



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici
Coordination Conference for Public Sector Construction
and Property Services

Guide relatif au contrat de mandataire de la KBOB

État: 7 décembre 2020; V2.0

Étude et construction

En collaboration avec **constructionsuisse** et la **VSS**

Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft
l'organisation nationale de la construction
organizzazione nazionale della costruzione

bauenschweiz
construction suisse
costruzione svizzera

Membres de la KBOB

OFCL, armasuisse, domaine des EPF, OFROU, OFT, DTAP, ACS, UVS

KBOB

Fellerstrasse 21, 3003 Berne, Suisse

Tél. +41 58 465 50 63

kbob@bbl.admin.ch

www.kbob.admin.ch

Table des matières

1.	INTRODUCTION	3
1.1.	Remarques préliminaires	3
1.2	But du présent guide	3
1.3	Vue d'ensemble des documents de la KBOB servant à la conclusion de contrats de mandataire	3
2.	CONTRAT DE MANDATAIRE DE LA KBOB, ÉDITION 2020	4
2.1	But du contrat et utilisation pratique	4
2.2	Commentaire détaillé des dispositions du contrat	5
3.	CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS DE MANDATAIRE DE LA KBOB, VERSION 2020	10
3.1	But du document	10
3.2	Dispositions détaillées	10
4.	REMARQUES FINALES	16

1. INTRODUCTION

1.1. Remarques préliminaires

La KBOB a élaboré les documents relatifs au contrat de mandataire et le présent guide en collaboration avec des représentants de la Confédération, de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP), de l'Union des villes suisses (UVS), de l'Association des communes suisses (ACS) et du groupe de base Planification de constructionsuisse.

1.2 But du présent guide

Le présent guide commente les documents de la KBOB relatifs au contrat de mandataire, édition 2020, et est destiné à servir d'aide lors de la conclusion d'un tel contrat.

Aide à la conclusion de contrats

L'objectif de ce guide, qui ne contient pas de prescription, est de fournir des recommandations pour garantir que les prestations à fournir et les autres conditions contractuelles soient claires pour tous les intéressés lors de la conclusion d'un contrat de mandataire et, ainsi, assurer le bon déroulement de ce dernier.

Contenu

Ce guide ne donne ni consignes ni explications concernant la procédure d'adjudication. Celle-ci doit être menée conformément au guide de la KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire ainsi qu'aux bases juridiques et aux instructions usuelles édictées par la Confédération et par la plupart des cantons.

Procédure d'adjudication

1.3 Vue d'ensemble des documents de la KBOB servant à la conclusion de contrats de mandataire

Les documents de la KBOB concernant la conclusion de contrat de mandataire sont les suivants:

- a) contrat pour prestations de mandataire: le document intitulé «contrat de mandataire» (appelé ci-après «**contrat**»);
- b) les conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB (appelées ci-après «**CG**»).

2. CONTRAT DE MANDATAIRE DE LA KBOB, ÉDITION 2020

2.1 But du contrat et utilisation pratique

Modèle
personnalisable

Le texte du contrat sert de modèle pour les contrats d'achat de prestations de mandataire et peut être adapté aisément en fonction des besoins.

Le texte du contrat peut être téléchargé en format Word sur le site Internet de la KBOB (voir www.kbob.admin.ch → Thèmes et prestations → Contrats types et collections de documents). Il a été conçu de sorte que certaines dispositions puissent être modifiées librement.

Avant de publier un appel d'offres portant sur des prestations de mandataire, il faut vérifier que le texte du contrat convient pour l'appel d'offres et pour le contrat que le mandant prévoit de conclure. Si cela n'est pas ou n'est que partiellement le cas, il est recommandé de l'adapter aux particularités du marché considéré et aux prestations concrètes avant de publier l'appel d'offres, en faisant éventuellement recours à un conseiller juridique.

Principal élément
du contrat

Un contrat de mandataire se compose généralement de plusieurs documents, dont le texte du contrat constitue l'élément le plus important et prime tous les autres éléments.

Élaboration du
contrat

Il faut garder cette règle à l'esprit tout au long de l'élaboration du contrat. Avant de publier l'appel d'offres, on doit en particulier vérifier qu'il y a concordance entre le texte du contrat et le contenu de tous les autres éléments du contrat. En cas de contradiction, il faut corriger soit le document occupant le deuxième rang ou un rang ultérieur dans l'ordre de priorité des éléments du contrat, soit, exceptionnellement, le texte du contrat. Par ailleurs, il est inutile de régler ou de répéter dans les autres éléments du contrat ce qui est réglé ou stipulé dans le contrat. D'une manière générale, les répétitions – surtout lorsqu'elles consistent à exprimer la même idée en d'autres termes – doivent être évitées. Il peut en revanche être indiqué de fournir des indications ou des explications complémentaires dans les autres éléments du contrat (par ex. sur le calendrier, les délais, les modalités de rémunération, les cautions, les assurances, etc.).

