

4° Les *clauses d'adaptation*. Les parties prévoient si possible des mécanismes tenant compte de l'apparition de divergences entre les hypothèses prévalant lors de la conclusion du contrat et celles existant lors de l'exécution effective du contrat.

La *norme SIA-118* contient des règles permettant de gérer les principales revendications décrites ci-dessus²⁰⁷. Elle contient aussi d'autres dispositions entraînant une modification de la rémunération, une indemnisation ou une prolongation des délais de construction²⁰⁸ :

- a. L'art. 45 al. 2 SIA-118 accorde une rémunération en régie pour les travaux urgents non prévus par le contrat mais indispensables en vue de prévenir un danger ou un dommage.
- b. L'art. 51 SIA-118 prévoit une adaptation des prix de régie en cas de suppléments de salaire prévus dans la loi ou dans une convention collective, ou en cas de consentement préalable du maître pour des travaux exécutés dans des conditions particulièrement difficiles.

¹⁹⁹ Pour plus de détails, cf. II.B.3 n° 4 ci-dessous.

²⁰⁰ Pour plus de détails, cf. II.D.2 et II.D.3 ; ég. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 100.

²⁰¹ Il convient de faire particulièrement attention à ce point lorsque des documents sont traduits d'une langue à l'autre. P.ex., si l'original allemand reprend un terme légal, il faut veiller à ce que sa traduction ne soit pas seulement correcte mais reprenne exactement le concept utilisé dans la version française de la loi, à l'exclusion d'un synonyme.

²⁰² Il y a des risques qu'une obligation ne pouvant être sanctionnée adéquatement ne soit pas respectée par le débiteur.

²⁰³ TERCIER, Contrats de construction, p. 25.

²⁰⁴ Cet aspect est particulièrement délicat lorsque les parties travaillent avec un modèle de contrat et y rajoutent des clauses relatives au projet individuel de construction. Il faut veiller à ce que les ajouts soient intégrés au bon endroit, compte tenu de la structure du modèle.

²⁰⁵ P.ex. ne pas dire « on fournira les plans en temps voulu » mais « le maître fournira à l'entrepreneur les plans d'exécution le 12 septembre 2014 ».

²⁰⁶ TERCIER, Contrats de construction, p. 25.

²⁰⁷ Cf. I.C.

²⁰⁸ Pour une liste semblable, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 100 s.

- c. L'art. 60 al. 2 SIA-118 prévoit que le maître doit rembourser à l'entrepreneur les indemnités qu'il a dû payer en vertu d'une convention collective, pour la perte des heures de travail de ses ouvriers due aux conditions météorologiques ; il doit également rembourser les charges sur salaires, les frais généraux et les taxes légales, mais pas le risque et le bénéfice.
- d. L'art. 61 SIA-118 souligne que l'entrepreneur ne peut pas obtenir d'indemnité pour frais supplémentaires en cas d'interruption des travaux en raison de la situation générale du marché.
- e. Les art. 64 ss SIA-118 règlent la modification de la rémunération par suite d'une variation de la base de calcul selon une méthode d'indexation ou selon la méthode des pièces justificatives.
- f. L'art. 98 al. 2 SIA-118 prévoit que l'entrepreneur ne doit pas de pénalités de retard s'il a droit à une prolongation de délai.
- g. L'art. 101 al. 2 SIA-118 accorde une rémunération complémentaire à l'entrepreneur pour les études, plans et autres documents supplémentaires que lui commande le maître.
- h. L'art. 121 al. 2 SIA-118 prévoit une rémunération supplémentaire pour l'élimination des matériaux d'excavation ou de déconstruction comprenant des déchets ou des produits toxiques ou pollués, sauf convention contraire.
- i. L'art. 122 SIA-118 accorde une rémunération supplémentaire pour les frais résultant de la suspension des travaux en cas de découverte d'objets présentant un intérêt scientifique ou artistique.
- j. L'art. 125 al. 2 SIA-118 prévoit une rémunération supplémentaire pour la prolongation de la mise à disposition des installations de chantier, à l'exception des échafaudages de façade pour le gros-œuvre qui peuvent être utilisés sans indemnisation spéciale pendant deux mois après l'achèvement des travaux auxquels ils ont servi.
- k. L'art. 126 al. 2 SIA-118 accorde à l'entrepreneur une indemnité pour les frais résultant des compléments et modifications apportés aux installations de chantier utilisées par les co-entrepreneurs.
- l. L'art. 132 SIA-118 impose au maître d'indemniser l'entrepreneur conformément à l'art. 59 al. 2 SIA-118 en cas d'interruption de courant supérieure à deux heures.
- m. L'art. 184 SIA-118, reprenant la règle de l'art. 377 CO, autorise le maître à se départir du contrat à tout moment en indemnisant complètement l'entrepreneur.
- n. L'art. 185 SIA-118 prévoit une indemnité équitable en faveur de l'entrepreneur lorsque l'exécution de l'ouvrage devient impossible en raison d'un cas fortuit touchant le maître.
- o. L'art. 188 al. 2 SIA-118 prévoit que l'entrepreneur a droit à une indemnité pour perte de gain et pour tout autre dommage causé par l'extinction prématurée du contrat due à une perte de l'ouvrage par le fait du maître.
- p. L'art. 190 al. 2 SIA-118 accorde à l'entrepreneur une indemnité pour perte de gain en cas de demeure fautive du maître.

Le *contrat individuel* peut aussi contenir des clauses complétant ou modifiant les conditions générales quant à l'adaptation de la rémunération ou du temps de construction. Par exemple, l'art. 9 du Contrat d'entreprise de la KBOB complète l'art. 84 al. 1 et l'art. 87 al. 1 SIA-118 : selon cette disposition, l'entrepreneur doit informer le maître qu'une instruction ou la remise de plans modifiés représente une modification de commande, en particulier si celle-ci entraîne une modification considérable de la rémunération et/ou des délais contractuels. Si cela est possible compte tenu du temps disponible, l'entreprise doit établir une offre sur le supplément de prix avant le début des travaux.

C Le claim management et l'exécution du contrat

Malgré les précautions prises lors de la conclusion et de la rédaction du contrat²⁰⁹, un document contractuel n'élimine jamais toutes les revendications. Par conséquent, les parties au contrat doivent appliquer un certain nombre de principes (1) permettant d'identifier, d'analyser et de traiter les prétentions complémentaires en cours d'exécution contractuelle. Ces principes guident la mise en œuvre pratique (2) de la gestion d'une revendication.

1. Les principes

Une gestion efficace des prétentions complémentaires durant l'exécution du contrat doit respecter les *principes* suivants²¹⁰ :

- 1° La *connaissance du contrat initial*. Le traitement efficace d'une prétention complémentaire nécessite son identification précoce. Pour cela, les parties doivent connaître le contenu du contrat conclu, y compris des conditions générales intégrées. Si le contrat a fait l'objet d'un ou de plusieurs avenants, la maîtrise des documents s'étend non seulement au texte original mais aussi aux nouveautés convenues. En effet, toute modification des hypothèses doit être évaluée sur la base de la version consolidée la plus récente du contrat²¹¹.

Ces efforts s'inscrivent, pour l'*entrepreneur*, dans les mesures préparatoires à effectuer avant le début de tout chantier, afin de débiter celui-ci dans les meilleures conditions²¹². Par exemple, si des équipes différentes interviennent au stade de la procédure d'appel d'offres lors de l'exécution de l'ouvrage, la direction de l'entreprise doit garantir que le know-how accumulé par les premiers parvienne aux seconds²¹³.

Le *maître* doit s'assurer que sa direction des travaux maîtrise le contrat initial et gère le chantier dans l'esprit de ce document. Il veille en particulier au respect par ses auxiliaires des devoirs de coopération (p.ex. les instructions à donner et les plans fournis à temps et dans une version définitive)²¹⁴. De la sorte, il limite tant que possible les prétentions de l'entrepreneur liées aux perturbations du déroulement des travaux²¹⁵.

