

## « À chaque partie ses dommages » : est-ce vraiment le cas pour les retards coïncidents?

Melanie Maclean, ing., Conseillère

*La coïncidence des retards est un élément que l'on observe de plus en plus fréquemment dans les analyses détaillées des retards, rendant l'examen approfondi du contrat et des faits spécifiques à chaque cas particulier d'autant plus important pour le traitement de ce type de retards. Cet article traite des théories relatives aux retards coïncidents, de la manière dont ils sont traités dans le cadre des analyses détaillées des retards, ainsi que du recouvrement des coûts supplémentaires associés aux retards coïncidents.*



Melanie Maclean, ing.  
Conseillère

### Introduction

De manière générale, les retards qui affectent les projets de construction peuvent être classés sous trois catégories :

1. **Retards compensables** : Ce sont des retards dont le maître de l'ouvrage assume la responsabilité, conformément aux termes du contrat. Dans ces cas, l'entrepreneur a habituellement droit à une prolongation de délai ainsi qu'à une indemnisation financière.
2. **Retards excusables, mais non-compensables** : Il s'agit de retards résultant d'événements dits « neutres », au sens où aucune des parties n'a de contrôle sur les causes de ces retards. Ces événements peuvent par exemple être des cas de force majeure, des grèves ou des conditions météorologiques anormalement mauvaises. Dans ces cas, l'entrepreneur a généralement droit à une prolongation de délai, mais pas à une indemnisation financière.
3. **Retards non-excusables** : Ces retards résultent généralement de manquements de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants. En

règle générale, dans ces cas, l'entrepreneur n'a pas droit à une prolongation de délai, et il pourrait devoir mettre en œuvre une accélération des travaux à ses propres frais. En outre, l'entrepreneur risque d'avoir à payer des dommages-intérêts au maître de l'ouvrage. Les retards non excusables sont non compensables.

Cela posé, les retards qui surviennent dans le cadre des projets de construction peuvent résulter d'un ensemble varié de causes ou d'événements dont la responsabilité peut incomber à l'une, ou plusieurs des différentes parties au contrat. Déterminer à laquelle des catégories susmentionnées les retards appartiennent repose sur une solide appréciation des faits et une bonne compréhension des causes des retards qui affectent un projet.

Alors que ces événements de retard individuels et leurs impacts (s'inscrivant dans l'une ou l'autre des catégories définies plus haut) peuvent survenir indépendamment les uns des autres et de façon isolée, il arrive aussi fréquemment qu'ils se produisent simultanément. Dans ce dernier cas, les retards qui surviennent simultanément peuvent être subdivisés en deux types principaux : les retards parallèles et les retards coïncidents.

Lorsque les causes à la source de retards simultanés sont le fait d'une seule partie, on y réfère sous le terme de retards parallèles.

Lorsque les causes à la source de retards simultanés sont le fait de plus qu'une partie, on y réfère sous le terme de retards coïncidents.

Les meilleures pratiques et la littérature spécialisée de l'industrie présentent des approches et considérations relatives à l'attribution des retards coïncidents, mais celle-ci demeure souvent considérée comme l'un des aspects les plus complexes du processus d'analyse détaillée des retards.

### Les retards coïncidents : Définitions de base

En termes simples, les retards coïncidents « se produisent lorsque deux (ou plus) causes indépendantes de retard surviennent à l'intérieur d'une même période temporelle<sup>1</sup>. » Il importe également de souligner que pour qu'ils soient considérés comme des retards coïncidents, chacun des événements de retard doit affecter le chemin critique du projet<sup>2</sup>. Des retards coïncidents sont illustrés à la Figure 1.

Dans l'exemple de la Figure 1, un retard causé par le maître de l'ouvrage (représenté par la période indiquée en rouge) survient en même temps qu'un retard causé par l'entrepreneur (représenté par la période indiquée en doré). Dans ce cas, la période de coïncidence est celle durant laquelle les deux retards se chevauchent.