Pour certaines dispositions, le texte du contrat propose plusieurs solutions, parmi lesquelles les parties peuvent choisir celle qui leur convient. Certaines solutions prévoient une réglementation détaillée figurant dans une annexe du contrat à laquelle le statut d'élément du contrat est attribué. Il est possible d'inclure les spécifications nécessaires directement dans le texte du contrat et, ainsi, de renoncer à l'établissement d'annexes.

2.2 Commentaire détaillé des dispositions du contrat

Page de couverture

La page de couverture sert à identifier les parties au contrat et la fonction du soumissionnaire ou du mandataire éventuel (avec ou sans fonction de planificateur général) ainsi que, le cas échéant, celle des sous-mandataires.

Parties et fonction

Il convient de mentionner qu'une société simple ne constitue pas une personne morale et qu'elle n'est donc pas considérée comme une entreprise. En revanche, une personne physique (par ex. un architecte) peut être qualifiée d'entreprise en raison individuelle.

Société simple

Les membres d'une société simple doivent être indiqués individuellement car, normalement, ils sont responsables solidairement (s'il n'en a pas été convenu autrement). Par conséquent, on mentionnera clairement qui, le cas échéant, peut être tenu pour responsable en relation avec l'exécution du contrat et/ou des dommages et intérêts. L'entreprise chef de file doit être clairement définie. Si elle forme une communauté de mandataires, elle peut, en présentant les procurations des autres membres, agir en tant que leur représentant défendant la société simple vis-à-vis de tiers, et en tant que destinataire de la notification (voir aussi le *ch. 16* du contrat).

Ch. 1: Objet du contrat

L'objet du contrat (la description du projet ainsi que l'étendue concrète des prestations) doit être présenté de façon brève et en termes généraux.

Ch. 2: Éléments du contrat et leur ordre de priorité en cas de contradiction

Un contrat se compose en général de plusieurs documents. Ces documents, appelés les éléments du contrat, règlent les droits et les obligations des parties. Il importe de définir quels documents (et quelle version de ces documents) constituent les éléments contractuels.

Précisions concernant les éléments du contrat

La remarque suivante est importante: les règlements SIA 102 et suivants ne sont pas considérés comme éléments du contrat dans leur intégralité et leurs dispositions ne s'appliquent pas à titre subsidiaire. Il n'est fait référence aux dispositions de l'art. 4 de la norme SIA 102 qu'en ce qui concerne les phases de prestations convenues. En ce qui concerne les modalités de rémunération, des dispositions contractuelles distinctes sont conclues.

Lorsque différents éléments contractuels sont rédigés, il peut en découler des contradictions. En pareil cas, la question de savoir quels éléments contractuels priment est réglée sous ce point.

Ordre de priorité

Il appartient au mandant comme à ses mandataires, dans le cadre de leur devoir de diligence, d'examiner si les éléments du contrat ne se contredisent pas. Souvent, on peut voir, grâce au titre des éléments contractuels, qu'un aspect est réglé plusieurs fois. On vérifiera alors si les éléments contractuels se rapportant au même aspect ont la même teneur. Si tel n'est pas le cas, une rectification s'impose. Il serait peu opportun de se fier à l'ordre de priorité des éléments contractuels donné au *ch. 2.1*, car leurs conséquences ne peuvent souvent pas être prévues précisément.

Prévention des contradictions

Ch. 3: Phases partielles à réaliser

Le *ch. 3* indique, à titre récapitulatif, les phases partielles prévues et à réaliser. On veillera à ce que les phases partielles s'inscrivent dans le cadre indiqué au *ch. 1.2* (étendue des prestations du mandataire).

Il faut souligner que lorsqu'on mentionne les phases partielles, on ne décrit pas encore les prestations à fournir. Celles-ci seront définies séparément en veillant à ce qu'il n'y ait pas de contradiction avec le *ch. 3*.

Ch. 4: Rémunération

Sous ce chiffre est réglée la rémunération des prestations convenues. Les prestations du mandataire peuvent être rémunérées:

Forfaits et prix globaux

- à prix fermes (*ch. 4.1*) (forfaits ne prenant pas en compte le renchérissement ou prix globaux prenant en compte le renchérissement];
- le champ libre au bas du *ch. 4.1* peut être utilisé pour préciser le montant.

