



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

Étude et construction

Guide pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

État au 1^{er} mai 2022; V 2.0

Auteurs

Membres de la KBOB (OFCL, armasuisse, domaine des EPF, OFROU, OFT, DTAP, ACS, UVS) avec la participation des CFF SA

Membres de la KBOB

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

KBOB

Fellerstrasse 21, 3003 Berne, Suisse
kbob@bbl.admin.ch
www.kbob.admin.ch

Table des matières

1. Introduction	3
1.1 Remarques liminaires	3
1.2 But du présent guide.....	3
1.3 Champ d'application	3
2. Notions et bases.....	4
2.1 Organisation	4
2.2 Définitions.....	5
2.3 Réglementation des contrats de mandataire et des contrats d'entreprise.....	8
3. Modifications des prestations	8
3.1 Causes des modifications des prestations	8
3.2 Conséquences des modifications des prestations.....	9
4. Conditions requises pour faire valoir les demandes d'adaptation de la rémunération	11
4.1 Justification du mandataire	11
4.2 Absence de faute du mandataire	12
5. Avenants dans le cadre du droit des marchés publics.....	13
5.1 Avenant ou mandat complémentaire?.....	13
5.2 Avenants ne nécessitant pas de procédure d'adjudication	14
5.2.1 Aperçu.....	14
5.2.2 Possibilité de modification ou d'ajout de prestations prévue dans le contrat (droit à la modification de commande).....	14
5.2.3 Modifications négligeables.....	15
5.3 Avenants nécessitant un appel d'offres en tant que mandats complémentaires ou supplémentaires.....	15
5.3.1 Généralités	15
5.3.2 Exécution de la procédure d'adjudication pour les mandats complémentaires ou supplémentaires	15
5.3.3 Adjudication de gré à gré dans des cas exceptionnels (avec publication).....	15
6. Recommandation pour la gestion des avenants.....	16
6.1 Avenants déconseillés dans l'absolu.....	16
6.2 Gestion des avenants	17
6.2.1 Remarques liminaires	17
6.2.2 Élaboration d'un avis de modification des prestations (formulaire).....	20
6.2.3 Examen de l'avis de modification des prestations	21
6.2.4 Soumission d'une demande d'adaptation de la rémunération (formulaire).....	22
6.2.5 Examen de la demande d'adaptation de la rémunération	24
6.2.6 Avenant	24
7. Bases légales et références complémentaires.....	26
8. Bibliographie (sélection en allemand)	27

1. Introduction

1.1 Remarques préliminaires

Les avenants résultant de modifications de prestations sont fréquents dans le domaine de la construction. Malgré une préparation et une conception minutieuses, ils ne peuvent souvent pas être évités, par exemple parce que les prescriptions et les normes légales changent (et qu'il faut en tenir compte), parce que des adaptations d'utilisation ont lieu ou parce que des événements imprévisibles entraînent une modification des prestations convenues. Les avenants ont souvent pour effet de renchérir le coût des projets. Une gestion professionnelle des avenants est essentielle pour éviter autant que possible les litiges entre le maître d'ouvrage, les concepteurs et les entreprises, de même que pour régler les différends rapidement et efficacement. Il est donc judicieux que les règles relatives à la gestion d'éventuels avenants figurent déjà dans le projet de contrat qui accompagne l'appel d'offres et sert de base à l'établissement de l'offre.

Pertinence d'un accord concernant la procédure à suivre en cas d'avenant

1.2 But du présent guide

Le présent guide vise à présenter certains instruments et moyens de la KBOB pour faciliter une gestion des avenants transparente et dans les délais par les parties contractantes et aider celles-ci à trouver une solution consensuelle et équitable pour tous.

Idée

Il commence par définir une série de notions puis présente les différentes étapes possibles d'un processus de gestion des avenants, en indiquant les tâches à effectuer et les décisions à prendre, le tout en définissant les responsabilités y afférentes.

Contenu

1.3 Champ d'application

Le présent guide est destiné aux membres de la KBOB ainsi qu'à toutes les personnes intéressées œuvrant dans le domaine de l'étude et de la réalisation de projets de construction.

Groupe cible

Il vaut aussi bien pour les travaux de construction que pour les prestations d'études et est applicable par analogie à la fourniture de biens.