- 2° L'*identification des divergences d'hypothèses et de leurs causes (comparaison soll-ist)*. Chaque partie détermine individuellement les divergences entre les hypothèses convenues dans le contrat et les conditions effectives d'exécution. Le cas échéant, elle établit les causes à l'origine de ces divergences²¹⁶.

L'*entrepreneur* effectue un contrôle continu des circonstances prévalant lors de l'exécution du contrat et les compare au contenu du contrat initial, de façon à pouvoir identifier toute divergence influençant les coûts, les frais et les délais du chantier²¹⁷. Une analyse critique de ces changements permet de déterminer si leurs causes résident dans des inefficacités ou des spéculations dont répond l'entrepreneur²¹⁸, ou dans des états de fait justifiant une prétention

²⁰⁹ Cf. II.B.

²¹⁰ L'admissibilité d'une modification des prestations convenues dans le cadre des marchés publics, de même que les principes gouvernant l'adaptation de la rémunération et l'extension des délais de construction, doivent être examinés à la lumière des règles des marchés publics. A ce sujet, cf. POLTIER, Marchés publics, n. 471 ss. Ces questions dépassent toutefois le cadre de cette contribution.

²¹¹ KBOB, Guide, p. 9.

²¹² Sur l'importance des mesures préparatoires (AVOR), cf. GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 355 s.

²¹³ GIRMSCHIED ET AL., Faires Nachtragsmanagement, p. 44 s.

²¹⁴ Cf. I.B.1 ; ég. GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 354.

²¹⁵ On parle en allemand de *Baublaufstörungen*. A ce sujet, cf. HÜRLIMANN, *Baublaufstörungen*, *passim* ; SPIESS, *Baublaufstörungen*, *passim*.

²¹⁶ GIRMSCHIED ET AL., Faires Nachtragsmanagement, p. 46.

²¹⁷ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 355, image 4.

²¹⁸ GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 353, qui insiste sur l'importance d'un processus d'amélioration continue.

complémentaire²¹⁹. La comparaison *soll-ist* est le moyen le plus efficace pour l'entrepreneur d'établir l'existence d'un rapport de causalité entre la divergence d'hypothèses relevant de la sphère de risque du maître et le surcroît de sa charge de travail²²⁰.

En procédant au même type de comparaison, le *maître* anticipe le fait qu'une instruction donnée ou que les plans d'exécution représentent une modification des hypothèses et donnent lieu à une revendication ; il peut ainsi mieux estimer les éventuels surcoûts et la prolongation des délais. Ce suivi permet aussi au maître d'identifier les causes récurrentes de prétentions complémentaires, notamment lorsque l'ouvrage présente plusieurs fois la même séquence (p.ex. construction d'une sortie de secours à intervalles réguliers dans des parois anti-bruit). Il peut ainsi tirer les leçons de la formulation d'une première prétention complémentaire et prendre les mesures pour l'éviter ou pour minimiser ses effets lorsque la séquence se reproduira.

- 3° La *communication et la transparence*. Ce sont deux facteurs essentiels d'une gestion objective et compétente des prétentions complémentaires. Les parties communiquent entre elles le plus tôt possible et de manière transparente. Chacune porte à la connaissance de l'autre les états de fait pouvant donner naissance à des créances, en suivant la procédure prévue à cette fin dans le contrat²²¹. Dans la mesure du possible, elles tâchent de trouver un accord avant l'exécution de toute prestation donnant naissance à une prétention complémentaire²²². Les développements ci-dessous présentent un déroulement type de mise en œuvre de la gestion d'une prétention complémentaire durant l'exécution du contrat²²³.
- 4° La *preuve* des circonstances pertinentes. En raison de la difficulté à établir les faits et les rapports de causalité, le fardeau de la preuve joue un rôle essentiel dans la gestion des prétentions complémentaires²²⁴. Par conséquent, les parties établissent les documents pertinents et les conservent de telle sorte à pouvoir facilement les retrouver²²⁵. En fonction des ouvrages construits, les parties disposent des moyens suivants²²⁶ :
- a. Les *procès-verbaux des séances de chantier* sont en principe rédigés par la direction des travaux. Ils contiennent les décisions et le contenu des principales discussions. Les parties veillent à ce que leurs communications soient fidèlement retranscrites, relisent attentivement les procès-verbaux et exigent au besoin des rectifications. Les procès-verbaux sont approuvés lors de la séance suivante, le cas échéant avec corrections.
 - b. Les *rapports journaliers* proviennent de l'entrepreneur. Ils indiquent le nombre et la qualification des ouvriers occupés sur place, énumèrent les machines nécessaires à l'exécution du travail et décrivent les travaux effectués et leur degré d'avancement (art. 36 SIA-118), précisent au besoin les matériaux utilisés et le nombre d'heures de machines et de travail (art. 47 SIA-118 pour les travaux en régie). Ces rapports permettent de conserver une trace précise des conditions effectives du chantier, notamment les particularités géologiques ou les circonstances particulières ayant influencé l'exécution des prestations. Afin de faciliter la compréhension des rapports écrits, le recours à l'image (photos, vidéos) se révèle souvent utiles, surtout si la poursuite du chantier implique l'élimination des circonstances décrites (p.ex. la photo

²¹⁹ HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 102.

²²⁰ Cf. I.B.1 ; cf. ég. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement* (7), Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 4 ss.

²²¹ Cf. II.C.2 ; pour une proposition semblable, cf. KBOB, *Guide*, p. 9.

²²² P.ex. art. 87 al. 1 SIA-118, pour les modifications de commande ; ég. KBOB, *Guide*, p. 9.

²²³ Cf. ég. II.C.2.

²²⁴ Cf. I.B.2 et I.C.

²²⁵ GIRMSCHIED, *Nachtragsmanagement*, p. 356.

²²⁶ Pour une liste légèrement différente, GIRMSCHIED ET AL., *Faires Nachtragsmanagement*, p. 48 ss ; HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 101 s.

d'un éboulement dû à une situation géologique particulière)²²⁷. Pour augmenter la force probante de ces rapports, l'entrepreneur peut les remettre quotidiennement à la direction des travaux en demandant qu'ils soient contresignés ou les faire approuver lors des séances de chantier²²⁸.

- c. Les *métrés effectifs* fixent les quantités déterminantes pour des prestations à prix unitaires fixées selon cette méthode (art. 141 al. 1 SIA-118)²²⁹. Ils sont consignés dans un document appelé « attachements » (art. 142 al. 1 SIA-118). En principe, la reconnaissance de leur exactitude découle de la signature des attachements par les parties²³⁰. Celles-ci effectuent régulièrement les métrés, de telle sorte que le mesurage, le pesage ou le comptage puisse encore être effectué en raison de l'avancement des travaux (art. 142 al. 2 SIA-118).

- 5° La *conservation des preuves*. Vu que l'entrepreneur supporte le fardeau de la preuve pour la plupart des conditions d'une prétention complémentaire²³¹, il s'assure de conserver les documents et autres moyens de preuve pertinents. Il tient notamment à jour une liste identifiant les différences entre les plans du contrat initial et les plans d'exécution et leurs conséquences ainsi qu'une liste comparant les dates convenues pour la livraison des plans définitifs d'exécution et celles où elle a effectivement eu lieu²³². En outre, l'entrepreneur dresse une liste des avis donnés au maître concernant les circonstances pouvant compromettre l'exécution de l'ouvrage dans les délais et selon les formes prévues (art. 25 al. 1 SIA-118).

Selon la norme SIA-118, le *maître* doit aussi conserver certaines preuves²³³. Premièrement, l'art. 111 SIA-118 lui impose de dresser, avant le début des travaux, la liste et l'état des objets (biens-fonds, constructions, routes, conduites, eaux souterraines, sources) appartenant à des tiers et pouvant être atteints par des travaux et de réunir les preuves nécessaires. Deuxièmement, l'art. 137 al. 2 SIA-118 autorise le maître à faire analyser à ses frais les matériaux incorporés à l'ouvrage, dont un échantillon doit être fourni gratuitement par l'entrepreneur. Troisièmement, l'art. 139 al. 1 et 3 SIA-118 autorise le maître à ordonner à ses frais des essais de charge, des mesurages ou d'autres contrôles de l'ouvrage. Dans les deux derniers cas, l'entrepreneur doit finalement supporter les frais d'examen si les résultats ne correspondent pas aux exigences.

