

**En un an, les cours se sont envolés**  
Évolution en euros/MWh, pour les contrats annuels 2023

**Électricité de base produite en Suisse**

Date	Cours (€/MWh)
01.07.2021	~80
01.10.2021	~100
01.01.2022	~140
01.04.2022	~220

**Gaz livré par l'Allemagne**

Date	Cours (€/MWh)
01.07.2021	~20
01.10.2021	~30
01.01.2022	~50
01.04.2022	~80

Graphique: O. Chiacchiari. Source: Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

**Force majeure et dépassement des délais**

**Pascal Pichonnaz,**  
Professeur à l'Université de Fribourg

FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT  
FREIBURG

30.08.22 1 **UNI FR**

1



**Le plan**

- I. Introduction
- II. L'autonomie des parties
- III. Force majeure et imprévisibilité
- IV. La mise en œuvre des principes
  1. Le retard du chantier
  2. Les coûts supplémentaires
  3. Les effets sur l'évaluation des coûts par l'architecte

2

## II. L'autonomie des parties

*La rédaction contractuelle consiste à imaginer  
l'imprévisible et, de ce fait, le rendre prévisible*

### Base de calcul

#### Contenu et portée

#### Art. 62

- <sup>1</sup> Dans une offre à prix unitaires, à prix globaux ou à prix forfaitaires, l'entrepreneur calcule son offre sur la base des **coûts et prix en vigueur à la date de dépôt de l'offre** (date de référence). Cette base de calcul des prix comprend notamment:

3

### Excursus: La SIA 118 comme expression d'un usage et/ou comme fait notoire

Pour souligner ce que j'ai indiqué lors de la présentation orale, voici quelques éléments:

Le Tribunal fédéral a récemment indiqué que la question de savoir si la Norme SIA 118 était **un fait notoire était indécise** (arrêt du TF, 4A\_423/2019, du 20.1.2020, c. 4.2, qui se réfère à l'arrêt du TF, 4A\_582/2016, du 6.7.2017, c. 4.6) ; toutefois, dans l'arrêt 4A\_582/2016 (6.7.2017), c. 4.6, le Tribunal fédéral a au contraire indiqué qu'il y avait un **formalisme excessif** de la part d'un TC à **rejeter** l'application de l'art. 172 SIA 118 au motif que le texte de la Norme SIA 118 n'avait pas été allégué et prouvé (ég. arrêt du TF 4A\_156/2018, du 24.4.2019 c. 3), il s'agit d'un fait notoire (cf. BR/DC 2017 n. 827 p. 388 note Franz Werro). Dans l'arrêt du TF 4A\_486/2017 du 23.3.2018, c. 3.2.1, le Tribunal fédéral désigne la Norme SIA 118 **comme un fait notoire**, en se référant à l'arrêt du TF, 4A\_582/2016 du 6.7.2017. Pour le TC TI, la Norme SIA 118 **n'est pas un fait notoire**, cf. arrêt du TF, 4A\_15/2016, du 1.3.2017, in BR/DC 2017, p. 378 s. (note Pascal Pichonnaz) ; dans le même sens le canton des Grisons (TC GR, ZK2 14 1 [27.10.2014] = BR/DC 2015 177 n. 265 [note T. Siegenthaler]). Sur l'enquête menée auprès des tribunaux cantonaux sur le caractère notoire de la Norme SIA 118, cf. T. SIEGENTHALER/H. STÖCKLI, Ist die SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch? Eine Umfrage bei Zivilgerichten, BR/DC 2008, 37 ss.

Selon le Tribunal fédéral, **les règlements et tarifs SIA n'ont pas valeur d'usage au sens de l'art. 394 al. 3 CO** (TF, 4A\_230/2013 [17.09.2013], c. 2 ; TF, 4A\_86/2011 [28.04.2011] c. 6.1) ; sur cette dernière question cf. PICHONNAZ/FOURNIER, p. 48.

4

### III. Force majeure et imprévisibilité

#### Art. 58

<sup>1</sup> Lorsque l'exécution d'une prestation faisant l'objet d'un prix ferme (art. 38 al. 1) est rendue plus difficile par des **circonstances particulières** se produisant ou apparaissant **après** la conclusion du contrat et **sans faute** du maître, l'entrepreneur n'en doit pas moins exécuter la prestation promise au prix fixé, sans pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire. Les cas particuliers visés par les art. 59–61 sont réservés.