Champ d'application relatif aux prestations

Le présent guide se veut compréhensible et concis. Les documents qu'il énumère peuvent s'avérer utiles pour la gestion des avenants. À la fin du guide se trouve une liste contenant les bases légales ainsi que les normes et les recommandations des associations professionnelles, qui constituent les ouvrages de référence (pour les documents présentés dans ce document, voir les chap. 7 et 8 concernant la liste d'ouvrages).

Ouvrages de référence et bases

Lorsque le présent guide se réfère à la norme SIA 118 (2013), il convient de noter que ladite norme ne s'applique concrètement aux contrats que si les parties en conviennent explicitement. Si elles ne la déclarent pas expressément applicable, ce sont les dispositions du CO qui s'appliquent en lieu et place. L'accord sur l'application de la norme SIA 118 (2013) peut être convenu à l'écrit ou à l'oral, de ma-

Accord concernant l'application de la norme SIA 118 dans les contrats d'entreprise

nière explicite ou tacite, c'est-à-dire qu'il peut découler de la pratique. Pour disposer d'éléments probants, il est toutefois recommandé de convenir par écrit de l'application de la norme SIA 118 (2013) et de l'inclure dans le contrat d'entreprise.

2. Notions et bases

2.1 Organisation

Organisation efficace

Une gestion compétente des avenants est déterminante pour le bon déroulement d'un projet de construction. Elle repose pour une large part sur un traitement rapide et correct des demandes présentées en vue de la conclusion d'un avenant. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à une organisation efficace avec des acteurs compétents¹.

Acteurs

Les acteurs concernés sont les suivants:

Côté mandant, étude du projet: le mandant au sens du contrat de mandataire de la KBOB, du règlement SIA 112 et des art. 394 ss CO

= le maître au sens des art. 363 ss CO

et le chef de projet,

qui, sur mandat du mandant, assume la responsabilité du pilotage du projet et de la gestion des avenants.

Côté mandataire, étude du projet: le mandataire au sens des modèles de contrat de la KBOB, des art. 394 ss CO

et du règlement SIA 112

et le directeur de projet,

qui dirige tous les mandataires participant à l'étude du projet.

Côté mandant, exécution:

le maître de l'ouvrage au sens de l'art. 2 de la norme SIA 118 et des modèles de contrat de la KBOB

= le maître au sens des art. 363 ss CO

et le mandataire / représentant du maître de l'ouvrage,

qui dirige l'exécution du projet de construction et transmet au maître de l'ouvrage, en les accompagnant d'une recommandation, les avis de modification des prestations et les demandes d'adaptation de la rémunération.

Côté mandataire, exécution:

l'entrepreneur au sens de l'art. 2 de la norme SIA 118 et des art. 363 ss CO

Rôles clairs

Il est plus facile de diriger un projet lorsque le mandant et le mandataire (que l'on considère la phase d'étude du projet ou la phase d'exécution) désignent chacun un interlocuteur unique.

¹ Pour des raisons de simplification, le présent guide utilise la forme générique pour la désignation des fonctions; cette forme est utilisée pour désigner les deux sexes.

2.2 Définitions

Afin que les termes utilisés dans le domaine de la gestion des avenants soient compris de la même manière par toutes les personnes intéressées, ils sont définis ci-dessous.

Circonstances que les parties ne pouvaient prévoir ou qu'elles ont exclues de leurs prévisions au moment de la conclusion du contrat. Concernant les travaux de construction, voir l'art. 59 de la norme SIA 118 et l'art. 373, al. 2, CO.

Circonstances extraordinaires

Si l'on rencontre parfois le terme «perturbation du déroulement des travaux de construction», il n'existe en Suisse ni base légale ni pratique établie permettant de circonscrire cette notion, qui désigne généralement certaines modifications des prestations. toutefois, ces éventualités ne constituent pas une base pour faire valoir des revendications. Ce terme ne sera pas repris dans ce guide.

Perturbation du déroulement des travaux de construction

Les prestations rattachées aux installations de chantier sont fixées dans les art. 9, 43 et 123 ss de la norme SIA 118. Dans le cas de travaux de maçonnerie, les installations de chantier font généralement l'objet d'articles distincts.

Installations de chantier

Frais indirects qui ne peuvent être imputés à une prestation partielle, mais qui s'avèrent nécessaires à l'exploitation du chantier. Par frais généraux de chantier, on entend essentiellement les coûts relatifs au personnel fondés sur des tarifs horaires (rémunération du conducteur de travaux, du contremaître, du service de chantier, du transport du personnel, etc.).