Enfin, les *deux parties* peuvent recourir aux instruments prévus par le CPC pour garantir la conservation des preuves. L'expertise-arbitrage, prévue à l'art. 189 CPC, nécessite une convention procédurale sur preuve prévoyant que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre et puissent n'être remis en question qu'à des conditions strictes (motif de récusation, partialité et erreur manifeste)²³⁴. En cas de mise en danger des preuves ou si une partie rend vraisemblable un autre intérêt digne de protection, elle peut demander l'administration d'une preuve à futur, conformément à l'art. 158 CPC²³⁵.

²²⁷ GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (7), Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 4.

²²⁸ Le simple fait de les envoyer au maître ne signifie pas, sauf circonstances particulières, que celui-ci les approuve.

²²⁹ Les quantités déterminantes peuvent également être fixées à partir d'un métré théorique établi sur la base des plans (cf. art. 141 al. 1 i.f. et 143 SIA-118).

²³⁰ SCHUMACHER, Kommentar SIA-118, Art. 142, n. 10 s.

²³¹ Cf. I.B.2.

²³² GIRMSCHIED, Nachtragsmanagement, p. 356, tableau 1 ; GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Mehrvergütungsansprüche, p. 483.

²³³ HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 102.

²³⁴ ZUFFEREY, Expertise-arbitrage, p. 12 et 14 ; cf. ég. CPC-SCHWEIZER, Art. 189, n. 11 ss ; PERROULAZ, Kommentar ZPO, Art. 189, n. 18 ; CARL, Aussergerichtliche Formen, n. 36 ss et 198 ss.

²³⁵ CPC-SCHWEIZER, Art. 158, n. 1 ss ; PASSADELIS, Kommentar ZPO, Art. 158, n. 1 ss.

2. La mise en œuvre pratique

Lorsque l'exécution du contrat donne naissance à une prétention complémentaire, on peut suivre un *schéma type en trois temps* visant à adapter le contrat aux nouvelles circonstances. La première étape a une nature informative et consiste en un avis de principe émis par l'entrepreneur (a). La deuxième est revendicative et revêt la forme d'une requête détaillée (b). La troisième est conventionnelle et représente un avenant au contrat (c)²³⁶.

a) L'avis de principe

Dès que l'entrepreneur identifie un état de fait donnant lieu à une prétention complémentaire, il émet un *avis de principe*, même s'il ne peut pas encore en détailler les implications financières et/ou temporelles.

L'entrepreneur communique immédiatement par oral cette information au maître. Il la confirme ensuite soit par courrier écrit, soit dans le procès-verbal de la séance de chantier suivante²³⁷.

L'avis *contient une récapitulation des informations essentielles*²³⁸, soit : (i) la mention du contrat concerné et des parties au contrat ; (ii) une description de la divergence entre les prestations convenues et celles devant effectivement être réalisées ; (iii) une description du fondement de la prétention complémentaire en précisant sa nature et si possible son fondement légal ou contractuel ; (iv) une mention des documents techniques pertinents (contrat, plans, procès-verbaux des séances de chantier, courriels, notes personnelles,...) pour établir la prétention complémentaire ; (v) une description qualitative – la quantification n'intervient que dans un second temps²³⁹ – des conséquences quant au déroulement des prestations, au délai d'exécution et aux coûts des prestations ; (vi) la signature de l'entrepreneur.

Exemple : Un entrepreneur obtient un marché pour la construction de parois anti-bruit (PAB) le long d'un axe routier qui, selon les plans d'appel d'offres, mesurent 5'000 m ; le contrat intègre la norme SIA-118. Lorsqu'il reçoit les plans d'exécution, la longueur des PAB mesure nouvellement 6'500 m. Dans un avis de principe au maître, communiqué immédiatement par oral puis repris dans le procès-verbal de la séance de chantier suivante, l'entrepreneur mentionne que les PAB à construire sont 1'500 m plus longues que celles correspondant à son offre. Le fondement de sa prétention complémentaire est une modification de commande (art. 84 ss SIA-118) et il se réfère d'une part aux plans d'appel d'offres et, d'autre part, aux plans d'exécution divergents pour justifier sa prétention complémentaire. Il indique enfin que la réalisation de la longueur supplémentaire augmente ses coûts et rallonge le temps de construction dans une mesure encore à préciser.

L'entrepreneur doit solliciter une *détermination écrite du maître* dans un délai bref mais raisonnable, qu'il prend soin de fixer si le contrat est muet²⁴⁰. A ce stade et sauf situation urgente, l'entrepreneur ne devrait effectuer aucune prestation relative à la prétention supplémentaire. Le maître examine l'avis et n'accepte le principe de la prétention complémentaire que si l'entrepreneur établit que les conditions communes et spécifiques sont remplies²⁴¹. Si le maître entre en matière, il prend soin de préciser que son accord ne porte que

²³⁶ Pour une proposition semblable utilisant d'autres concepts, cf. GIRMSCHIED ET AL., *Faires Nachtragsmanagement*, p. 54 ss ; KBOB, *Guide*, p. 11.

²³⁷ Dans ce sens, ch. 7a et 7b VSS 641 510 (pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3 ci-dessous). Eg. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement (7)*, Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 6.

²³⁸ KBOB, *Guide*, p. 11 ; ég. GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil, Nachtragsmanagement (7)*, Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 7.

²³⁹ Cf. II.C.2.b).

²⁴⁰ Pour un ex. de délai fixé à l'avance, ch. 7c VSS 641 510. Pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3 ci-dessous.

²⁴¹ Cf. I.B.2 et les développements spécifiques liés aux principales prétentions complémentaires évoquées (cf. I.C).

sur le principe et pas (encore) sur les quantités²⁴². S'il refuse parce qu'il considère que les conditions ne sont pas toutes remplies, un processus de règlement du litige est immédiatement mis en œuvre²⁴³.

b) La requête détaillée

Lorsque le maître ne rejette pas catégoriquement le principe d'une prétention complémentaire, l'entrepreneur lui soumet une *requête détaillée* lors de la prochaine séance de chantier ou lors d'un autre point fixe convenu. Cette communication l'informe non seulement des conséquences financières et temporelles concrètes, mais lui fournit également les moyens de preuve nécessaires²⁴⁴. Par rapport à l'avis de principe²⁴⁵, l'entrepreneur est tenu de quantifier précisément ses prétentions en prolongation du temps de construction et/ou sa créance pécuniaire ainsi que de transmettre des documents ou autres moyens de preuve à l'appui de celles-ci.

La requête détaillée contient les *informations* suivantes²⁴⁶ : (i) les informations contenues dans l'avis de principe²⁴⁷ ; (ii) en cas de revendication d'une rémunération ou de temps supplémentaires, les bases de calcul contractuelles ayant servi à la détermination des montants ou des durées de constructions, ou tout autre élément apte à prouver la quantification opérée²⁴⁸ ; (iii) le calcul détaillé et les justificatifs permettant de comprendre la prétention complémentaire.

Exemple : En reprenant l'exemple précédent et dans la mesure où les parties ont convenu d'un prix unitaire, l'entrepreneur détermine le prix complémentaire en utilisant la même base de calcul que lors du dépôt de l'offre. Si la réalisation des 1'500 m supplémentaires de PAB se fait dans des conditions proches de celles prévues dans le contrat, l'entrepreneur peut demander une augmentation de 30% de sa rémunération et du temps de construction. A cette fin, il doit remettre au maître les bases de calcul établissant que son prix est proportionnel à la longueur des PAB et que les conditions d'exécution des 1'500 m supplémentaires sont semblables au tronçon initial.

Comme pour l'avis de principe²⁴⁹, l'entrepreneur doit exiger que le maître prenne position par écrit avant d'effectuer toute prestation, sauf situation urgente²⁵⁰. Un maître de bonne foi n'est tenu d'acquiescer que si l'entrepreneur prouve, en sus des éléments de l'avis de principe, que les montants et le temps additionnel de construction réclamés correspondent effectivement aux efforts supplémentaires causés par les nouvelles circonstances qui ne lui sont pas imputables²⁵¹. Si le maître conteste le quantum de la prétention supplémentaire, un schéma de règlement des litiges doit être mis en œuvre immédiatement²⁵².