5

### III. Force majeure et imprévisibilité

#### Art. 59

<sup>1</sup> L'entrepreneur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque des **circonstances extraordinaires**, impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions des parties, empêchent ou rendent difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage; par exemple: venues d'eau, séismes, tempêtes, fuites de gaz, température souterraine élevée, radioactivité, mesures nouvelles décidées par une autorité, violation de la paix du travail.

<sup>2</sup> La direction des travaux et l'entrepreneur conviennent selon le cas du montant de cette rémunération; celle-ci ne peut cependant dépasser le montant des dépenses supplémentaires qui auront été justifiées. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, il appartient à l'entrepreneur de saisir le juge pour qu'il fixe la rémunération supplémentaire ou autorise la résolution du contrat (art. 373 al. 2 CO).

6

### III. Force majeure et imprévisibilité

- **Une imprévisibilité concrète**
  - Du point de vue de l'entrepreneur (compétences spécifiques: ATF 111 II 352, c. 2a, JdT 1986 I 73)
  - Prévoir l'impact des circonstances *sur la prestation spécifique*
    - ATF 50 II 158 c. 2; *contra* TERCIER/BIERI/CARRON, n. 4019 lesquels, nous semble-t-il, font une lecture imprécise de l'ATF 50 II 158 c. 2. Il en ressort en effet que « [c]e qu'il y a lieu en effet de se demander, c'est si les parties pouvaient prévoir ou auraient dû prévoir que la hausse atteindrait les *proportions* qu'elle a prises » (nous soulignons) ; sur l'évolution de la jurisprudence, cf. PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, n. 861 ss
  - Non l'effet perturbateur en tant que tel
  - Au moment de la conclusion du contrat
- **Un empêchement concret**
  - « difficulté excessive »
  - appréciation normative
  - Le critère de la bonne foi: «*Au vu de l'ensemble des circonstances, on ne peut raisonnablement exiger (selon la bonne foi) que la prestation soit exécutée dans les conditions contractuelles sans l'adapter.*»

UNIVERSITE DE FRIBOURG

FREIBURG

30.08.22

7



7

### IV. La mise en œuvre des principes

#### 1. Le retard du chantier

- 1.1. Le régime légal
- 1.2. La Norme SIA 118

#### 2. L'augmentation des coûts

- 2.1. Le régime légal
- 2.2. La Norme SIA 118
- 2.3. La question particulière de la location des installations

#### 3. Les conséquences sur l'évaluation des coûts par l'architecte

FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT  
FREIBURG

30.08.22

8



8

## 1. Le retard du chantier

### 1.1. Le régime légal

- Demeure qualifiée
- CO 366 I
- La question des délais intermédiaires non-contraignants (TF, 4A\_298/2019, du 31.3.2020, c. 7.2 )
- *L'impossibilité exclut la demeure !*
- L'impossibilité passagère entraîne la suspension: ATF 44 II 519/527, n.t. (dans lequel le Tribunal fédéral considère que les parties doivent au moins rester liées six mois après la signature du traité de paix).

9

## 1. Le retard du chantier

### 1.2. La Norme SIA 118

#### Art. 95 al. 3 SIA 118

Lorsque, **sans faute de sa part**, l'entrepreneur doit prendre des **mesures supplémentaires** pour respecter les délais, il ne peut les prendre qu'avec le **consentement de la direction des travaux**. **Le maître supporte** dans ce cas les frais supplémentaires justifiés. Lorsque la direction des travaux refuse son consentement, l'entrepreneur n'est pas tenu de prendre de mesures complémentaires.