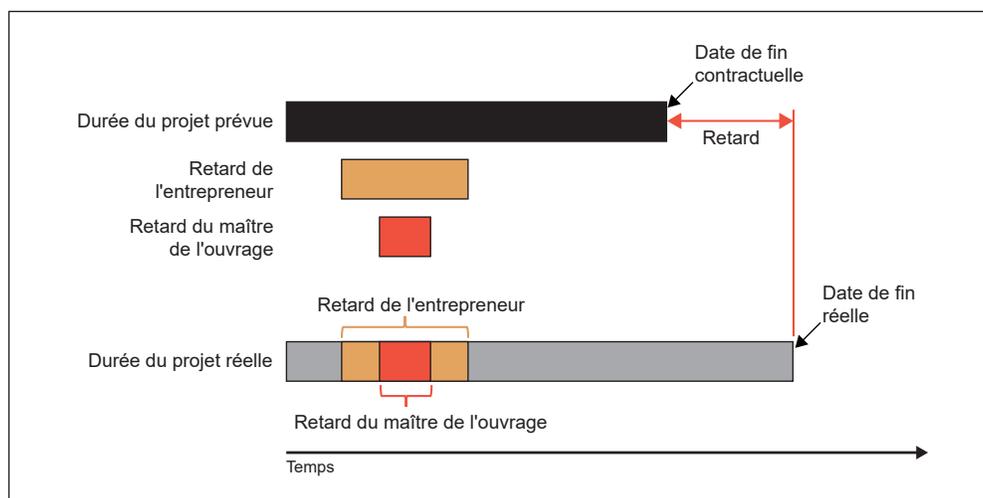


Figure 1 - Illustration d'une situation de retard concurrent simple

De nombreuses situations peuvent être à l'origine de retards coïncidents dans le cadre d'un projet de construction. Par exemple, le début des travaux pourrait être retardé par l'obtention tardive par le maître de l'ouvrage des permis ou du financement, alors qu'en même temps, l'entrepreneur pourrait être responsable du début tardif de la construction en raison d'une mobilisation tardive. Ce vaste éventail de situations qui peuvent engendrer la survenance de ce type de retards a conduit à la formulation de diverses définitions des « retards coïncidents ».

### Retards coïncidents simultanés et successifs

La coïncidence peut faire référence à une situation dans laquelle des événements de retard critiques indépendants se produisent durant la même période temporelle (retards coïncidents simultanés), et elle peut également faire référence à des événements de retard survenant à « des moments différents, mais qui ont un effet commun<sup>3</sup> » (retards coïncidents successifs). Les retards coïncidents

successifs<sup>4</sup> ont également été définis comme « ceux qui se produisent séquentiellement plutôt que simultanément<sup>5</sup> ». Ces deux scénarios de retards coïncidents sont illustrés à la Figure 2 à l'aide d'un exemple dans lequel des retards affectent deux activités parallèles qui se trouvent sur le chemin critique.

Le scénario 1 illustre une situation de retards coïncidents simultanés (similaire à celle de l'exemple de la Figure 1). Comme on peut le voir, un retard causé par l'entrepreneur (montré en doré) affecte l'Activité A exactement en même temps qu'un retard causé par le maître de l'ouvrage (montré en rouge) affecte l'Activité B. Les effets de chacun de ces événements de retard se font sentir simultanément, et ils ont tous les deux un impact sur leur activité successeure, soit l'Activité C.

Le scénario 2 illustre une situation de retards coïncidents successifs. Comme on peut le voir, un retard causé par l'entrepreneur (montré en doré) affecte l'Activité A, puis, plus tard, un retard causé par le maître de l'ouvrage (montré en rouge)

