



NEWSLETTER AOÛT 2019

DROIT DE LA CONSTRUCTION

EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION, IL ARRIVE FRÉQUEMMENT QUE DES LITIGES SURVIENNENT ENTRE LE MAÎTRE DE L'OUVRAGE, D'UNE PART, ET L'ENTREPRENEUR, D'AUTRE PART, S'AGISSANT DU PRIX QUE LE PREMIER DOIT PAYER AU SECOND. LE BUT DE CETTE NEWSLETTER EST DE RAPPELER LES RÈGLES APPLICABLES EN LA MATIÈRE.

Le prix que le maître de l'ouvrage doit payer à l'entrepreneur est un élément fondamental du contrat d'entreprise. Des litiges à ce sujet sont fréquents, que les parties n'aient pas clairement définis le prix ou la manière de le calculer à la conclusion du contrat, ou qu'elles n'aient pas compris les règles applicables pour définir le prix.

Basée sur l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 24 avril 2019 dans la cause référencée 4A_156/2018 pour ce qui concerne les « prix fermes » (voir chiffres 3 et 4 ci-dessous) et complétée par ailleurs concernant les « prix effectifs » (voir chiffre 5 ci-dessous), la présente Newsletter rappelle quelques principes du régime légal gouvernant la **rémunération de l'entrepreneur**.

1. Préambule

Le **contrat d'entreprise** est régi par les articles 363 à 379 du Codes des obligations (CO). Les art. 373, 374 et 375 al. 2 CO traitent spécifiquement du prix de l'ouvrage que le maître doit payer à l'entrepreneur, en ces termes :

Art. 373

1. Lorsque le prix a été fixé à forfait, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage pour la somme fixée, et il ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu.

2. Toutefois, 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 du prix stipulé, soit la résiliation du contrat.

3. Le maître est tenu de payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qui avait été prévu.

Art. 374

Si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur.

Art. 375

1. Lorsque le devis approximatif arrêté avec l'entrepreneur se trouve sans le fait du maître dépassé dans une mesure excessive le maître a le droit, soit pendant, soit après l'exécution, de se départir du contrat.

2. S'il s'agit de constructions élevées sur son fonds, le maître peut demander une réduction convenable du prix des travaux ou, si la construction n'est pas achevée, en interdire la continuation à l'entrepreneur et se départir du contrat en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés.

Les parties à un contrat d'entreprise sont cependant libres de **déroger** à ce que prévoit la loi, en modifiant, complétant ou précisant le régime légal. De telles dérogations sont courantes en matière de construction. La Société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) a notamment rédigé une norme « SIA 118 », intitulée « Conditions générales pour l'exécution des travaux de la construction », traitant de tous les aspects du contrat d'entreprise. Cette norme règle la conclusion et le contenu du contrat d'entreprise ; elle reprend les solutions légales en les complétant, voire en les modifiant parfois de manière importante. Les art. 38 et suivants de la norme SIA 118 traitent de la rémunération de l'entrepreneur. Dite norme a valeur de conditions générales et doit donc être adoptée par les parties pour être applicable¹.

Les considérations qui suivent concernent le régime légal et non un régime conventionnel y dérogeant, quel qu'il soit.

2. Les deux principaux modes de fixation du prix

Les parties ont le choix entre deux principaux modes de fixation du prix:

¹ A noter qu'en cas de litige, les Tribunaux ne tiennent compte de la norme SIA 118 ou d'autres dérogations au régime légal qu'à la condition qu'elles aient été dûment alléguées. Il ne s'agit pas de « faits notoires » pouvant être retenus d'office par le Juge.

- d'une part les **prix fermes (à forfait)**, que les parties fixent à l'avance et qui sont en principe définitifs (art. 373 CO) ; voir chiffres 3 et 4 ci-dessous ;
- d'autre part les **prix effectifs**, fixés au moment de la livraison, d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO); voir chiffre 5 ci-dessous ;

3. Les prix fermes (à forfait)

A teneur de l'art. 373 CO, lorsque le prix a été fixé à **forfait** (soit de manière **ferme**) l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage pour la somme fixée, et il ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu (art. 373 al. 1). A l'inverse, le maître est tenu de payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qui avait été prévu (art. 373 al. 3). Le prix ferme fixe ainsi une limite tant minimale que maximale à la rémunération de l'entrepreneur.