10

## 2. Les coûts supplémentaires

### 2.2. Le régime de la Norme SIA 118

- Les coûts des mesures d'accélération (cf. Art. 95 al. 3 SIA 118)
- La modification des bases de calcul (cf. Art. 62 SIA 118)

## 2. Les coûts supplémentaires

### 2.2. Le régime de la Norme SIA 118

- Le régime des art. 64 ss SIA 118 couplé à
  - SIA 122 (2012) Variations de prix: Procédure selon la **méthode paramétrique**
  - SIA 123 (2021) Variations de prix suite au renchérissement: **procédure selon l'indice des coûts de production** (ICP sur la base des modèles de coûts CAN)
  - SIA 124 (2013) Variations de prix : Procédure selon la **méthode des pièces justificatives**
  - SIA 125 (2017) Variations de prix dues au renchérissement pour les prestations des **entreprises générales et des entreprises totales**
  - SIA 126 (2014) Variations de prix: Procédures selon la méthode paramétrique pour les **prestation des mandataires**

## 2. Les coûts supplémentaires

### 2.1. Le régime légal

En matière de **prix forfaitaires**

1. Le moment et la durée de l'exécution
2. La prise en compte de critères objectifs et subjectifs  
*une méthode objective et pragmatique du Tribunal fédéral*  
[ATF 143 III 545](#) - Pichonnaz/Fournier, La modification de commande, p. 41 s.
3. Les solutions nouvelles
4. La limite de l'adaptation

## 2. Les coûts supplémentaires

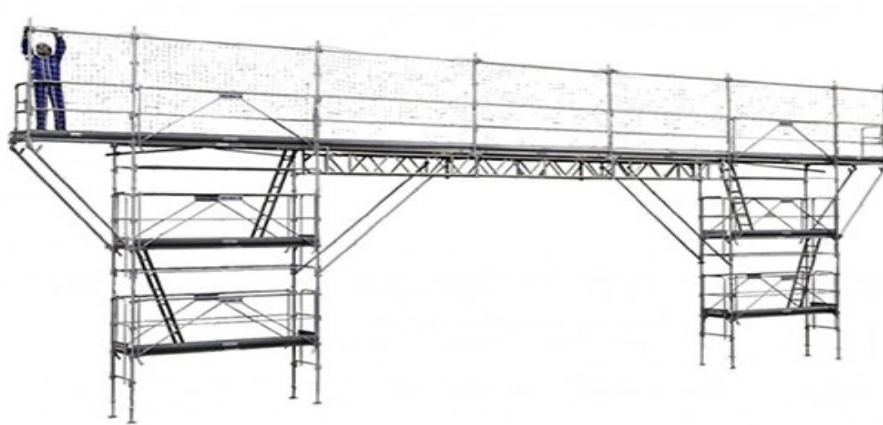
### 2.2. La norme SIA 118

1. La prise en charge des coûts d'accélération (Art. 95 al. 2 SIA 118)
2. La prise en charge des coûts en cas de suspension (Art. 61 SIA 118)  
*«situation générale du marché» = les atteintes générales au marché (de la construction) pour des raisons liées au marché de la construction*
3. L'application de l'art. 59 SIA 118 (« circonstances extraordinaires »)

## 2. Les coûts supplémentaires

### 2.3. La location des échafaudages et autres objets

1. Une solution différente de celle du Covid-19
2. Une application de l'art. 59 SIA 118 entre le maître et l'entrepreneur



## 3. Les effets sur l'évaluation des coûts par l'architecte

1. Le rappel du principe
2. La limite du coût de construction

[Arrêt du TF 4A\\_210/2015 \(02.10.2015\), c. 4.3.1, SJ 2016 I 200](#)

«Si l'architecte remarque ou doit remarquer que la limite de coût ne pourra pas être tenue ou s'il doute qu'elle puisse l'être, il doit suspendre immédiatement les travaux, investiguer et informer le mandant de façon que des mesures pour maintenir la limite de coût puissent être prises. »

3. La garantie du coût de construction (application de l'imprévision 2 I CC)

[Arrêt du TF 4A\\_210/2015 \(02.10.2015\), c. 4.3.1, SJ 2016 I 200](#)



## En guise de conclusion

### 1. Le retard et les mesures à prendre

- 👉 CO 366 I                      Art. 95 SIA 118
- 👉 suspension                      suspension  
   ATF 44 II 519