La rémunération sous forme de forfaits ou de prix globaux implique une entente mutuelle clairement définie entre les parties au sujet des objectifs, des résultats attendus et de l'étendue des prestations à fournir. C'est la seule manière de réduire le risque de modifications ultérieures du projet, d'avenant, etc.

Rémunération d'après le temps employé

- d'après le temps employé (*ch. 4.2*).

La rémunération d'après le temps effectivement employé est recommandée en particulier pour l'exécution de prestations dont le temps nécessaire ne peut être estimé, ou ne peut l'être que difficilement, et qui demande un suivi rigoureux. Les prestations peuvent être rémunérées selon un tarif horaire moyen, selon un tarif par catégorie et, dans des cas exceptionnels, selon leur contenu. La rémunération d'après le temps employé permet de fixer le montant convenu avec ou sans plafond des coûts tant pour la rémunération selon un tarif par catégorie que pour la rémunération selon un tarif horaire moyen.

Les prestations ordinaires standardisées décrites dans les règlements de la SIA concernant les prestations et les honoraires relèvent des phases allant de l'avant-projet à la réalisation comprise. Les prestations relevant des phases «d'études préliminaires» et «d'exploitation» doivent faire l'objet de devis descriptifs spécifiques et sont normalement rémunérées sur la base du temps employé effectif.

Composition de la rémunération

La rémunération des prestations du mandataire se compose:

- des honoraires du mandataire, et
- des éléments de coûts supplémentaires.

Les éléments de coûts supplémentaires comprennent:

- les frais accessoires,
- les coûts des prestations de tiers.

Les éléments de coûts supplémentaires ne sont pas inclus dans les honoraires et doivent être rémunérés séparément. Le type de rémunération doit être convenu au préalable.

Ainsi, le contrat pour prestations de mandataire de la KBOB offre aux utilisateurs une flexibilité maximale quant au choix du mode de rémunération. Cette flexibilité est nécessaire pour répondre de manière optimale à la multitude de réglementations actuellement appliquées en matière de rémunération.

Le *ch. 4.5* permet de mentionner de façon générale les prestations qui ne peuvent pas encore être définies de manière définitive et de prévoir des modalités de rémunération particulières qui l'emporteront sur le *ch. 9.3* des conditions générales contractuelles. Il convient de choisir cette option notamment au cas où des prestations ne peuvent pas être définies de manière définitive au moment de la conclusion du contrat, mais que le mandataire devra fournir au cours d'une phase ultérieure selon les conditions générales pour la construction (CGC) de la SIA, de la VSS et du CRB. Cela est par exemple le cas pour les tâches imprévues que les mandataires ou les spécialistes devront effectuer la nuit ou le dimanche. Lorsque la réalisation de telles tâches est imprévisible au moment de la conclusion du contrat mais demandée par le maître de l'ouvrage, il convient de verser des suppléments correspondant aux suppléments de salaire prévus par la législation sur le travail.

Travaux imprévus

Si aucune modalité de rémunération particulière n'est définie au *ch. 4.5*, le *ch. 9.3, par. 2*, des conditions générales contractuelles s'applique.

Ch. 6: Délais

Le *ch. 6* indique les délais convenus pour la phase d'étude du projet et d'appel d'offres (phases partielles SIA 31 à 41) ou la phase de réalisation (phases partielles SIA 51 à 53).

Programme de remise des plans

Le contrat prévoit que les parties conviennent d'un programme de remise des plans indiquant les délais contraignants pour la phase de réalisation.

Cependant, le non-respect des délais susmentionnés n'entraîne aucune mise en demeure automatique, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement. Cela signifie que le mandataire n'est en demeure que lorsque le mandant lui a signalé le non-respect de ces échéances et qu'il a fixé un nouveau délai. Cet élément doit absolument être pris en compte dans la planification des échéances.

Aucune mise en demeure automatique en cas de retard

Toutefois, l'expérience montre que les délais peuvent devenir caducs pour différentes raisons; il est donc indiqué de fixer les périodes (en saisissant une unité de temps: nombre de jours, de semaines, par ex.) durant lesquelles certaines prestations doivent être fournies.

Ch. 7: Interlocuteurs

Sous ce chiffre sont indiquées les personnes par l'intermédiaire desquelles les parties communiqueront ainsi que la forme que prendra cette communication.

Si l'interlocuteur ou les coordonnées d'un interlocuteur changent, l'autre partie doit en être immédiatement avertie par écrit.