²⁴² En outre, si le contrat ou la loi prévoit un mécanisme de détermination de la quotité de la prétention complémentaire, l'admission par le maître du principe pourrait avoir des conséquences concrètes immédiates. P.ex., la règle de l'art. 86 al. 2 SIA-118 prévoit, en cas de variation de la quantité ne dépassant pas 20% pour un prix unitaire, une détermination automatique du prix complémentaire, une fois le pourcentage de la variation déterminé.

²⁴³ Cf. II.D.2. et II.D.3.

²⁴⁴ Cf. ch. 7d VSS 641 510 ; pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3 ci-dessous.

²⁴⁵ Cf. II.C.2.a).

²⁴⁶ Dans ce sens, GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, Recueil, Nachtragsmanagement (7), Baublatt n° 38 du 20 septembre 2013, p. 7.

²⁴⁷ Cf. II.C.2.a).

²⁴⁸ S'il s'agit de prix unitaires ou de prix globaux, le prix complémentaire est fixé à partir de la base de calcul à la date du dépôt de l'offre et on lui appliquera ensuite les mécanismes du renchérissement ; s'il s'agit de prix forfaitaires, il convient de déterminer la base de calcul valable au moment de la naissance de la revendication (cf. art. 89 al. 2 SIA-118 en cas de modification de commande).

²⁴⁹ Cf. II.C.2.a).

²⁵⁰ Cf. ch. 7e VSS 641 510 ; pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3 ci-dessous.

²⁵¹ Cf. I.B.1 ; dans ce sens, HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 103.

²⁵² Cf. II.D.2 et II.D.3.

c) L'avenant au contrat

Lorsque les parties ont convenu du principe et du quantum de la prétention supplémentaire²⁵³, elles complètent le contrat initial par un *avenant*²⁵⁴. Les formalités relatives à la conclusion de l'avenant devraient correspondre à celle du contrat initial.

L'avenant contient notamment les *éléments* suivants : (i) la désignation du contrat initial et des parties au contrat ; (ii) la description de l'objet de l'avenant ; (iii) les effets sur la rémunération en distinguant le montant dû sur la base du contrat initial (et des avenants déjà signés) et le montant dû en raison de l'avenant ; (iv) les effets sur les délais de construction en distinguant les délais convenus sur la base du contrat initial (et des avenants déjà signés), le délai supplémentaire accordé en raison de la prétention complémentaire et les délais applicables après la conclusion de l'avenant²⁵⁵ ; (v) si l'entrepreneur a connaissance de prétentions complémentaires non traitées dans l'avenant, une clause réservant les créances que les parties n'ont pas encore tranchées²⁵⁶ ; (vi) la signature des parties.

Exemple : Sur la base de l'exemple précédent, le maître et l'entrepreneur signent un avenant se référant au contrat initial et précisant que son objet porte sur la réalisation de 1'500 m de PAB supplémentaires. Pour la rémunération, l'avenant rappelle les chiffres du contrat de base et détaille les montants (brut et net) relatifs à la modification pertinente. S'y ajoutent les éventuelles sommes correspondant aux avenants déjà conclus. Enfin, une rubrique particulière indique le montant total net dû. Pour les délais (intermédiaires et finaux), l'avenant adopte une présentation semblable à celle de la rémunération, en indiquant d'abord les délais du contrat initial, le cas échéant avec les prolongations découlant d'avenants antérieurs, puis l'éventuelle prolongation des délais résultant de la prétention complémentaire, et enfin, les nouveaux délais (intermédiaires et finaux) suite à la conclusion de l'avenant.

D Le claim management et la résolution d'un conflit contractuel

Nous présenterons d'abord comment évaluer les chances de succès d'une prétention complémentaire (1), puis les diverses méthodes de règlement des litiges de construction (2) et, enfin, une méthode de gestion des prétentions complémentaires (3) ayant fait ses preuves en pratique.

1. Une méthode pour évaluer les chances de succès d'une claim

L'entrepreneur, qui se voit opposer une fin de non-recevoir à l'avis de principe²⁵⁷ ou à la requête détaillée²⁵⁸ d'une prétention complémentaire, doit *apprécier ses chances de succès* avant d'entamer une procédure de règlement de litiges.

La méthode suivante, qui se décline en *quatre étapes*, lui permet de mener à bien cette évaluation²⁵⁹ :

1° La détermination de l'*état de fait*. Une analyse sérieuse est impossible sans état de fait clair, précis et exhaustif. L'entrepreneur doit connaître les faits pertinents. Vu l'importance de la preuve dans la gestion des prétentions complémentaires²⁶⁰, il doit disposer de moyens de

²⁵³ Cf. II.C.2.a) et II.C.2.b).

²⁵⁴ Cf. ch. 7g VSS 641 510 ; pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3 ci-dessous.

²⁵⁵ KBOB, Modèle d'avenant, 2012, consultable sous « Documents nécessaires pendant toute la durée de l'appel d'offres » <http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/02804/index.html?lang=fr>.*

²⁵⁶ Cf. arrêt du TF 4C.205/1992 du 19.4.1994, cité par HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 95.

²⁵⁷ Cf. II.C.2.a).

²⁵⁸ Cf. II.C.2.b).

²⁵⁹ Cette proposition s'inspire d'une méthode, articulée en cinq étapes, présentée par P. RECHSTEINER lors d'une formation SIA-FORM intitulée « *Umgang mit Nachforderungen* », dispensée les 14 et 21 mars 2012 à Zurich.

²⁶⁰ Cf. I.B.2 et les développements spécifiques liés aux principales prétentions complémentaires évoquées (cf. I.C).

preuve aptes à convaincre son interlocuteur, voire un tiers (conciliateur, juge ou arbitre). Pour les faits inconnus ou qu'il ne peut pas prouver seul, l'entrepreneur évalue les moyens d'obtenir les informations pertinentes ou les preuves de la part de tiers.

- 2° La fixation des *objectifs* et l'établissement des *moyens d'action*. En se fondant sur les faits établis et prouvés, l'entrepreneur élabore sa stratégie en se fixant un objectif principal (p.ex. l'obtention d'une rémunération complémentaire ou d'un délai supplémentaire du temps de construction), voire un ou plusieurs objectifs subsidiaires. Pour chacun d'entre eux, il détermine ensuite les moyens d'action (p.ex. l'invocation d'une modification de commande).
- 3° L'établissement du *cadre juridique*. L'avant-dernière étape consiste à définir les conditions juridiques requises par la loi ou le contrat (y compris les conditions générales valablement intégrées à celui-ci) pour accorder la prétention complémentaire. Il s'agit d'une démarche complexe, qui requiert souvent une analyse détaillée des dispositions pertinentes ainsi que des connaissances juridiques approfondies.
- 4° La détermination d'une *stratégie concrète*. Afin de favoriser l'acceptation de sa prétention complémentaire, l'entrepreneur établit une organisation précise. Il détermine d'abord une méthode de résolution des conflits adaptée à la situation²⁶¹. Ensuite, il définit la ou les personnes en charge de la revendication. Le responsable du projet doit disposer de conditions-cadre précises, avec une mission, des compétences et des responsabilités clairement définies. Enfin, il faut fixer un cadre temporel déterminé pour les démarches envisagées. La gestion des prétentions complémentaires nécessite d'importantes ressources qu'il convient de ne pas gaspiller par un enlisement coûteux et stérile.

2. Les méthodes de règlement des litiges de construction

Il existe diverses méthodes – traditionnelles et alternatives²⁶² – de règlement des litiges de construction. Chacune présente des avantages et des inconvénients. Il n'y a donc pas de bonne ou de mauvaise solution, mais plutôt des choix adaptés aux particularités du cas concret. Cette décision va notamment dépendre des paramètres suivants : la nature de la méthode (contractuelle ou judiciaire), la méthode (consensuelle ou conflictuelle), la procédure (simple ou lourde), l'aboutissement et, en principe, l'exécution forcée (garantis ou non garantis)²⁶³.