### 2. L'augmentation des coûts

- 👉 art. 373 II CO (?)              Art. 61 SIA 118              (prix avec variation)
- 👉 art. 373 II CO                      Art. 59 SIA 118              (prix forfaitaire)  
   ATF 143 III 545              (méth. objective pragmatique)

## Quelques questions complémentaires (1)

- 1) Que se passe-t-il si le contrat exclut tant l'art. 59 SIA 118 que l'art. 373 al. 2 CO ?
  - Il est possible d'exclure l'art. 59 SIA 118 (exclusion d'une clause de CG) et selon la doctrine d'exclure l'art. 373 al. 2 CO, mais même si on admettait l'exclusion de l'art. 373 al. 2 CO, il n'en reste pas moins qu'une révision du contrat reste possible.
  - EN EFFET, la révision se fait alors au fondement de l'art. 2 al. 2 CC, qui permet de considérer que la clause d'exclusion est abusive de droit (exigences plus élevées que celles de l'art. 2 al. 1 CC). Celle-ci est alors nulle; il y a alors une lacune d'adaptation (*Anpassungslücke*) qui permet de recourir à l'art. 2 al. 1 CC pour adapter le contrat.
  - En résumé, l'exclusion des art. 59 SIA 118 et 373 al. 2 CO élève les exigences, mais n'exclut pas totalement l'adaptation du contrat.

## Quelques questions complémentaires (2)

- 2) La situation des entreprises générales (EG) est vraiment plus difficile que celles des entreprises individuelles au moment d'appliquer l'art. 59 SIA 118 / 373 al. 2 CO ?
- Pour l'EG, l'augmentation des coûts par rapport à l'un des sous-traitants (ST) (par application de l'art. 59 SIA 118 p.ex.) doit s'apprécier sur l'ensemble de la prestation avec le MO. Une augmentation importante pour un ST peut demeurer quantité relativement négligeable (càd rester dans la zone de risque contractuellement assumée) par rapport à l'ensemble de la prestation.
  - Le fait que les EG ont une marge très faible pourrait évidemment signifier que l'on peut appliquer l'art. 59 SIA 118 déjà avec un pourcentage d'augmentation globale du coût de la livraison de l'ouvrage moindre. Notamment au vu de l'ampleur des montants, un pourcentage même faible peut entraîner des sommes en chiffres absolus importantes, voire excessives au sens des principes développés ci-dessus.

## Quelques questions complémentaires (3)

- 3) Qu'en est-il de l'allégation et de la preuve de l'augmentation des coûts?
- En effet, il ne suffit pas d'alléguer que les coûts ont augmenté de manière excessive (mais il faut bien sûr alléguer), il faut en outre le démontrer. Cela suppose pour un EG, ou pour un ST, d'ouvrir ses comptes. Il faut en effet montrer les prix d'achat effectifs des matières premières et les mettre en comparaison avec les bases de calcul (par une expertise ou un autre moyen de preuve). Cela suppose donc de fonctionner « à livres ouverts ». Cela peut s'avérer désagréable, mais il n'est pas possible de se plaindre d'une augmentation excessive de la charge sans en apporter la preuve.
  - Comme cela peut porter sur des secrets d'affaires ou d'autres aspects confidentiels, un **caviardage** de certains aspects pour l'autre partie (mais non pour le juge) peut p.ex. être demandé. → CPC 156

## Quelques éléments de doctrine

Outre les commentaires pour les questions générales et les standards GAUCH, *Werkvertrag*, 6ème éd., Zurich 2019; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 et les articles dans la BR/DC. Cf. ég. sur ces questions:

- PICHONNAZ PASCAL/NUSSBAUMER ARNAUD, *Les contrats de la construction en temps de crise*, in: Journées suisses du droit de la construction 2021, p. 47-64.
- PICHONNAZ PASCAL/FOURNIER ANNICK, *La modification de commande dans les contrats de services : les incidences sur le prix*, in : Pichonnaz/Werro (édit.), *La pratique contractuelle 6*, Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 29 ss.
- PICHONNAZ PASCAL, *Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie*, ZSR/RDS 139 (2020) Sondernummer «Pandemie und Recht», p. 137 ss.
- PICHONNAZ PASCAL, *Impossibilité et exorbitance*, thèse Fribourg, Zurich 1997.