Il existe deux sortes de prix fermes:

- les **prix totaux**, qui concernent un ouvrage ou une partie d'ouvrage, peu importe le détail du prix par poste (voir lettre a ci-dessous);
- les **prix unitaires**, qui concernent le prix d'unités à définir, le nombre de ces unités n'étant pas forcément connu ou garanti à l'avance (voir lettre b ci-dessous).

a) Les prix totaux

Le **prix total** est un prix ferme qui fixe une somme unique pour tout un ouvrage, pour une partie d'un ouvrage ou pour un résultat déterminé. Il sera dû indépendamment des coûts effectifs de réalisation de l'ouvrage, des quantités effectivement fournies et des dépenses engagées.

b) Les prix unitaires

Le **prix unitaire** est un mode de rémunération ferme qui consiste à fixer le montant dû en fonction d'unités telles que le mètre, le kilo, la pièce, l'heure, etc.

Le nombre d'unités déterminant pour la rémunération est constaté :

- soit au moyen des **métrés effectifs** ;

Les métrés sont alors effectués sur l'ouvrage même, à chaque étape de l'exécution ou à la fin des travaux, par mesure, pesage ou comptage.

- soit au moyen des **métrés théoriques** ;

Les métrés découlent des cotes des plans d'exécution, le cas échéant aussi des relevés effectués sur le terrain avant les travaux.

Les métrés théoriques divergent généralement des métrés préalables mentionnés dans le descriptif de travaux, ces métrés-ci étant généralement établis à un moment où tous les paramètres d'exécution ne sont pas encore connus.

La méthode des métrés théoriques ne doit pas être confondue avec le cas où les parties conviennent que les quantités indiquées dans le descriptif seront fermes (certains parlent alors de "forfaitisation des quantités").

Savoir quelle méthode de métrés –effectifs ou théoriques- s'applique dépend de la convention des parties. Si les parties n'ont rien convenu, la méthode des métrés effectifs s'applique.

En pratique, il arrive fréquemment que l'entrepreneur remplisse une soumission en indiquant pour chaque poste un prix unitaire et un sous-total résultant de la multiplication du prix unitaire par la quantité estimée, puis additionne ces sous-totaux pour obtenir le prix de l'ouvrage projeté. La doctrine relève que, la plupart de temps, il s'agit d'un contrat à prix unitaires, dans lequel le montant total mentionné n'est pas un prix ferme (seul le prix unitaire est ferme, le prix total dépendant des quantités d'unités effectives), mais permet d'effectuer des comparaisons avec les offres d'entreprises concurrentes.

Parfois, les parties conviennent d'un prix total après que l'entrepreneur a remis une offre de prix unitaires.

4. Correctif aux prix fermes

Le caractère définitif du prix ferme n'est pas absolu.

- D'une part, l'art. 373 al. 2 CO prévoit un correctif tiré des règles de la bonne foi, lorsque surgissent des **circonstances imprévisibles**, ou des **circonstances que les parties ont exclues** de leurs prévisions sur la base d'une (fausse) représentation commune.

La fausse représentation des parties est souvent due à des indications inexactes que le maître a données à propos de facteurs influençant les frais. Si ces indications inexactes ont été données de manière intentionnelle ou par négligence, il se peut que le maître doive en répondre sur la base d'une culpa in contrahendo (qui est une responsabilité précontractuelle). Le cas échéant, il peut y avoir concours entre les prétentions tirées de l'art. 373 al. 2 CO et de la responsabilité pour culpa in contrahendo.

- D'autre part, si les conditions d'exécution des travaux sont modifiées par un fait dont répond le maître, notamment en raison des instructions données ou d'un défaut dans la matière fournie ou le terrain, l'entrepreneur doit pouvoir obtenir une rémunération supplémentaire, la situation étant analogue à une **modification de commande** (en cas de lacunes dans le descriptif des travaux). La modification de commande est une autre exception importante donnant droit à une rémunération supplémentaire.

La modification de commande est un acte juridique ayant pour effet de modifier le contenu des prestations du contrat d'entreprise conclu, tandis que l'art. 373 al. 2 CO traite de circonstances qui augmentent les frais et aggravent ainsi à l'excès le fardeau de l'exécution pour l'entrepreneur, tout en laissant intact le contenu des prestations contractuelles.

a. Correctif en cas de circonstances imprévisibles exclues des prévisions des parties

Le **correctif** de l'art. 373 al. 2 CO est le suivant: lorsque 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 du prix** convenu, soit la résiliation du contrat.