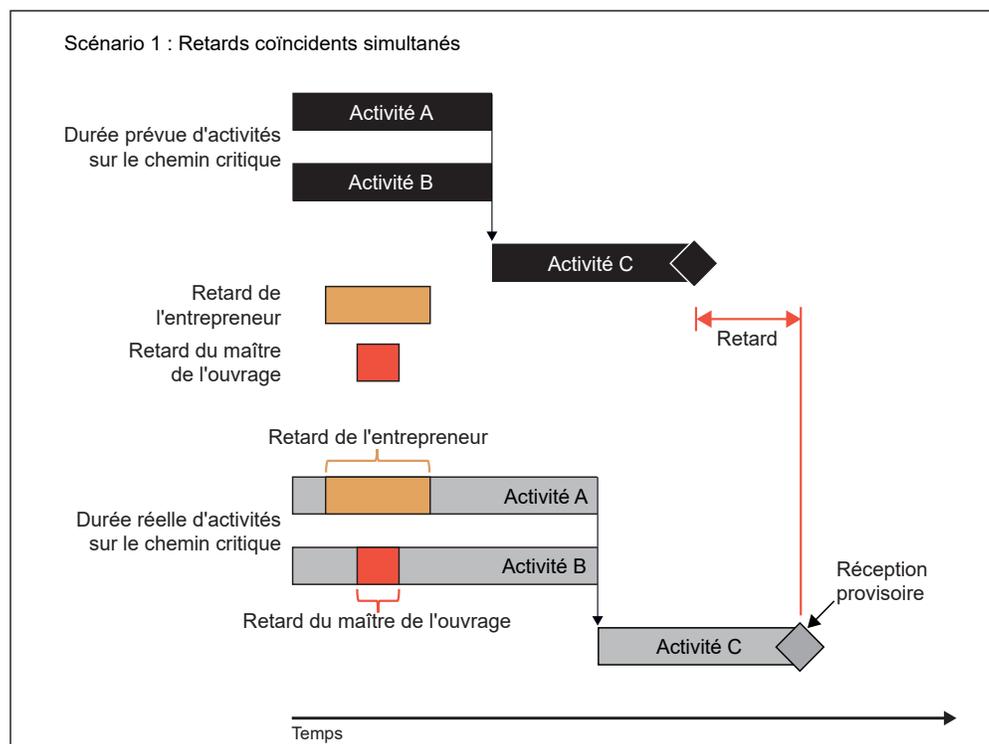


Figure 2A - Scénarios de retards coïncidents - Retards coïncidents simultanés

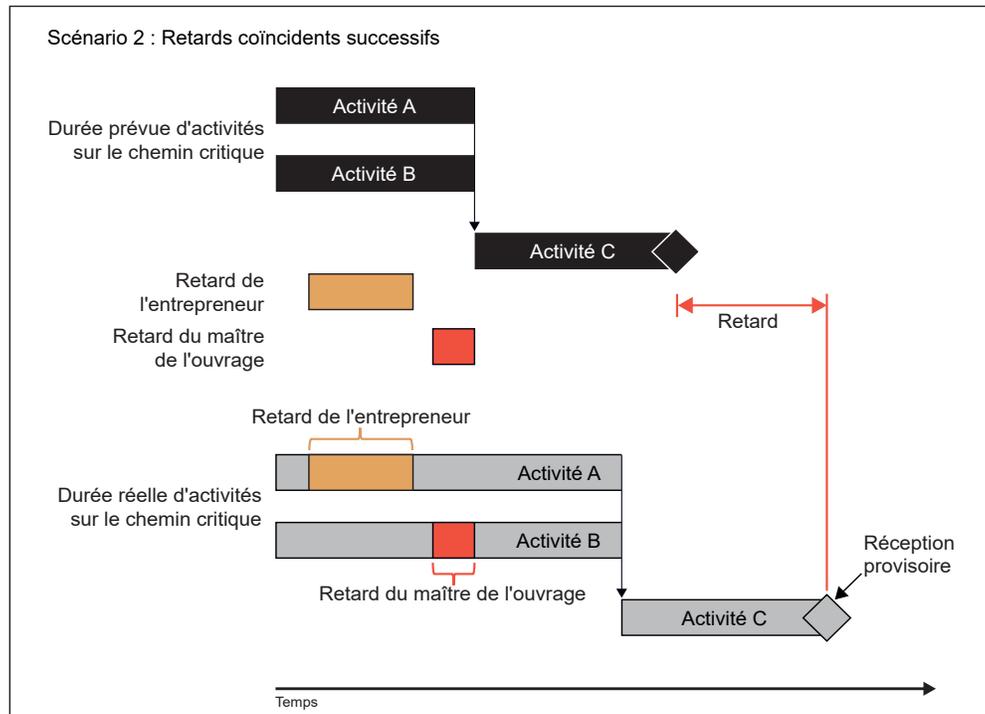


Figure 2B - Scénarios de retards coïncidents - Retards coïncidents successifs

affecte l'Activité B. Toutefois, quoique les retards eux-mêmes ne se produisent pas nécessairement au même moment, ils ont un impact conjoint sur l'activité successeur, soit l'Activité C.