En simplifiant beaucoup, on peut distinguer principalement les *trois catégories* suivantes²⁶⁴ :

- 1° La *transaction*. Par transaction, on entend le contrat par lequel les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit²⁶⁵. La transaction est privée lorsqu'elle découle de discussions auxquelles seules les parties participent. Elle est assistée lorsqu'un ou des tiers sont sollicités pour régler un litige (p.ex. médiateur, conciliateur, facilitateur) ou pour accompagner un projet durant toute la relation contractuelle (p.ex. dispute boards²⁶⁶). Le résultat est contractuel ; la méthode est consensuelle ; la procédure est simple, rapide et moins coûteuse qu'une procédure juridictionnelle. Par contre, l'aboutissement n'est pas

²⁶¹ Pour une présentation de ces méthodes, cf. II.D.3.

²⁶² Pour les moyens alternatifs de résolution, cf. BROWN-BERSET/SCHERER, Résolution des litiges, p. 265 ss.

²⁶³ Pour une présentation détaillée, cf. TERCIER, Résolution des disputes, p. 226 s.

²⁶⁴ Pour une présentation détaillée, cf. TERCIER, Résolution des disputes, p. 226 s ; pour une présentation légèrement différente, cf. HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement, p. 103 s. Les deux premières catégories forment ce que BROWN-BERSET/SCHERER, Résolution des litiges, p. 274 ss, appellent ADR qui comprennent la négociation, le partnering, le mini-trial, la médiation, les disputes boards, l'expertise-arbitrage, le med-arb.

²⁶⁵ TERCIER, Résolution des disputes, p. 227.

²⁶⁶ Pour une présentation détaillée, TERCIER, Résolution des disputes, p. 228 ss, qui définit les *dispute boards* comme une « méthode de résolution des disputes par laquelle les parties à un contrat conviennent de confier à un ou des tiers choisis le soin de les assister pendant toute la durée de son exécution afin de prévenir et tenter de résoudre les conflits qui pourraient surgir ».

garanti et, en cas d'échec, les parties doivent recourir aux tribunaux. En outre, la conclusion d'une transaction n'empêche pas l'une des parties de remettre ensuite en cause sa validité ou de refuser de l'exécuter, ce qui force l'autre à agir devant les tribunaux ordinaires, faute de pouvoir obtenir immédiatement l'exécution forcée.

- 2° *L'obligation contractuelle de respecter la décision d'un tiers.* Dans ce cas, les parties conviennent de soumettre un litige à un ou plusieurs spécialistes reconnus (juriste et/ou technicien) chargés de se prononcer exclusivement sur des faits (p.ex. une expertise-arbitrage) ou sur des questions de droit (p.ex. une expertise juridique). L'intervention de spécialistes neutres, plutôt que celle d'un juge ou d'un arbitre, permet de trouver rapidement des solutions tenant compte des intérêts commerciaux des parties et d'éviter ainsi une détérioration du climat de travail, une escalade du litige et des dépenses de ressources financières et humaines importantes²⁶⁷. Le résultat est contractuel ; la méthode est consensuelle ; la procédure reste simple ; l'aboutissement est garanti. Toutefois, une des parties peut toujours remettre en cause la décision du tiers ou refuser de l'exécuter, ce qui obligera l'autre à agir selon les voies ordinaires.
- 3° *Le jugement ou la sentence arbitrale.* Les parties peuvent prévoir d'une part la compétence d'un *tribunal étatique*²⁶⁸. Sous réserve de l'action directe devant le tribunal supérieur (art. 8 CPC), voire de la compétence fonctionnelle d'un tribunal de commerce (art. 6 CPC), la principale question est la détermination du for. Selon la loi, le siège du tribunal compétent est le domicile ou le siège suisse du défendeur ou, à défaut, le tribunal ordinaire du lieu de situation de l'ouvrage (cf. art. 31 CPC et art. 37 al. 3 SIA-118). Les parties sont libres d'y déroger en convenant d'un siège du tribunal compétent autre que celui prévu à l'art. 31 CPC ; il faut alors que la clause d'élection de for soit passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (art. 17 CPC).

D'autre part, les parties peuvent recourir à l'*arbitrage*. Il s'agit d'un mode alternatif de règlement des litiges²⁶⁹. Les sentences ont une valeur et une portée identiques à celles d'un jugement étatique²⁷⁰. Le résultat est judiciaire ; la méthode est conflictuelle ; la procédure est lourde, mais l'aboutissement est garanti. Une partie ne peut en principe pas remettre en cause la sentence ; si elle refuse de s'y plier, l'autre peut en demander l'exécution forcée²⁷¹.

3. Une méthode de gestion des prétentions complémentaires

Afin d'anticiper les éventuelles divergences relatives au principe²⁷² ou au quantum²⁷³ d'une prétention complémentaire, les parties doivent *définir un mode de règlement des litiges* avant ou lors de l'apparition de ceux-ci, en recourant à une des méthodes présentées ci-dessus ou en les combinant entre elles²⁷⁴.

Les développements suivants présentent une solution largement inspirée de la *recommandation VSS 641 510* de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS),

²⁶⁷ Dans ce sens, ch. 3 VSS 641 510 ; pour plus de détails sur cette recommandation, cf. II.D.3. Sur les coûts d'une procédure ADR, BROWN-BERSET/SCHERER, *Résolution des litiges*, p. 279 s.

²⁶⁸ Cf. la solution de l'art. 37 al. 3 SIA-118 ou de l'art. 18 du contrat d'entreprise de la KBOB, consultable sous « Documents nécessaires pendant toute la durée de l'appel d'offres » <http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/02804/index.html?lang=fr>. Eg. TERCIER, *Contrats de construction*, p. 22.

²⁶⁹ Au moins dans un sens large, cf. BROWN-BERSET/SCHERER, *Résolution des litiges*, p. 268 ss, p. 270.

²⁷⁰ BROWN-BERSET/SCHERER, *Résolution des litiges*, p. 270 ss ; TERCIER, *Contrats de construction*, p. 22.

²⁷¹ BROWN-BERSET/SCHERER, *Résolution des litiges*, p. 270 s.

²⁷² Cf. II.C.2.a).

²⁷³ Cf. II.C.2.b).

²⁷⁴ Cf. II.D.2 ; ég. ch. 1 VSS 641 510, qui souligne que la « démarche décrite n'est pas l'unique procédure parmi les différents modèles de juridictions administratives ».

édictee en 1998 (ci-après : VSS 641 510 ou recommandation VSS 641 510)²⁷⁵. Ce texte est lui-même inspiré du règlement des différends par étapes prévu dans le livre rouge de la FIDIC²⁷⁶. Ses auteurs l'ont toutefois adapté aux usages et à la mentalité helvétiques²⁷⁷. La recommandation VSS 641 510 a directement ou indirectement influencé plusieurs mécanismes mis en place ces dernières années pour des chantiers suisses de longue durée présentant des risques importants²⁷⁸.

D'un point de vue juridique, la recommandation VSS 641 510 constitue des *conditions générales* dont la validité dépend de l'intégration au contrat. Le ch. 6 VSS 641 510 propose d'ailleurs d'introduire la clause suivante dans les conditions particulières de l'appel d'offres : « En cas de litiges relatifs aux rapports contractuels (y compris les questions de validité du contrat, de sa portée juridique, de ses modifications et de sa dissolution), les parties contractantes s'engagent à rechercher un accord en application de la recommandation VSS 641 510, chapitre C, cheminement de décision sur le chantier, et chapitre D, procédure de conciliation, avant de faire appel à un tribunal arbitral ou à un tribunal ordinaire. ».

En appliquant par analogie une jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les règles de la FIDIC²⁷⁹, il faut admettre que la procédure de règlement des différends de la recommandation VSS 641 510 est *impérative*, en ce sens que les parties ne peuvent avoir recours soit au tribunal arbitral convenu, soit au tribunal ordinaire, que lorsque les deux premières phases (cheminement de décision sur le chantier et procédure de conciliation) n'ont pas abouti²⁸⁰. Cela n'empêche toutefois pas les parties de devoir respecter les délais légaux ou contractuels d'avis des défauts, de prescription et de péremption²⁸¹.