Il faut que des circonstances extraordinaires se manifestant après la conclusion du contrat aggravent à l'excès le fardeau de l'exécution du contrat pour l'entrepreneur, en lui occasionnant des frais supplémentaires excessifs. Ces circonstances entraînant un renchérissement peuvent prendre diverses formes; elles entravent parfois l'exécution de l'ouvrage en tant que telle, mais pas nécessairement. L'entrepreneur doit par exemple fournir un supplément de travail, d'instruments de travail ou de matériel, ou encore affronter des variations monétaires qui renchérisse les matériaux achetés à l'étranger. La disproportion entre la prestation de l'entrepreneur et la rémunération convenue doit être si manifeste que les règles de la bonne foi imposent de corriger le contrat pour atténuer le déséquilibre induit par ces circonstances nouvelles.

La loi assimile à des circonstances imprévisibles les faits dont les deux parties, au moment de conclure le contrat, ont exclu l'existence ou la survenance ultérieure, en raison d'une fausse représentation commune. Ces circonstances, avec lesquelles les deux parties n'ont pas compté, peuvent déjà exister au moment de la conclusion du contrat (état géologique) ou se produire après (augmentation extraordinaire des salaires ou des matériaux).

L'art. 373 al. 2 CO confère le droit à une augmentation appropriée du prix convenu, laquelle n'est pas destinée à procurer un bénéfice à l'entrepreneur, ni à garantir que l'exécution de l'ouvrage ne lui causera aucune perte et que l'équilibre dans l'échange des prestations sera entièrement rétabli. L'entrepreneur peut tout au plus prétendre au rétablissement d'un rapport d'échange tolérable, alors que des circonstances extraordinaires ont entraîné une disproportion crasse entre la prestation qu'il doit fournir et la rémunération convenue.

b. Correctif en cas de modification de commande

En cas de **modification de commande**, le prix ferme arrêté par les parties n'est déterminant que pour l'ouvrage alors projeté, sans modifications qualitatives ou quantitatives. Les modifications de commande donnent droit à une **augmentation du prix** en cas de **prestations supplémentaires** de l'entrepreneur, rémunération qui se calcule, sauf convention contraire, sur la base de l'art. 374 CO, c'est à-dire en fonction de la valeur des matériaux utilisés et du travail effectué.

Dans la mesure où il prétend à une rémunération supplémentaire, l'entrepreneur supporte le fardeau de la preuve de la modification de commande et des frais supplémentaires en résultant.

5. Les prix effectifs

Contrairement aux prix fermes, les prix effectifs ne sont pas fixés à l'avance, mais après l'exécution de l'ouvrage, sur la base des prestations qui ont été nécessaires à son exécution.

Il existe trois hypothèses :

- celle où les parties n'ont **rien prévu** (voir lettre a ci-dessous);

- celle où les parties se sont entendues sur un **prix approximatif** (voir lettres b et c ci-dessous) ;
- elle où les parties ont prévu une **limitation** autre que le devis approximatif. (voir lettre d ci-dessous).

a. **Aucun prix prévu**

Il appartient alors à l'entrepreneur d'établir le montant de la rémunération qu'il prétend recevoir du maître. A cette fin, l'entrepreneur doit prouver trois éléments :

- Le caractère **contractuel** de ses prestations

Seules peuvent être rémunérées les prestations qui étaient initialement prévues dans le contrat ou qui ont été ordonnées en cours d'exécution par le maître ou son représentant (modification de commande). A cela s'ajoute les éventuels travaux urgents que l'entrepreneur a exécutés pour prévenir un danger imminent.

- L'**importance** des prestations effectuées

L'entrepreneur doit prouver les heures qu'il a consacrées, des engins qu'il a engagés et des quantités de matériaux qu'il a utilisées pour l'exécution de la prestation.

Généralement, l'entrepreneur fait signer au maître, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, des documents (souvent intitulés « rapports de régie » mentionnant les points énumérés ci-dessus, créant ainsi une présomption d'exactitude de ce que rapportent ces documents. Le maître qui conteste un décompte ne peut pas se contenter de ne pas le signer ; il doit contester chaque poste qu'il n'admet pas.

- Les **prix applicables**

L'entrepreneur doit établir les prix qui s'appliquent à chacune des prestations qu'il a faites. Il existe trois méthodes principales :

- 1) La **méthode individuelle**, selon laquelle les parties décident dans le contrat ou avant le début des travaux des prix et taux qui seront appliqués.
- 2) La **méthode du renvoi**, selon laquelle les parties conviennent que les « taux usuels » dans la profession s'appliqueront. Ces taux sont généralement arrêtés pour une année, dans la région considérée.
- 3) La **méthode générale**, qui s'applique si les parties n'ont rien prévu. On applique alors les prix usuels, soit les prix qui couvrent les frais effectifs et garantissent un bénéfice raisonnable. Ces prix peuvent correspondre à ceux des tarifs des associations professionnelles applicables au lieu et au moment de l'exécution des travaux, pour autant qu'ils soient l'expression d'un

usage. En cas de litige judiciaire, il convient généralement de soumettre la question à un expert.

b. Prix approximatif

7

Les parties conviennent que l'entrepreneur établisse un « **devis approximatif** »² avant la conclusion du contrat.