Il est important de souligner que si les retards coïncidents sont souvent envisagés comme résultant de causes de retard indépendantes provenant de deux (ou plus) parties différentes, des retards pourraient également être considérés comme coïncidents si, par exemple, un retard causé par l'entrepreneur survenait en même temps qu'un retard « excusable, mais non compensable » tel qu'un événement de force majeure<sup>6</sup>.

Nous ne visions par ce qui précède qu'à assurer une compréhension de base de la nature des retards coïncidents. Nous renvoyons ainsi aux articles scientifiques de l'industrie ainsi qu'aux publications et meilleures pratiques promulguées par différentes organisations du domaine de la construction pour des définitions plus complètes et plus nuancées des retards coïncidents, et des réflexions sur leur traitement dans l'analyse des retards<sup>7</sup>.

### Attribution des retards coïncidents

En général, sauf indication contraire au contrat, les retards coïncidents reçoivent le plus souvent un traitement similaire à celui des retards de la deuxième catégorie mentionnée au début de cet article – c'est-à-dire qu'ils sont excusables, mais non compensables<sup>8</sup>.

Un exemple simple est présenté à la Figure 3, où le retard attribuable au maître de l'ouvrage est indiqué en rouge, et le retard attribuable à l'entrepreneur est indiqué en doré.

Dans cet exemple, le projet avait une durée globale prévue de 30 jours. Peu après le début des travaux, un retard critique de 10 jours causé par l'entrepreneur s'est produit. Alors que le retard de l'entrepreneur était toujours en cours, un retard critique de 4 jours causé par le propriétaire est survenu. Ces deux retards sont donc coïncidents l'un avec l'autre. En conséquence de ces retards coïncidents, au bout du compte le projet a accumulé un retard global de 10 jours.

Comme le montre la Figure 3, de manière générale, une prolongation de délai sans compensation serait accordée pour la période de coïncidence, laquelle, dans cet exemple, représente 4 jours. Le retard restant est non excusable et non compensable.

En d'autres termes, un entrepreneur pourrait avoir droit à une prolongation de délai afin d'alléger les impacts sur le chemin critique d'un retard causé par le maître de l'ouvrage ou résultant d'un événement neutre (par exemple, des conditions météorologiques extrêmes) survenu pendant la période de retard coïncident, et ce, indépendamment de retards subis durant cette même période qui seraient de la responsabilité de l'entrepreneur. L'entrepreneur n'aurait toutefois normalement droit à aucune indemnisation financière pour ce retard. Dans cette même optique, à moins d'indication contraire au contrat, le maître de l'ouvrage n'aurait généralement pas droit à des dommages-intérêts ou à d'autres types d'indemnisation liée aux retards pour la période durant laquelle se sont produits les retards coïncidents, mais il pourrait recevoir des dommages-intérêts pour la portion non excusable du retard.

Pour cette raison, les retards coïncidents sont souvent allégués comme moyen de défense. Un maître de l'ouvrage pourrait ainsi invoquer des retards coïncidents pour se défendre contre la réclamation d'un entrepreneur qui demande compensation pour des coûts liés aux retards. De son côté, bien que cela soit moins fréquent, un entrepreneur pourrait invoquer des retards coïncidents afin de se défendre contre un maître de l'ouvrage qui lui réclame des dommages-intérêts ou d'autres dommages liés aux retards.

Ce type d'approche vise à s'assurer que les impacts sur l'échéancier du projet soient pris en compte tout en évitant que l'une ou l'autre partie ne soit indûment avantagée ou pénalisée financièrement en raison de retards auxquels les deux parties ont contribué.

Si cette manière de traiter les retards coïncidents peut, en théorie, sembler relativement simple, sa mise en application pratique, elle, est loin de l'être toujours.

Cela dit, diverses théories et approches ont été élaborées précisément pour résoudre cette difficulté, et celles-ci sont régulièrement utilisées dans l'industrie de la construction pour le traitement des retards coïncidents.