Frais généraux de chantier

Si le mandataire a du retard dans l'exécution de ses prestations et que ce retard lui est imputable, il doit, de sa propre initiative et à ses frais, prendre les mesures nécessaires pour accélérer les travaux. En ce qui concerne les travaux de construction, voir l'art. 95, al. 2, de la norme SIA 118. Si des mesures destinées à accélérer l'exécution des prestations doivent être prises sans qu'il y ait faute du mandataire, les frais supplémentaires qu'elles engendrent sont supportés par le maître de l'ouvrage. En ce qui concerne les travaux de construction, voir l'art. 95, al. 3, de la norme SIA 118.

Mesures destinées à accélérer l'exécution des prestations et frais y afférents

Conditions compliquant considérablement la fourniture des prestations. Si elles se produisent ou qu'elles apparaissent après la conclusion du contrat et sans faute du maître de l'ouvrage, en cas de rémunération à prix fixe (prix unitaire, global ou forfaitaire), le mandataire ne peut prétendre à une rémunération supplémentaire (sauf, notamment, en cas de circonstances extraordinaires). En ce qui concerne les travaux de construction, voir l'art. 58, al. 1, de la norme SIA 118.

Conditions particulières

L'art. 84 de la norme SIA 118 confère au maître de l'ouvrage un droit unilatéral et étendu de modification de sa commande. La modification de la commande peut consister en une modification du type d'exécution ou du volume de travail, ou en des prestations supplémentaires. Ce droit ne peut cependant être exercé que si les modifications en cause ne changent rien au caractère général de l'ouvrage (art. 84, al. 1, de la norme SIA 118).

Modification de la commande (travaux de construction)

La procédure à suivre en cas de modification de la commande ainsi que la question de la rémunération de l'entreprise sont réglées dans les art. 85 à 91 de la norme SIA 118.

Calcul d'une majoration de la rémunération en fonction des coûts effectifs (c'est-à-dire objectivement nécessaires) assumés par le mandataire, auxquels s'ajoutent

Rémunération sur la base des dépenses contrôlées

des suppléments pour les frais généraux, le risque et le bénéfice (notamment en tenant compte des frais généraux de chantier, en partie difficiles à estimer). Voir aussi l'art. 374 CO et le travail en régie au sens de la norme SIA 118 (cf. en particulier les art. 87, al. 4, et 48 ss de la norme SIA 118).

Frais généraux	Les frais généraux d'une entreprise font partie du prix de revient. Ils sont indépendants des chantiers et articles spécifiques (coûts administratifs et financiers). On augmente les frais de production des frais généraux en leur appliquant un taux de majoration. On détermine ce taux, exprimé en pour cent, en divisant le montant des frais généraux de l'exercice par les frais de production prévus pour l'exercice (montants budgétés).
Contrat initial	Contrat initialement conclu par le mandant et le mandataire pour des prestations données.
Base de calcul (initiale)	La base de calcul est formée par les coûts de production objectifs dont le mandataire tient compte pour supputer le prix de l'offre. La «base de calcul initiale» constitue la base de calcul à la date du dépôt de l'offre (date de référence). Selon la norme SIA 118, la base de calcul est pertinente aussi bien pour la fixation des prix complémentaires que pour le calcul du renchérissement (cf. art. 62 et 63 de la norme SIA 118). Conformément à l'art. 89, al. 2, de la norme SIA 118, les prix complémentaires sont fixés, dans le cas de prestations à prix global, sur la base de calcul initiale, et, dans le cas de prestations à prix forfaitaire, sur la base de calcul valable au moment de la modification de la commande. Dans la pratique, le calcul des prix complémentaires ne porte généralement pas sur la base de calcul objective, mais sur les prix actualisés (cf. ci-dessous).
Modification des prestations	Différence de nature, de quantité ou de délai d'exécution entre les prestations convenues dans le contrat initial et les prestations effectives. Cette différence peut résulter de l'exécution de prestations supplémentaires, de la décision de ne pas exécuter de certaines prestations ou encore de l'exécution de prestations d'une autre nature que les prestations convenues.
Indications inexactes	Des informations inexactes, en particulier sur la nature du sol et des constructions, peuvent conduire à des modifications des prestations, pour lesquelles le mandataire peut prétendre à une rémunération plus élevée. Elles sont considérées comme une faute du maître de l'ouvrage au sens de l'art. 58, al. 2, de la norme SIA 118.
Augmentation / diminution de la charge de travail	Modification de la charge de travail du mandataire convenue dans le contrat initial (en tenant compte notamment des éventuels avantages ou des économies réalisées). Elle ne saurait justifier à elle seule une augmentation ou une diminution de la rémunération.
Augmentation / diminution des quantités	Une prestation est fournie en plus grande ou en moins grande quantité qu'il n'en a été convenu dans le contrat initial, mais de la manière prévue dans ce dernier. Concernant les travaux de construction, l'art. 86 de la norme SIA 118 dispose que les prix unitaires convenus ne restent valables que si les quantités convenues sont modifiées dans une proportion qui ne dépasse pas 20 %.
Devoir de collaboration (obligation de collaborer)	Différentes obligations de collaborer incombent au maître de l'ouvrage (et à ses collaborateurs), telles que les obligations de mettre le site du chantier à disposition en temps utile, de fournir les plans en temps utile, de coordonner les activités des co-entrepreneurs, de vérifier les factures en temps utile, etc. Le terme «devoir de collaboration» désigne autant un véritable devoir de collaboration du mandant à