Le modèle de la recommandation VSS 641 510 s'articule en *trois phases* principales²⁸² :

- 1° Un *cheminement de décision sur le chantier* (ch. 7 VSS 641 510). Les premières étapes de la gestion des prétentions complémentaires – avis de principe et requête détaillée – ont déjà fait l'objet d'une description détaillée²⁸³. Si le maître s'oppose aux revendications de l'entrepreneur²⁸⁴, celui-ci a le droit de compléter son argumentation et de fournir des

²⁷⁵ Pour une autre solution inspirée de la recommandation VSS 641 510, cf. l'art. 18 du Contrat d'entreprise de la KBOB, qui prévoit le régime suivant : « En cas de litige, les parties s'engagent à rechercher une solution amiable par des entretiens directs. Elles font éventuellement appel à un médiateur indépendant et compétent, chargé de les concilier. Chaque partie peut aviser l'autre par écrit qu'elle est prête à s'engager dans une procédure de règlement du litige (entretiens directs ou recours à un médiateur). En cas de recours à un médiateur, les parties définissent conjointement avec celui-ci la procédure appropriée et les règles à respecter. Si aucune procédure de résolution de litige n'est convenue ou si les parties ne parviennent ni à régler le litige ni à s'entendre sur le choix du médiateur dans les 60 jours suivant la date de réception de l'avis ou si la médiation n'aboutit pas dans les 90 jours suivant cette même date, chaque partie peut porter le litige devant un tribunal ordinaire. [...] », consultable sous « Documents nécessaires pendant toute la durée de l'appel d'offres » <http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/02804/index.html?lang=fr>. Pour d'autres modèles de clause, cf. CARL, *Aussergerichtliche Formen*, annexe VII.*

²⁷⁶ Pour une description du règlement des différends prévus dans la dernière version du Red Book (1999), cf. DEMBLIN/MÖRTH, *FIDIC*, n. 497 ss ; pour une évocation récente du règlement FIDIC dans la jurisprudence suisse, cf. arrêt du TF 4A_124/2014 du 7.7.2014, cons. 3.1.1 et 3.4.2.

²⁷⁷ EGLI, *Streiterledigungsmodell*, p. 1 ; pour un autre modèle de règlement des litiges, cf. le Règlement de la CCI relatif aux Dispute Boards de 2004, consultable sous <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/>.*

²⁷⁸ Pour une liste de projets, BROWN-BERSET/SCHERER, *Résolution des litiges*, p. 283 ; CARL, *Aussergerichtliche Formen*, n. 468 s., et les notes de bas de page correspondantes ; HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 104 ; ég. EHRBAR ET AL., *Rohbau Gotthard-Basistunnel*, p. 58 ss, en partic. p. 71 s.

²⁷⁹ Arrêt du TF 4A_124/2014 du 7.7.2014, cons. 3.4.4. Ce principe est toutefois relativisé dans le cas concret (cf. c. 3.5).

²⁸⁰ Cf. ch. 5 VSS 641 510. Dans ce sens, HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 106.

²⁸¹ Cf. ch. 2 VSS 641 510.

²⁸² Cf. ch. 2 VSS 641 510 ; pour une présentation détaillée de ce document, cf. CARL, *Aussergerichtliche Formen*, n. 462 ss ; ég. HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 105 s ; pour une appréciation critique, cf. EGLI, *Streiterledigungsmodell*, p. 8 ss.

²⁸³ Cf. II.C.2.a) et II.C.2.b).

²⁸⁴ L'avis pourrait théoriquement aussi provenir du maître, raison pour laquelle le ch. 7a VSS 641 510 parle de premier intervenant.

preuves supplémentaires dans un délai de dix jours²⁸⁵. Si les représentants des parties personnellement impliqués dans le projet de construction ne parviennent pas à s'entendre jusqu'au prochain point fixe (p.ex. la prochaine séance de chantier ou une séance convoquée spécialement à cet effet), l'entrepreneur peut soumettre l'affaire à la plus haute instance de décision de chacun des contractants, afin d'éviter que les représentants des parties remettent trop tôt l'affaire à l'instance de conciliation²⁸⁶. La plus haute instance peut toutefois déléguer sa compétence à un cadre supérieur non impliqué jusqu'alors dans la réalisation ou la direction du projet. Si cette phase se conclut par une transaction, les parties consignent le résultat dans un avenant au contrat²⁸⁷.

- 2° Une *procédure de conciliation* (ch. 8 ss VSS 641 510). Si la première phase n'aboutit pas, chaque partie peut introduire la phase de conciliation. L'instance de conciliation se compose de trois personnes indépendantes, un président et deux membres, rémunérés à parts égales par les parties²⁸⁸. Les conciliateurs sont des spécialistes – soit des juristes ayant une bonne connaissance de la construction, soit des techniciens avec un solide bagage juridique – nommés par les parties dans les 60 jours après l'adjudication des travaux, donc en principe avant la naissance du litige²⁸⁹. Cette nomination anticipée²⁹⁰, la remise régulière de rapports écrits sur l'avancement du chantier et sur les informations essentielles pour le projet ainsi que la participation régulière (au moins trois fois par année) des conciliateurs à des visites de chantier²⁹¹ constituent des conditions-cadre favorisant leur action rapide et efficace lorsque naît un différend.

La conciliation proprement dite se déroule en *quatre étapes* (ch. 11 s. VSS 641 510) : une phase préparatoire, une séance de conciliation, la proposition d'une solution et l'acceptation ou non par les parties. Dans un premier temps, la partie ayant initié la procédure dépose une *requête écrite à l'attention de l'instance de conciliation* avec copie à l'autre partie, précisant l'objet du litige, la preuve de l'échec du cheminement de décision sur le chantier²⁹², la description de l'état de fait accompagnée des moyens de preuve pertinents et une motivation de son point de vue²⁹³. En principe, les conciliateurs invitent également l'autre partie à se déterminer par écrit et à leur remettre les documents pertinents²⁹⁴. Ils étudient ensuite le dossier aussi bien en fait qu'en droit et réclament d'éventuelles informations complémentaires, tout en accordant aux parties la possibilité de se déterminer et de produire leurs moyens de preuve²⁹⁵.

Dans un second temps a lieu la *séance de conciliation*²⁹⁶ : elle réunit des représentants pouvant valablement engager les parties. Durant cette séance, chacun expose à tour de rôle son point de vue de façon contradictoire. Les conciliateurs s'abstiennent de donner leur avis sur les éléments litigieux. Aucun procès-verbal n'est tenu, mais les parties et les conciliateurs peuvent prendre des notes personnelles.

²⁸⁵ Cf. ch. 7e VSS 641 510, dont la version française est maladroite.

²⁸⁶ Cf. ch. 5 VSS 641 510. Il arrive en outre qu'avant cette étape, le différend soit déjà traité par des personnes occupant des niveaux hiérarchiques intermédiaires au sein des cocontractants.

²⁸⁷ Cf. II.C.2.c).

²⁸⁸ Ch. 9a, 9b et 14 VSS 641 510.

²⁸⁹ Si elles ont omis de le faire, les parties peuvent bien entendu convenir d'une conciliation et nommer les conciliateurs après le début du litige ; cf. EGLI, *Streiterledigungsmodell*, p. 241 ss.

²⁹⁰ Ch. 9a et 9b VSS 641 510.

²⁹¹ Ch. 10 VSS 641 510.

²⁹² Ch. 5 VSS 641 510.

²⁹³ Ch. 11a et 14 VSS 641 510.

²⁹⁴ Ch. 12 VSS 641 510.

²⁹⁵ Ch. 9a et 9b VSS 641 510.

²⁹⁶ Ch. 11b VSS 641 510.