Ch. 8: Assurances

Des informations sur les assurances responsabilité civile peuvent être trouvées dans le guide de la KBOB consacré à ce sujet (voir www.kbob.admin.ch → Thèmes et prestations → Prestations de mandataire).

Assurance des communautés de mandataires

Il importe de veiller à ce que la communauté de mandataires soit effectivement assurée comme telle. Si elle ne l'est pas dans le cadre d'une assurance responsabilité civile professionnelle, les risques ne sont couverts que si une assurance particulière pour consortium a été conclue.

Garanties

Le mandataire / la communauté de mandataires annexe au contrat une attestation de la compagnie qui prouve qu'il / elle dispose d'une couverture d'assurance-responsabilité civile professionnelle au début du contrat.

Il incombe au mandant de décider dans chaque cas particulier si, en plus des assurances, il convient de demander des garanties (garantie de bonne exécution, garantie de bonne fin, garantie pour les défauts de l'ouvrage, éventuellement garantie de remboursement d'acomptes).

Ch. 9: Dispositions relatives à la protection des travailleurs, conditions de travail et égalité de traitement

Le *ch. 9* fixe les autres obligations du mandataire inscrites dans la législation en vigueur sur les marchés publics (LMP/OMP; AIMP).

Ch. 10: Clause d'intégrité

Clause d'intégrité

Cette nouvelle clause, qui a été transférée du *ch. 1.3* des CG du contrat, sert à lutter contre la corruption. D'une part, une peine conventionnelle est fixée en cas de non-respect de la clause d'intégrité. D'autre part, le mandataire est rendu attentif au fait que toute violation de la clause d'intégrité peut entraîner la résiliation du contrat pour justes motifs par le mandant. Une deuxième case vide permettant d'insérer toute autre formulation est disponible. Celle-ci est surtout destinée aux cantons qui ne doivent pas nécessairement adopter la clause d'intégrité de la KBOB.

Ch. 11: Accords spéciaux

Dérogations aux CG

Sous le *ch. 11.1* sont formulées les dérogations aux conditions générales contractuelles. Il est toutefois recommandé de ne le compléter qu'avec l'accord du service juridique compétent.

Il en va de même pour les dispositions à insérer au *ch. 11.2*. Elles ne doivent en aucun cas contredire les autres éléments du contrat. Il importe par conséquent de les formuler avec la plus grande attention.

Ch. 14: Droit applicable, litiges et for

Le *ch. 14* garantit que le droit suisse s'applique aussi aux mandataires étrangers et que, en cas de litige, les tribunaux du siège du mandant sont compétents.

Il est également envisageable que le mandant souhaite prévoir, dans un cas particulier, la possibilité de résoudre d'éventuels litiges dans le cadre d'une procédure de médiation. Le texte du contrat doit alors être complété en conséquence.

Médiation

Ch. 15: Expéditions

Cette disposition stipule que les parties au contrat reçoivent chacune un exemplaire du contrat signé.

Ch. 16: Signatures

Si une communauté de mandataires ayant la forme d'une société simple se voit adjudger le marché, chacun de ses membres doit signer le contrat. Il est cependant possible qu'un membre le signe pour tous les autres (entreprise chef de file). Mais il ne peut le faire que s'il dispose d'une procuration qui sera impérativement demandée.

Disposition applicable aux communautés de mandataires

3. CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS DE MANDATAIRE DE LA KBOB, ÉDITION 2020

3.1 But du document

Règlement unique pour les questions juridiques

Les conditions générales (CG) de la KBOB pour les prestations de mandataire visent à régler les questions juridiques qui se posent régulièrement, de manière que celles-ci ne doivent pas être réglées dans chaque cas particulier.

Conditions relatives à l'application

Les CG ne s'appliquent cependant que si les parties au contrat les ont acceptées. C'est la raison pour laquelle les CG sont mentionnées dans le contrat de mandataire et font partie intégrante de ce dernier.

Dérogations aux CG

Il est possible de déroger aux CG pour de justes motifs. Le cas échéant, cela doit être indiqué au *ch. 11.1* du contrat. À noter qu'il peut exister des liens entre les dispositions des CG et entre celles-ci et les dispositions du contrat, ce qu'une personne qui n'est pas juriste ne remarquera pas forcément. Il est difficile de prévoir les répercussions de la suppression de certaines dispositions du contrat. Sous certaines conditions, le droit dispositif peut s'appliquer, mais cela peut engendrer des conséquences imprévues pour le service d'achat. Les CG ne doivent donc être modifiées qu'en collaboration avec le service juridique compétent.

Éléments des documents d'appel d'offres

Les CG doivent être jointes à l'appel d'offres avec le texte du contrat, afin que les soumissionnaires puissent se faire une idée des conditions qui s'appliqueront au contrat de mandataire.