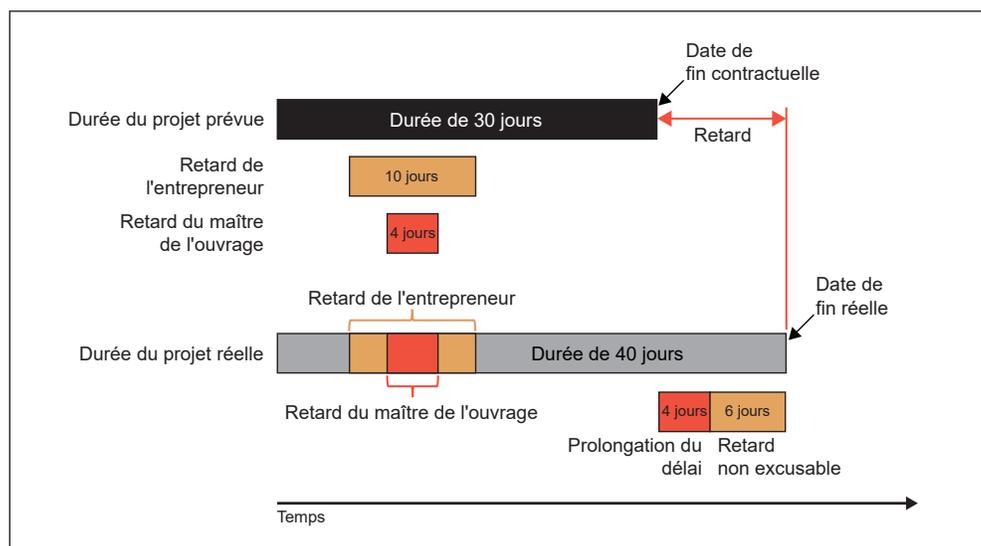


Figure 3 - Répartition d'une simple situation de retard coïncident

## Théories de l'attribution des retards coïncidents

Différentes théories, ou manières de traiter les retards coïncidents, ont été élaborées dans une optique de prioriser un événement de retard par rapport à un autre lors de l'attribution de retards coïncidents. Quelques exemples de ces théories sont présentés sommairement ci-dessous. Une discussion plus détaillée des méthodes employées pour traiter les retards coïncidents dépasserait le cadre de cet article.

### Primauté du retard

La primauté du retard est basée sur le moment auquel se produisent les retards qui affectent le chemin critique. Selon cette théorie, le « premier retard critique crée une marge pour tous les autres chemins vers le même jalon et il contrôle le calcul du retard jusqu'à ce que celui-ci soit remplacé par le prochain événement critique.<sup>9</sup> » Sur la base de cette prémisse, dans le contexte de retards coïncidents, le premier événement de retard à se produire créerait une marge sur les autres chemins vers le même jalon, et celui-ci serait donc le retard dominant.

### L'approche de la cause dominante

L'approche de la Cause dominante retient l'ampleur ou l'importance des retards coïncidents comme barème afin de déterminer le poids relatif d'un retard par rapport à un autre. Par exemple, si un retard affecte une plus grande partie du projet (en termes de superficie, nombre d'étages affectés, etc.), se déroule sur une plus longue période temporelle, ou nécessite davantage de ressources, il pourra être défini comme étant le retard dominant.

### L'approche Delvin

L'approche Delvin<sup>10</sup> suppose qu'une cause de retard survenant dans le contexte d'une rupture de contrat sera le retard dominant dans un scénario de retards coïncidents dans lequel les événements de retard ont une importance ou un impact relativement équivalents.

## Retards liés au « pacing »

Un autre concept lié aux retards coïncidents est celui du ralentissement intentionnel de certaines activités, ou « *pacing* », et des retards qui en découlent. La *Recommended Practice* 10S-90 de l'Association for Cost Engineering (ACE) International propose les trois définitions suivantes des retards dus au ralentissement intentionnel des travaux :

1. « Ralentissement des travaux du projet, par l'une des parties au contrat, en raison d'un retard repoussant la date de fin du projet causé par l'autre partie, de manière à maintenir un avancement régulier en fonction de l'échéancier général révisé du projet.
2. Un retard résultant d'une décision intentionnelle et contemporaine de ralentir l'avancement d'une activité pour le régler sur celui d'une autre activité qui subit un retard dû à une cause indépendante.
3. L'utilisation de la marge créée par un autre retard, pour l'exécution de travaux liés à une activité qui ne dépend pas directement de l'avancement des travaux qui subissent l'autre retard<sup>11</sup>. »

En d'autres termes, si une partie cause un retard critique au projet, une autre partie pourrait intentionnellement décider d'ajuster la cadence des travaux restants pour que leur exécution se fasse au même rythme que celui des travaux retardés<sup>12</sup>. Un tel procédé pourra donner l'impression qu'un projet est affecté par des retards coïncidents, mais il s'agirait en fait plutôt d'une situation de retards coïncidents *intentionnelle*, instaurée dans le but d'atténuer, de limiter ou de contrebalancer les impacts d'un autre retard.