Troisièmement, les conciliateurs se retirent et élaborent une *proposition de solution*²⁹⁷. Elle devrait en principe contenir les éléments suivants : la liste des questions topiques, la détermination de l'état de fait et des bases légales ou contractuelles ainsi qu'une appréciation juridique de la situation²⁹⁸. D'un point de vue matériel, la proposition ne doit pas nécessairement couper la poire en deux, même si la nature d'une transaction veut en principe que chaque partie abandonne sa position de départ pour se rapprocher de celle de l'autre. La solution doit certes être équitable et viser une compensation des intérêts des parties²⁹⁹, mais elle doit surtout contenir une motivation juridique solide, c'est-à-dire qu'elle doit analyser en détail l'état de fait et se fonder sur le contrat conclu et les arguments présentés par les parties. La position juridique des parties et leur capacité à prouver les éléments de fait pertinents jouent donc un rôle essentiel³⁰⁰.

Les conciliateurs peuvent *exposer leur proposition de solution* oralement ou par écrit, dans un délai de deux semaines suivant la fin des négociations³⁰¹. Si les conciliateurs ne sont pas unanimes, le membre minorisé peut donner son point de vue³⁰². La diversité des opinions ainsi exprimée permet aux parties de mieux saisir les chances et les risques d'un procès et, éventuellement, de faciliter une solution négociée³⁰³. Avec l'accord des parties, les conciliateurs peuvent les autoriser à se déterminer sur la solution proposée, voire à faire leurs propres suggestions. On peut également prévoir que les conciliateurs tiennent compte de ces prises de position pour émettre leur rapport écrit contenant une proposition finale de solution.

Quatrièmement, les parties doivent communiquer au président dans un délai déterminé *leur acceptation ou leur refus* de la proposition de solution. En cas de succès de la conciliation, les parties concluent un avenant au contrat³⁰⁴. Dans le cas contraire, le président de l'instance de conciliation constate par écrit l'échec de cette phase.

- 3° Une *procédure de jugement* (ch. 15 ss VSS 641 510). Si la procédure de conciliation ne permet pas non plus de régler le différend³⁰⁵, une des parties peut faire appel à un tribunal arbitral ou à un tribunal ordinaire. La recommandation VSS 641 510 propose une clause arbitrale, désuète dans la mesure où elle renvoie aux dispositions du concordat intercantonal sur l'arbitrage, remplacé aujourd'hui par les art. 353 ss CPC³⁰⁶. En pratique, les maîtres d'ouvrage publics privilégient toutefois (encore) la voie des tribunaux étatiques³⁰⁷.

IV. Conclusion

Au terme de la présente contribution, il sied de rappeler les principaux enseignements garantissant une gestion efficace des revendications.

Les prétentions complémentaires sont un phénomène inhérent au processus de construction. Il serait inutile et vain de vouloir les éradiquer, car elles sont intimement liées à cette activité. Lorsque les conditions de l'octroi d'une rémunération ou de temps supplémentaires sont

²⁹⁷ Ch. 11c VSS 641 510.

²⁹⁸ EGLI, *Streitschlichtungsmodell*, p. 6.

²⁹⁹ Ch. 3 VSS 641 510.

³⁰⁰ Du même avis, EGLI, *Streitschlichtungsmodell*, p. 7.

³⁰¹ Ch. 11c VSS 641 510.

³⁰² Ch. 12 VSS 641 510.

³⁰³ EGLI, *Streitschlichtungsmodell*, p. 7.

³⁰⁴ Cf. II.C.2.c).

³⁰⁵ Ch. 5 VSS 641 510.

³⁰⁶ Le ch. 13 VSS 641 510 prévoit aussi que les parties peuvent convenir que l'instance de conciliation soit compétente pour statuer définitivement, en tant que tribunal arbitral, sur des litiges jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse convenue.

³⁰⁷ HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*, p. 106.

réunies, l'entrepreneur dispose d'un droit juridiquement protégé envers le maître. Les revendications ne constituent toutefois ni un modèle d'affaires en soi, ni une formule magique permettant de transformer un projet déficitaire en affaire bénéficiaire. Lorsque l'entrepreneur fait valoir une prétention, il doit porter une attention particulière à la preuve. S'il ne parvient pas à établir les éléments constitutifs de sa créance, il ne convaincra ni son cocontractant ni, en dernier ressort, un juge du bien-fondé de celle-ci.

Un claim management efficace ne trouve pas uniquement application lors du règlement du litige ; il puise ses racines dans la conclusion et la négociation du contrat et se pratique tout au long de l'exécution contractuelle. La gestion idéale des revendications requiert des parties une connaissance approfondie du contrat de construction et une grande discipline tout au long de son exécution. L'entrepreneur doit faire preuve de transparence vis-à-vis du maître. Il doit l'aviser immédiatement du principe de l'existence d'une prétention complémentaire et, ensuite, lui transmettre, dès que possible, des informations détaillées sur les conséquences pécuniaires et temporelles de sa revendication.

Un outil de management incluant des modes alternatifs de règlement des disputes semble particulièrement approprié à l'industrie de la construction. Lorsque les participants au chantier ne peuvent pas résoudre un litige dans un délai raisonnable, une solution consiste à soumettre le différend d'abord à des cadres supérieurs non impliqués dans le projet, puis à une instance de conciliation externe. Si un tel processus est mis en place, la troisième et dernière étape dans l'escalade du litige – la possibilité pour les parties de s'adresser à un tribunal arbitral ou étatique – ne devrait rester la plupart du temps qu'une éventualité théorique figurant dans une clause de règlement des litiges...

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, Collection « Les abrégés », 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BOHNET, Procédure civile).

BROWN-BERSET DOMINIQUE/SCHERER MATTHIAS, Les moyens alternatifs de résolution des litiges de construction, JDC 2007, p. 265 ss (cité : BROWN-BERSET/SCHERER, Résolution des litiges).

CARL BARBARA, Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachtens, der Mediation, der Empfehlung VSS 641 510 für Streiterledigung und weiterer bauspezifischer Mechanismen, th. Zurich 2010 (cité : CARL, Aussergerichtliche Formen).

CARRON BENOÎT, Contrat d'entreprise générale, in : S. MARCHAND/CH. CHAPPUIS/L. HIRSCH, Recueil de contrats commerciaux, modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Bâle 2013, p. 487 ss (cité : CARRON BENOÎT, Entreprise générale).

CARRON BENOÎT, Le mandataire face à l'entreprise générale ou totale, JDC 2007, p. 161 ss (cité : CARRON BENOÎT, Le mandataire).

CARRON BLAISE, Contrat relatif aux prestations de l'architecte, in : S. MARCHAND/CH. CHAPPUIS/L. HIRSCH, Recueil de contrats commerciaux, modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Bâle 2013, p. 585 ss (cité : CARRON BLAISE, Contrat d'architecte).

CARRON BLAISE, La « SIA 118 » pour les non-initiés, JDC 2007, p. 1 ss (cité : CARRON BLAISE, SIA-118).

CARRON BLAISE/SIEGENTHALER THOMAS, Le retard dans la livraison des plans : une source de nombreuses perturbations, JDC 2013, p. 139 ss (cité : CARRON/SIEGENTHALER, Plans).

CHAIX FRANÇOIS, Commentaire ad art. 363-379 CO, in : L. Thévenoz/F. Werro (édit.), Commentaire Romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-CHAIX).

CHAVANNE SYLVIE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction selon le code des obligations et la norme SIA 118, th. Genève, Bâle 1993 (cité : CHAVANNE, Retard).

DEMBLIN ALEXANDER/MÖRTH CHRISTINE, FIDIC Bau- und Anlagenbauverträge, Einführung in die drei wichtigsten FIDIC-Bauvertragsmuster, Vienne/Münich 2013 (cité : DEMBLIN/MÖRTH, FIDIC).

EGLI ANTON, Das schweizerische Streitschlichtungsmodell, texte d'une conférence donnée les 16 et 17 février 2012 à Innsbruck, disponible sur <http://www.emh-anwaelte.ch/cms/upload/pdf/dasschweizerischestreitschlichtungsmodell.pdf> (cité : EGLI, Streitschlichtungsmodell)*.

EGLI ANTON, Das Streiterledigungsmodell nach der VSS-Empfehlung 641 510 (1998), bauaktuell 6/2010, p. 241 ss (cité : EGLI, Streiterledigungsmodell).