3.2 Dispositions détaillées

1: Devoirs de diligence et de fidélité

Les devoirs de diligence et de fidélité faisant l'objet de ce chiffre comptent au nombre des principes généraux du droit des contrats. Ils ne sont mentionnés dans les CG qu'à des fins d'explicitation.

2: Obligation d'information et de mise en garde du mandataire

Exigence de la forme écrite

Ce devoir du mandataire résulte également des principes juridiques généraux applicables aux contrats. De plus, les chiffres 2.1 et 2.3 stipulent que le devoir d'avis et de mise en garde doit intervenir par *écrit*. Cette obligation n'empêche pas le mandataire d'en faire part sous forme orale avant d'adopter la forme écrite. Selon le Tribunal fédéral, pour être valable, la mise en garde doit en outre satisfaire aux exigences suivantes:

«... En d'autres termes, la mise en garde doit être formulée de façon claire et sans équivoque, de manière que le mandant prenne pleinement conscience que l'exécution des travaux, telle qu'il l'a lui-même ordonnée, pourrait, dans l'optique de l'entrepreneur, provoquer des dommages et que, s'il insiste sur ses instructions, le mandant devra en supporter les risques; l'entrepreneur sera alors déchargé de sa responsabilité.» (BGE 95 II 43; traduction, texte original en allemand).

Les exigences pour une telle mise en garde sont donc relativement élevées; une simple remarque ne suffit pas.

3: Communauté de mandataires

Le *ch. 3.1* stipule que la communauté de mandataires n'est pas autorisée à modifier sa constitution ou à se dissoudre sans le consentement exprès du mandant. En revanche, la communauté de mandataires est libre de régler les relations internes comme elle l'entend, dans la mesure où les règles internes n'influent pas sur les relations externes avec le mandant, ne serait-ce qu'en vertu de la loi.

Modification de la composition

4: Recours à des tiers

Le *ch. 4.1* stipule que le recours à des tiers pour l'exécution du contrat est soumis à l'approbation écrite préalable du mandant. En l'absence d'une telle approbation, le mandant peut, selon les règles de bonne foi, c'est-à-dire s'il existe pour cela des motifs objectifs, demander le remplacement des tiers auxquels il a été fait recours. L'acceptation tacite de tiers équivaut à une autorisation écrite. Le mandant doit donc intervenir suffisamment tôt lorsqu'il constate que le mandataire a recours à des tiers non autorisés pour l'exécution du contrat.

Conditions

Selon l'art. 101 CO, le mandataire est lui-même responsable de manière objective du dommage causé par les tiers auxquels il recourt, c'est-à-dire sans qu'il ait personnellement commis une faute.

Responsabilité

Si le mandataire est confronté à des difficultés de paiement ou à des litiges avec les tiers auxquels il recourt ou si d'autres raisons importantes existent, le mandant peut payer directement ces tiers avec effet libératoire après avoir entendu le mandataire ou consigner les montants dus aux frais du mandataire conformément au *ch. 4.3* des CG. En pareil cas, il est indispensable de consulter le service juridique compétent afin d'éviter les doubles paiements. En outre, le mandant doit notifier par écrit au mandataire tout paiement de ce type.

Droit au paiement direct et droit de dépôt

5: Objet et étendue des pouvoirs de représentation du mandataire

Le *ch. 5* indique dans quelle mesure le mandataire peut représenter le mandant à l'égard de tiers sur les plans juridique et financier ou, en d'autres termes, si le mandataire est habilité à conclure des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.

Le *ch. 5.1* stipule, d'abord de façon négative, que le mandataire n'a pas un tel pouvoir. Toutefois, le paragraphe 2 prévoit que le mandataire est autorisé, au nom et pour le compte du mandant, à adjuger des prestations ou des fournitures uniques et formant un tout d'un montant maximal de 5000 francs par cas, mais uniquement dans le cadre du devis général.

Portée du pouvoir de représentation

Le *ch. 5.2* précise les pouvoirs du mandataire durant la phase de réalisation. Un pouvoir de représentation global est accordé au mandataire selon l'art. 33 de la norme SIA 118, mais il comporte diverses restrictions. Celles-ci portent sur les décisions que le mandant se réserve en tous les cas. Par conséquent, elles doivent figurer dans le cahier des charges du mandant.