Le devis approximatif est un document que l'entrepreneur établit à l'attention du maître, dans lequel il indique les prix qui seront appliqués ainsi que les quantités qu'il estime, et fournit un prix indicatif. A la différence d'un prix ferme, un prix approximatif n'est pas garanti.

Si le calcul du prix effectif de l'ouvrage montre un résultat dépassant le devis approximatif de manière excessive, sans que le maître en soit responsable, ce dernier bénéficie d'une certaine **protection** (voir lettre c ci-dessous).

Une fois l'ouvrage exécuté, l'entrepreneur fixe sa rémunération selon les prix effectifs. Si le prix est finalement inférieur au devis approximatif, le maître n'est pas tenu de payer le prix devisé ; à l'inverse, si le prix est supérieur au devis approximatif, le maître doit s'en acquitter.

c. Protection du maître en cas de dépassement de devis approximatif

En cas de « **dépassement excessif** » du devis approximatif, le maître est protégé. Cette **protection** dépend de trois conditions cumulatives :

- 1) Le **devis approximatif** est **dépassé**.
- 2) Le maître n'est **pas responsable** du dépassement.
- 3) Le dépassement est **excessif**.

Il y a là une question de d'appréciation. La pratique retient une marge de tolérance de dix pourcents ; au-delà, on considère souvent que le dépassement est excessif, mais tout dépend des particularités du cas d'espèce.

Lorsque ces trois conditions sont remplies, le maître peut demander une **réduction du prix** en application de l'art. 375 al. 2 CO. Généralement, la réduction se fait de manière à ce que le prix final soit arrêté au montant du devis approximatif plus la marge de tolérance susmentionnée (en principe dix pourcents).

² Pour déterminer si l'on est en présence d'un devis approximatif, plus précis et qui offre une protection, ou d'une estimation sommaire des coûts, qui n'en offre pas, il faut interpréter la volonté des parties, le cas échéant au moyen du principe de la confiance.

d. Limitations autres que le devis approximatif

Le maître qui confie à l'entrepreneur l'exécution d'un ouvrage sans convenir de prix ferme peut se protéger autrement qu'avec un devis approximatif, soit par exemple :

- En concluant un contrat avec un « **prix de référence** » : si le prix final est inférieur, l'entrepreneur aura droit à une prime représentant un pourcentage déterminé de la différence, alors que si le prix final est supérieur, l'entrepreneur n'aura droit qu'à un supplément représentant un pourcentage de la différence.
- En fixant un **prix plafond** : les prix sont calculés selon la méthode effective ou selon celle des prix unitaires, mais le total ne peut pas dépasser un montant maximum.
- En **contrôlant les dépenses** : l'entrepreneur remet au maître une calculation détaillée de toutes les dépenses.

8

6. Conclusion

En résumé, la rémunération de l'entrepreneur peut être fixée ainsi :

- **Prix total ferme** (à forfait) (voir chiffre 3 lettre a ci-dessus);

L'avantage est que le maître sait à l'avance combien il va devoir payer pour l'ouvrage commandé et que l'entrepreneur sait à l'avance quel montant il va recevoir pour l'exécution de l'ouvrage. Un autre avantage est que, les choses étant déterminées à l'avance, on réduit le risque de contestation de la rémunération. Un prix total ferme facilite le financement de la construction, en cas de recours à des fonds étrangers (financement bancaires notamment).

Le maître prend toutefois le risque de payer plus cher que le « juste prix » des prestations de l'entrepreneur, alors que ce dernier risque de voir sa marge diminuer voire se transformer en perte s'il a mal calculé son prix. Un autre risque du maître est qu'un entrepreneur qui a mal calculé son prix ou l'a excessivement baissé pour emporter le contrat pourrait être tenté de se rattraper d'une manière ou d'une autre, entraînant un possible litige concernant la qualité de l'ouvrage livré.