EGLI ANTON, Kommentar ad Art. 3-6 und Art. 18-20 SIA-118, in : P. Gauch/H. Stöckli (édit.), Kommentar zur SIA-118, Art. 1-37, Zurich 2009 (cité : EGLI, Kommentar SIA-118).

EGLI ANTON, Kommentar ad Art. 84-91 SIA-118, in : P. Gauch (édit.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zurich 1992 (cité : EGLI, Kommentar SIA-118).

EHRBAR/SEILER/NEUENSCHWANDER/WICK, Rohbau Gotthard-Basistunnel, Vertragsmanagement – ein wichtiger Erfolgsfaktor für Grossprojekte, Genève 2013, disponible sur http://www.alptransit.ch/fileadmin/dateien/medien/artikel/WTC_2013_Beitrag_sew.pdf (cité : EHRBAR ET AL., Rohbau Gotthard-Basistunnel)*.

GALLI PETER ET AL., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3^e éd., Zurich 2013 (cité : GALLI ET AL., *Beschaffungsrecht*).

GAUCH PETER, *Der Bauherr, Herr des Bauvertrages?*, BRT 1983, vol. 1, p. 2 ss (cité : GAUCH, *Bauherr*).

GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, *Werkvertrag*).

GAUCH PETER, *Kommentar ad Art. 38-61 SIA-118*, in : P. Gauch (édit.), *Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156*, Zurich 1992 (cité : GAUCH, *Kommentar SIA-118*).

GAUCH PETER, *Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag*, BRT 1995, vol. 1, p. 1 ss (cité : GAUCH, *Fristen und Termine*).

GIRMSCHIED GERHARD, *Nachtragsmanagement – eine unvermeidbare Plage?*, *Bauingenieur* (88), 09/2013, p. 351 ss (cité : GIRMSCHIED, *Nachtragsmanagement*).

GIRMSCHIED GERHARD, *Nachtragsmanagement – Warum treten Produktionsstörungen auf und was kosten sie?*, *Bauingenieur* (89), 02/2014, p. 39 ss (cité : GIRMSCHIED, *Produktionsstörungen*).

GIRMSCHIED GERHARD/BRINER HANS/GLÄTTLI MICHAEL, *Faires Nachtragsmanagement – Leitfaden für Bauunternehmen und Bauherren*, 2^e éd., Zurich 2008 (cité : GIRMSCHIED ET AL., *Faires Nachtragsmanagement*).

GIRMSCHIED GERHARD/HÜRLIMANN ROLAND, *Faires und Begründetes Nachtragsmanagement*, *Recueil d'articles publiés dans Bauingenieur et Baublatt*, 2014, disponible sur : <http://www.ibi.ethz.ch/bb/publications/articles/index> (cité : GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Recueil*)*.

GIRMSCHIED GERHARD/HÜRLIMANN ROLAND, *Nachtragsmanagement – Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers*, *Bauingenieur* (88), 11/2013, p. 480 ss (cité : GIRMSCHIED/HÜRLIMANN, *Mehrvergütungsansprüche*).

HALBLEIB MATTHIAS, *Claim-Management : eine Konzeption für die Beschaffung grossindustrieller Anlagen als Referenzobjekte investiver Kontraktleistungsbündel*, Berne et al. 2000 (cité : HALBLEIB, *Claim-Management*).

HENNINGER ANTON, *Bauverzögerung und ihre Folgen*, BRT 2005, p. 238 ss (cité : HENNINGER, *Bauverzögerung*).

HÜRLIMANN ROLAND, *Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn*, in : P. Tercier et al. (édit.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, *Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich 2004, p. 815 ss (cité : HÜRLIMANN, *Bauablaufstörungen*).

HÜRLIMANN ROLAND, *Nachtragsmanagement für Unternehmer und Bauherren*, BRT 2003, p. 81 ss (cité : HÜRLIMANN, *Nachtragsmanagement*).

HOHL FABIENNE, *Procédure civile, tome 1, Introduction et théorie générale*, Berne 2001 (cité : HOHL, *Procédure civile*).

HÖK GÖTZ-SEBASTIAN, *Les Conditions FIDIC*, article publié en ligne, disponible sur <http://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=fidic-silver-book> (cité : HÖK, *Conditions FIDIC*)*.

KOORDINATIONSKONFERENZ DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DER ÖFFENTLICHEN BAUHERREN, *Guide pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction*, Berne 2012, disponible sur : <http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/00503/02239/index.html?lang=fr> (cité : KBOB, *Guide*).

MARCHAND SYLVAIN, *Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008 (cité : MARCHAND, *Clauses contractuelles*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ROUTES, Rapport final « Tunnel Task Force », 23 mai 2000, disponible sur : <http://www.tcs.ch/fr/assets/tous-les-tests/tests-tunnels/rapport-ofrou-tunnel-task-force.pdf> (cité : OFROU, Rapport)*.

PASSADELIS NICOLAS, Kommentar ad Art. 150-159 ZPO, in : Baker & McKenzie (édit.), Stämpflis Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010 (cité : PASSADELIS, Kommenzar ZPO).

PERROULAZ KILIAN, Kommentar ad Art. 183-190 ZPO, in : Baker & McKenzie (édit.), Stämpflis Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010 (cité : PERROULAZ, Kommentar ZPO).

PICHONNAZ PASCAL, Le temps qui passe en droit privé de la construction – Réflexions en matière de demeure, de délai d’avis et de prescription des droits de garantie, JDC 2013, p. 63 ss (cité : PICHONNAZ, Le temps qui passe).

POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Berne 2014 (cité : POLTIER, Marchés publics).

SCHUMACHER RAINER, Bauwerkverträge, in : P. Münch et al. (édit.), Beraten und Prozessieren in Bausachen, Bâle 1998 (cité : SCHUMACHER, Bauwerkverträge).

SCHUMACHER RAINER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag: Grundvergütung - Mehrvergütung, Fribourg 1998 (cité : SCHUMACHER, Vergütung).

SCHUMACHER RAINER, Kommentar ad Art. 92-113 und 141-156 SIA-118, in : P. Gauch (édit.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zurich 1992 (cité : SCHUMACHER, Kommentar SIA-118).

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung für grosse Infrastrukturbauten, BRT 1997, p. 3 ss (cité : SCHUMACHER, Vertragsgestaltung).

SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire ad art. 168-196 CPC, in : F. Bohnet et al., Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : CPC-SCHWEIZER).

SPIESS HANS RUDOLF, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, recht 2012, p. 116 ss (cité : SPIESS, Bauablaufstörungen).

SPIESS HANS RUDOLF, Bauablaufstörungen – die eierlegende Wollmichsau des Unternehmers?, 9. Kolloquium „Baurecht heute“, 19 janvier 2012, disponible sur : http://www.baurecht.ch/aktuell/Kolloquium09_Referat_Spiess_Bauablaufstoerung.pdf (cité : SPIESS, Referat Bauablaufstörungen)*.

SPIESS HANS RUDOLF/HUSER MARIE-THERES, Stämpflis Handkommentar zur Norm-SIA 118, Berne 2014 (cité : SPIESS/HUSER, Kommentar SIA-118).

STAUBER DEMIAN, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, th. Berne 2009 (cité : STAUBER, Gläubigerverzug).

TERCIER PIERRE, La résolution des disputes en droit de la construction, JDC 2009, p. 221 ss (cité : TERCIER, Résolution des disputes).

TERCIER PIERRE, Les contrats de construction dans la pratique, JDC 1993, p. 1 ss (cité : TERCIER, Contrats de construction).

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL, Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (cité : TERCIER/FAVRE/CO-AUTEUR, Contrats spéciaux).

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ, PDO).

WERZ JEAN-CLAUDE, Delay in construction contracts, a comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, th. Fribourg 1994 (cité : WERZ, Delay).

ZELTNER URS, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, th. Fribourg 1993 (cité : ZELTNER, Mitwirkung).

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, L'expertise-arbitrage, texte explicatif, modèle de contrat (en français et en anglais), Genève 2013 (cité : ZUFFEREY, Expertise-arbitrage).

* Toutes les références internet présentes dans cette contribution ont été vérifiées pour la dernière fois le 31 octobre 2014.