Le recours au « *pacing* » peut résulter de raisons diverses, comme, par exemple, pour permettre la poursuite de l'avancement sur des fronts de travail non affectés par le retard existant; pour réassigner des ressources à d'autres travaux semi-critiques; pour des raisons financières; etc. Toutefois, en l'absence de documents contemporains qui fourniraient la preuve qu'un

tel ralentissement est bel et bien dû à la décision stratégique et volontaire d'y recourir, il peut être très difficile de prouver que des retards résultent de « *padding* » intentionnel.

En fonction de la situation d'un projet donné, les approches ou les concepts susmentionnés ne seront pas nécessairement pertinents ou appropriés pour l'attribution des retards coïncidents. Il importe ainsi de garder à l'esprit qu'en dernière instance, ce sont les faits particuliers à chaque cas et l'analyse minutieuse des termes du contrat qui détermineront la manière de traiter les retards coïncidents la plus adaptée à chaque projet.

## Recouvrement des coûts supplémentaires

Bien que les retards coïncidents soient généralement considérés comme excusables, mais non compensables (à moins d'indication contraire au contrat), il existe des moyens qui peuvent permettre aux parties de recouvrer les coûts supplémentaires dans les cas de retards coïncidents.

Selon le *Delay and Disruption Protocol* de la Society of Construction Law, une partie pourrait potentiellement être en droit de recouvrer les coûts supplémentaires engagés en raison du retard de l'autre partie dans l'unique cas où elle serait à même de départager les coûts supplémentaires causés par le retard de l'autre partie des siens propres, ce qui peut s'avérer difficile à faire. Cela ne s'applique en outre que si cette partie n'aurait pas autrement engagé ces coûts supplémentaires en raison de ses propres retards<sup>13</sup>.

Ces coûts recouvrables peuvent inclure les coûts directs et indirects découlant de retards qui affectent des activités spécifiques, comme, par exemple :

- Des coûts de main-d'œuvre directe supplémentaires ou de perte de productivité pour l'activité affectée.
- Des coûts de prolongation associés à l'activité affectée, tels que les coûts de location prolongée d'équipement, de gestion ou de supervision prolongées du projet pour l'activité touchée, etc.
- Des coûts associés à des activités spécifiques repoussées à des saisons ou des conditions de travail différentes, notamment des conditions hivernales imprévues, la période de dégel au printemps, etc.

Le processus d'attribution de la responsabilité aux parties pour les retards coïncidents et les coûts supplémentaires qui en découlent est entrepris dans l'intention d'arriver à une répartition aussi équitable que possible en proportion de l'importance du rôle de chaque partie dans la survenue des retards. Cela dit, au Canada, il n'existe pas d'approche unique ou formellement reconnue pour l'attribution des retards coïncidents. Pour cette raison, les décideurs se basent donc généralement sur les faits spécifiques à chaque cas et sur la preuve présentée par les parties.

Lorsque les parties ont présenté des éléments de preuve qui permettent de déterminer les causes et d'évaluer l'impact des différents retards avec suffisamment de fiabilité, les décideurs procèdent généralement à l'attribution des retards coïncidents à leur discrétion, « en fonction de la contribution respective des parties au retard, avec plus ou moins de précision selon les éléments de preuve fournis<sup>14</sup> ». Dans les cas où « les retards réclamés et coïncidents ne peuvent être répartis, certains tribunaux refusent d'accorder temps ou argent, tandis que d'autres accordent du temps, mais pas d'argent<sup>15</sup> ». Dans ces cas, il n'est pas non plus rare de voir la responsabilité dans les retards partagée à parts égales entre les parties<sup>16</sup>.

## Conclusion

La manière dont les retards coïncidents sont traités et attribués varie tant dans l'industrie que devant les tribunaux, et ce, en partie parce que ces processus dépendent presque entièrement des faits. En conséquence, une approche prudente et méthodique par un analyste chevronné s'avère souvent nécessaire pour déterminer, évaluer et attribuer les retards coïncidents.