Un prix total ferme nécessite que les prestations correspondantes soient définies de manière précise. A défaut, le risque pour le maître est que l'entrepreneur facture des prestations supplémentaires au motif qu'elles n'étaient pas décrites au nombre des prestations.

- **Prix unitaire ferme**, calculé selon des **métrés effectifs ou théoriques** (voir chiffre 3 lettre b ci-dessus).

Le prix par unité (mètres, kilos, pièces, heures, etc.) étant connu, les parties savent à l'avance combien ces unités vont respectivement leur coûter ou leur rapporter. Toutefois, le nombre d'unités n'est pas connu à l'avance ; par conséquent, le prix final demeure inconnu. Au mieux, les

parties ont une idée plus ou moins précise du nombre d'unités et donc de ce que sera le prix final. Le risque de contestation du prix unitaire étant réduit, on diminue partiellement le risque de contestation du prix final, dite contestation pouvant toutefois encore surgir au sujet du nombre d'unités utilisées ou qui auraient dû être utilisées.

Comme pour un prix total, le maître prend avec un prix unitaire ferme le risque de payer plus cher que la valeur des unités ; ce risque est toutefois réduit, dans la mesure où il est plus facile de se faire une idée du « juste prix » des unités, puisqu'il y a généralement un marché pour celles-ci. Quant à l'entrepreneur, il prend le risque de diminuer sa marge voir faire une perte, mais c'est plutôt théorique, car il est généralement bien placé pour connaître le prix de ces unités. Un autre risque du maître est qu'un entrepreneur qui a mal calculé ses prix unitaires ou les a excessivement baissés pour emporter le contrat pourrait être tenté de se rattraper d'une manière ou d'une autre, entraînant un possible litige concernant la qualité de l'ouvrage livré. Potentiellement, le nombre d'heures de travail, qu'il faudra multiplier par le prix unitaire d'une heure, constitue une source de contestation.

Il est recommandé de s'accorder à l'avance sur la méthode de métrés qui sera appliquée pour déterminer le nombre d'unités.

A noter que les unités pour lesquelles les parties n'auraient pas fixé un prix unitaire se rémunèrent selon la méthode du prix effectif.

- **Prix effectif, sans limite posée à l'avance** (voir chiffre 5 lettre a ci-dessus);

L'avantage est que le prix correspondra à la valeur du travail effectué. En théorie, le prix payé devrait être le « juste prix ».

Toutefois, la détermination du prix recèle de nombreuses possibilités de litige, par exemple sur les points de savoir si une prestation faisait partie du contrat ou non, quelle est l'importance des prestations et quels sont les prix applicables.

Le maître a peu de visibilité financière au moment de contracter.

Il est important de s'accorder avec suffisamment de précision au sujet des prestations qui font partie du contrat et de la méthode pour déterminer les prix applicables.

- **Prix effectif, limité par un devis approximatif** (voir chiffre 5 lettre b ci-dessus);

Le devis approximatif offre au maître une meilleure visibilité qu'en l'absence de devis. Par rapport à un prix total, son risque se limite a priori à devoir payer au final un prix environ dix pourcents plus cher que devisé.

Même si le prix n'est pas fixé à l'avance et se calcule selon la méthode des prix effectifs, le risque de litige est sensiblement inférieur qu'en l'absence de devis, puisque ce dernier constitue une protection et que le prix final ne peut donc pas être une totale surprise.

En pratique, le prix final est rarement inférieur au devis. Il est souvent supérieur.

- **Prix de référence** (voir chiffre 5 lettre c ci-dessus);

Si le prix de référence, la prime en cas de prix inférieur et le supplément en cas de dépassement sont correctement fixés, la méthode du prix de référence peut s'avérer efficace pour limiter les risques.

10

- **Prix plafond** (voir chiffre 5 lettre c ci-dessus).

Un prix plafond est une assurance pour le maître, qui peut contrôler son risque. L'entrepreneur doit de son côté éviter d'accepter un prix plafond trop bas par rapport aux coûts qu'il prévoit, faute de quoi il risque de ne pas être rémunéré à hauteur de son travail.

En tous les cas, lors de la conclusion d'un contrat d'entreprise, il est essentiel que les parties –le maître et l'entrepreneur- déterminent consciemment le mode de rémunération et le cas échéant la méthode de calcul, et qu'ils aient pleine conscience des implications de celui-ci.

Me Rolf Ditesheim, docteur en droit, avocat

Pour plus d'informations:

Me Rolf Ditesheim, avocat (ditesheim@jmrlegal.ch)

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Raymond & Associés ou l'un des avocats susmentionnés répondra volontiers à vos questions.