Pouvoirs de représentation durant la phase de

Obligation de transfert

Comme les entreprises de construction ne savent en général pas de quels pouvoirs l'architecte et l'ingénieur mandatés disposent, le *ch. 5.2* des conditions générales contractuelles prévoit que le mandataire doit reprendre dans les contrats d'entreprise passés avec les entreprises la réglementation en matière de pouvoirs contenue dans les CG, dans la mesure où il les prépare lui-même. Cette précaution vise à créer une situation claire également vis-à-vis de l'entreprise de construction.

6: Modifications du contrat

Modifications unilatérales du contrat

Ce chiffre règle le droit du mandant de modifier le contrat de façon unilatérale. En principe, des avenants écrits sont demandés pour régler les questions de détail. Si un mandant fait exécuter un travail en l'absence d'un tel avenant, il ne pourra éventuellement plus se référer à la réserve de la forme écrite. Le *ch. 6* des CG devient alors caduc.

Conséquences sur la rémunération

La modification écrite d'une commande donne droit au mandataire, le cas échéant, à une rémunération dépassant le plafond des coûts (*ch. 9.2* des CG).

7: Personnes-clés

Remplacement soumis à l'accord du mandant

La qualité d'une entreprise dépend fortement des qualités des personnes-clés chargées d'exécuter concrètement le mandat. Il est donc essentiel que ce soient bien les personnes-clés prévues qui exécutent les prestations contractuelles. Pour cette raison, le *ch. 7* prévoit que les personnes-clés, une fois désignées, ne peuvent être remplacées qu'avec l'approbation du mandant et par des personnes offrant les mêmes qualifications. Si ce n'est pas le cas, le mandant peut exiger que ces personnes-clé soient maintenues, dans la mesure où le mandataire peut encore en disposer (à moins qu'elles ne soient renvoyées, décédées ou malades).

8: Droit du mandant de donner des instructions

Pouvoir d'instruction global

Le mandant dispose d'un pouvoir d'instruction étendu envers le mandataire, ce que ce dernier ne comprend pas toujours. Au besoin, le mandataire est tenu de le mettre en garde lorsque les instructions reçues posent des problèmes techniques.

Exigence de la forme écrite

La mise en garde doit se faire par écrit. Si le mandant insiste sur ses instructions et qu'elles se révèlent inappropriées, il devra alors en supporter toutes les conséquences. Cette règle ne vaut toutefois que pour les instructions sur lesquelles il insiste *par écrit*. Une confirmation orale ne suffit pas. En l'absence d'une déclaration écrite du mandant, le mandataire devra supporter les conséquences si, en dépit de sa mise en garde, il applique les instructions orales du mandant.

Possibilité pour le mandataire de réagir

Cette réglementation oblige le mandataire soit à demander une déclaration écrite, soit à renoncer à appliquer les instructions du mandant en refusant de fournir la prestation ayant fait l'objet de sa mise en garde. Le mandant se voit alors contraint de s'exprimer par écrit.

Importance pour la pratique

Il est donc vivement recommandé, tant au mandataire qu'au mandant, d'attacher la plus grande attention aux mises en garde. Même si la pratique montre que ces mises en garde sont généralement formulées par oral, il vaut

la peine de les notifier par écrit et, ensuite, de leur vouer le plus grand soin. Les exigences portant sur la forme écrite ont pour but de clarifier les relations entre les parties.

Lorsque la mise en garde porte sur des règles de sécurité et que le mandant refuse que ces dernières soient respectées, le *ch. 8.2* accorde au mandataire le droit de dénoncer le mandat sans se voir obligé de payer des dommages-intérêts pour résiliation en temps inopportun.

Dénonciation du mandant

9: Rémunération

Le *ch. 9* complète le *ch. 4* du contrat.

Le *ch. 9.1* prévoit la facturation par domaine de prestations et oblige le mandataire à établir un récapitulatif pour le mandant au plus tard deux mois après la fin des travaux d'une phase partielle.

Rythme de la facturation

Le *ch. 9.2* définit la notion de plafond des coûts en précisant que son dépassement est à la charge du mandataire, sous réserve d'une modification écrite de la commande par le mandant ou d'une autre raison qui fait que le mandant doit prendre en charge les coûts supplémentaires.

Plafond des coûts

Le *ch. 9.3* vise les prestations qui ne sont pas encore déterminées de façon définitive à la conclusion du contrat; elles doivent donc être désignées comme telles. Il en résulte qu'une remarque appropriée doit figurer au *ch. 4.5* du contrat et impérativement, dans le tableau éventuel de prestations.

Travaux imprévus

Il convient de choisir cette option notamment au cas où des prestations ne peuvent pas être définies de manière définitive au moment de la conclusion du contrat, mais que le mandataire devra fournir au cours d'une phase ultérieure selon les conditions générales de construction de la SIA, de la VSS et du CRB.