Comme il en va de toute analyse détaillée des retards, il est de la plus haute importance de porter attention aux termes du contrat et aux faits particuliers à chaque cas puisque ceux-ci sont déterminants dans le choix de l'approche la plus appropriée au traitement des retards coïncidents.

- 1 Barry B. Bramble et Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims*, Section 1.01 [D], p. 1-22. Traduction libre par Revay.
- 2 Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2<sup>e</sup> édition, p. 29
- 3 W. Stephen Dale et Robert M. D'Onofrio, *Construction Schedule Delays*, Section 3:9, p. 154. Traduction libre par Revay.
- 4 Également appelés retards décalés ("offset"), ou retards coïncidents consécutifs.
- 5 Barry B. Bramble et Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims*, Section 11.09, p. 11-164.5. Traduction libre par Revay.
- 6 Steven S. Pinnell, *How to Get Paid for Construction Changes: Preparation, Resolution Tools and Techniques*, p. 304
- 7 Comme par exemple l'AACE Recommended Practice 10S-90, *SCL Delay and Disruption Protocol*, 2<sup>e</sup> édition, etc.
- 8 *L'on notera que chaque retard pris isolément pourrait être excusable et compensable; toutefois, par convention, lorsque ces retards sont coïncidents, ils sont traités de la même manière que des retards excusables et non compensables.*
- 9 AACE International, *Technical Paper CDR-3719 – Concurrency's Role in Assessing Construction Delay Claims*, 2001. Traduction libre par Revay.
- 10 Keith Pickavance, *Delay and Disruption in Construction Contracts*, 2<sup>e</sup> édition, p. 14-75
- 11 AACE International, *Recommended Practice 10S-90, Cost Engineering Terminology*, p. 39. Traduction libre par Revay.
- 12 W. Stephen Dale et Robert M. D'Onofrio, *Construction Schedule Delays*, section 3:10, p. 159
- 13 Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2<sup>e</sup> édition, p. 39. Traduction libre par Revay.
- 14 Robin Davis, « Law column: Concurrent delay remains a thorny issue » dans *On-Site Magazine* (19 avril 2017), <<https://www.on-sitemag.com/features/concurrent-delay-remains-thorny-issue/>>, consulté le 2022-10-03. Traduction libre par Revay.
- 15 Barry B. Bramble et Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims*, Section 11.09, p. 11-159
- 16 Entreprises P.E.B. Ltée c. Québec (Ville de), 2002 CanLII 32732 (QC CA), <<https://canlii.ca/t/1djn6>>, consulté le 2022-10-03

*Le Bulletin Revay* est une publication de Revay et associés limitée, une firme canadienne du secteur de la construction se spécialisant dans les services de gestion des réclamations et de règlement des différends. Nous aidons nos clients à voir clair dans les questions complexes. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source.

Les principes énoncés dans le présent article sont ceux de l'auteur et peuvent ne pas nécessairement refléter ceux de l'entreprise.

L'auteur recommande de consulter un conseiller juridique avant d'appliquer ces principes à des situations réelles.

Vos commentaires et suggestions pour de futurs articles sont les bienvenus.

S.V.P. aviser le bureau de Montréal de tout changement d'adresse ou de destinataire

English version available at: [www.revay.com](http://www.revay.com)

### MONTRÉAL

4333, rue Sainte-Catherine O. | bur. 500  
Montréal, QC H3Z 1P9  
(514) 932-2188  
[montreal@revay.com](mailto:montreal@revay.com)

### TORONTO

7025 Langer Drive | Suite 110  
Mississauga, ON L5N 0E8  
(905) 858-1303  
[toronto@revay.com](mailto:toronto@revay.com)

[www.revay.com](http://www.revay.com)

© Revay et associés limitée 2022

### OTTAWA

150 Isabella Street | Suite 810  
Ottawa, ON K1S 1V7  
(613) 721-6801  
[ottawa@revay.com](mailto:ottawa@revay.com)

### CALGARY

715 5th Avenue S.W. | Suite 418  
Calgary, AB T2P 2X6  
(403) 777-4904  
[calgary@revay.com](mailto:calgary@revay.com)

### VANCOUVER

1040 West Georgia St. | Suite 430  
Vancouver, BC V6E 4H1  
(604) 428-8350  
[vancouver@revay.com](mailto:vancouver@revay.com)