Le *ch. 9.4* autorise le mandant à réduire les honoraires lorsque le mandataire ne respecte pas le degré de précision des coûts convenu au *ch. 3.3* du contrat, ou à procéder à une retenue lorsque le mandataire est responsable ou co-responsable de défauts importants. Le droit à la retenue tombe lorsque le mandataire constitue une garantie pour cette dernière. Est considérée comme une garantie une attestation écrite par laquelle l'assurance du mandataire s'engage à couvrir les dommages dont ce dernier doit répondre.

Réductions d'honoraires et droit à la retenue

Le *ch. 9.5* règle les modalités du décompte final. Si le mandataire ne présente pas de garantie de bonne exécution pour les prestations convenues dans la phase partielle consistant dans la direction des travaux de garantie, ces charges doivent être exclues du décompte final du mandataire et facturées séparément uniquement après que la vérification finale a été établie conformément à l'art. 177 de la norme SIA 118 (2013) ou après la fin des travaux de la phase partielle concernée.

Décompte final

10: Prescriptions de sécurité

Le respect de ces directives fait partie du devoir de diligence du mandataire (*ch. 1* des CG). Le *ch. 10.2* autorise le mandant, sous forme d'une précision, à exiger l'arrêt immédiat des travaux lorsque le mandataire ne respecte pas, de façon répétée ou grave, ses obligations en la matière.

Prescriptions de sécurité

11: Confidentialité

Par souci de clarté, le *ch. 11* précise la portée de la confidentialité qui résulte d'ailleurs du devoir de loyauté du mandataire prévu au *ch. 1* des CG.

12: Publications

Approbation exigée

La publication d'une œuvre fait partie du droit d'auteur du mandataire. Cette disposition est limitée par le *ch. 12* en ce sens que la publication est tributaire de l'approbation écrite préalable du mandant. Il en va de même pour les résultats du travail du mandataire, qui ne bénéficient pas de la protection du droit d'auteur. L'approbation ne peut toutefois être refusée que lorsque le mandant fait valoir des intérêts dignes de protection.

Le mandataire dispose en tous les cas du droit d'être cité en tant qu'auteur dans les publications.

13: Responsabilité du mandataire

Énumération d'exemples

Le *ch. 13.1* règle différents cas de responsabilité du mandataire envers le mandant. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Obligation de donner des indications précises

Le *ch. 13.3* stipule que le degré de précision indiqué dans le contrat pour le montant total des coûts ou certains éléments de coûts est contraignant.

Responsabilité en tant qu'employeur

Le *ch. 13.4* stipule clairement que le mandataire ne répond pas, en tant qu'employeur, du choix d'un tiers donné lorsque le mandant exige la participation de ce dernier malgré une mise en garde du mandataire.

Obligation de réduire le dommage

Le *ch. 13.5* décrit l'obligation du mandant, déjà inscrite dans les principes généraux du droit en matière de responsabilité civile, de réduire les risques, de même que l'obligation d'informer exceptionnellement le mandataire par écrit et dans les plus brefs délais de toute réclamation pour malfaçon adressée directement aux entrepreneurs.

Domages causés par plusieurs participants

Le *ch. 13.6* règle les procédés servant les intérêts des deux parties lorsqu'un dommage est causé par plusieurs participants. Il est dans l'intérêt aussi bien du mandataire que du mandant que ce dernier conserve dès le départ les droits qui lui reviennent vis-à-vis de tous les responsables concernés.

14: Interruption des travaux

Conséquences juridiques

Selon le principe du *ch.14.1*, une interruption des travaux ordonnée par le mandant ne donne au mandataire aucun droit à des indemnités supplémentaires. Le mandataire ne peut faire valoir un dommage que s'il prouve que l'interruption est due à une violation des dispositions du contrat de mandataire par le mandant (voir le *ch. 14.3*).

But de la disposition

Cette disposition vise à empêcher que le mandant ne soit tenu de dédommager le mandataire lorsque l'interruption est causée par des événements imprévisibles qui échappent à son influence (tels que des événements politiques ou des démarches administratives). Par contre, il convient de dédommager le mandataire pour les dommages résultant d'une interruption des travaux que le mandant aurait pu éviter en respectant ses obligations contractuelles (par ex. livraison tardive des bases de planification).

Est exclue du principe exposé au *ch. 14.1* la révision des documents existants au moment de la reprise des travaux, pour autant qu'il en ait été convenu ainsi par écrit.

Reprise des travaux

15: Délai de dénonciation des défauts et prescription

Le *ch. 15* stipule que le délai de prescription de dix ans débute au moment de l'action préjudiciable.

Début

Le délai de prescription pour les défauts de la chose immobilière est de cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage ou d'une partie de celui-ci.

Délai de prescription

En principe, le délai de dénonciation du défaut est de 60 jours à compter de la découverte de ce dernier. Font exception les erreurs de calcul ou les erreurs entachant les plans qui sont à l'origine d'un défaut d'un ouvrage immobilier ou d'une partie d'un ouvrage immobilier: ces erreurs peuvent être dénoncées durant une période de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage, conformément à la norme SIA 118. S'applique ensuite le délai de 60 jours à compter de la découverte du défaut.

Durée

16: Droit d'auteur

Le *ch. 16* autorise le mandant à utiliser librement, pour ses propres besoins, les résultats du travail du mandataire, ainsi qu'à développer et à modifier le projet. Afin de servir les intérêts des mandataires, le *ch. 16.2* prévoit ce qui suit: si le mandant fait usage de ce droit sans l'accord du mandataire, celui-ci a droit au paiement des honoraires dus à ce moment, s'ils sont reconnus par le mandant. En cas de contestation des honoraires, le mandant doit les consigner ou fournir des sûretés.

Autorisation générale d'utilisation

Si le mandant est à l'origine de la fin anticipée du contrat, il perd son droit de modification et doit alors respecter les droits d'auteur du mandataire (*ch. 16.3*).

Exception

17: Transmission et conservation des documents

Selon le *ch. 17.1*, le mandataire, soit chaque membre de la communauté de mandataires, est tenu de conserver intégralement et à ses frais les documents liés au projet qui n'ont pas encore été remis au mandant comme originaux. Le mandataire peut se libérer de cette obligation en remettant au mandant tous les documents dans leur forme originale.

Devoir de conserver

Le *ch. 17.2* concrétise et complète le devoir légal du mandataire à rendre compte de sa gestion.

Obligation de rendre compte

18: Fin anticipée du contrat

Le contrat de mandataire est considéré, suivant son contenu, soit comme un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO), soit comme un mandat (art. 394 ss CO) ou un contrat mixte.

Qualification du contrat

Conséquences
juridiques

Le mandant peut en principe mettre fin au contrat de manière anticipée, mais les conséquences financières qui en résultent sont réglées différemment selon la qualification du contrat. Le *ch. 18* modifie ces règles légales d'indemnisation et n'oblige le mandant, en cas de fin prématurée du contrat, qu'à payer les prestations déjà fournies et, si nécessaire, une indemnisation pour résiliation du contrat en temps inopportun, mais en aucun cas pour gain manqué.

4. REMARQUES FINALES

Les contrats résultent de la manifestation de la volonté réciproque et concordante des parties (art. 1 CO). Les parties au contrat doivent donc *avoir* d'abord une volonté claire et sans contradiction et, ensuite, *l'exprimer*.

Les mandants sont invités à suivre cette démarche, surtout s'il s'agit de professionnels: ils doivent communiquer exactement leur intention lors de la formulation du mandat. S'ils n'y arrivent pas, ou de manière confuse, l'appel d'offres sera vraisemblablement entaché de défauts qui se retrouveront souvent dans l'offre du soumissionnaire puis dans le contrat, ce qui peut conduire à des litiges.

De plus, on aura présent à l'esprit que tout contrat conclu peut être modifié. Il faudra à nouveau, pour cela, la manifestation d'une volonté réciproque et concordante. Cette manifestation peut cependant se faire de manière tacite, c'est-à-dire par actes concluants. Les contrats conclus par écrit peuvent aussi, de cette manière, être modifiés ou complétés plusieurs fois après coup et ainsi, suivant les cas, devenir caducs. Celui qui ne connaît pas son contrat et adopte un comportement qui s'en écarte ou qui connaît son contrat mais n'en respecte pas les dispositions ne pourra plus, le cas échéant, se référer au contrat initial, mais devra répondre de son attitude.

Pour prévenir ce genre de situation, il importe que le chef de projet du mandant prenne au sérieux la préparation, la conclusion et le suivi du contrat. Il ne s'agit pas simplement de remplir un formulaire, mais d'exprimer une volonté précise de façon compréhensible pour tous les intéressés, en particulier pour le futur partenaire contractuel, et de faire en sorte, en fin de compte, que les accords passés soient vraiment respectés.

Ce n'est qu'ainsi que le contrat écrit peut remplir ses fonctions multiples, que ce soit comme instrument de compréhension, de conduite, de contrôle ou comme moyen de preuve.