l'égard du mandataire qu'une obligation de collaborer non exigible par voie de justice, mais dont le non-respect risque d'entraîner des conséquences désavantageuses pour le mandant (comme le droit du mandataire à exiger une rémunération plus élevée). Cette distinction est utile en cas de droit à des dommages-intérêts, mais ne sera pas approfondie ci-après.

Si le mandant manque à son devoir de collaboration (voir ci-dessus), ce qui entraîne sa demeure, il doit compenser les charges supplémentaires qui grèvent ainsi le mandataire, que le mandant ait commis une faute ou non.

Défaut de collaboration

Ce droit n'est mentionné explicitement ni dans le droit ni dans la norme SIA 118 ou les règlements SIA, mais il est reconnu par la doctrine et la jurisprudence.

Complément au contrat initial spécifiant la modification des prestations telle qu'elle a été définie et acceptée par les deux parties (concernant les travaux de construction, voir l'art. 27 de la norme SIA 118). La spécification de la modification des prestations comprend l'indication des conséquences de cette modification sur les coûts et les délais. Tout avenant est fondé sur une demande motivée d'augmentation ou de diminution de la rémunération.

Avenant

Voir les formulaires 52 a (pour les prestations de mandataire) et 52 b (pour les prestations de construction), qui font partie des documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres.

Annonce et justification, par le mandant ou le mandataire, d'une modification des prestations. Cet avis doit être fait par voie écrite. (Pour le formulaire, voir document 51 des documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres.)

Avis de modification des prestations

Demande d'augmentation ou de diminution de la rémunération présentée par le mandant ou le mandataire après l'acceptation de l'avis de modification des prestations et fondée sur des preuves de l'augmentation ou de la diminution de la charge de travail consécutive à la modification des prestations. La demande d'adaptation de la rémunération devrait être présentée par écrit. (Pour les formulaires, voir document 51 des documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres.)

Demande d'adaptation de la rémunération

Modification des prestations, spécifiée en matière de qualité, de quantité et de délai d'exécution.

Objet de l'avenant

Ensemble des activités et des processus qui consistent à identifier d'éventuelles modifications des prestations et à des régler. Il s'agit d'une tâche de conduite.

Gestion des avenants

Prix convenu par le mandant et le mandataire pour l'objet de l'avenant.

Prix complémentaire

L'analyse du prix du mandataire permet de déterminer les éléments de coûts et de charges qui forment le prix proposé. Conformément à l'art. 18, al. 2, de la norme SIA 118, les analyses de prix peuvent être prises en considération pour déterminer les prix complémentaires (ce qui justifie en partie l'actualisation des prix).

Analyse du prix

Calcul du prix complémentaire en fonction du prix de l'offre reflétant les relations contractuelles entre la prestation et la rémunération. Le mandataire profite grâce à l'avenant des positions du contrat initial qui lui sont avantageuses, mais il doit également supporter les «pertes» dues aux positions «mal» calculées. Pour les positions non mentionnées dans le devis descriptif, il faut recourir à la position qui s'en rapproche le plus (concernant les travaux de construction, voir l'art. 87, al. 2,

Actualisation des prix

de la norme SIA 118). La base de calcul peut servir de référence pour déterminer les rapports entre la prestation et la rémunération.

Modification du projet

Modification du projet tel qu'il est défini à un moment donné (par ex. tel qu'il a été approuvé). Le projet peut être redéfini en raison d'une modification des données de base, d'optimisations, de lacunes dans les instructions ou de la communication tardive de ces dernières. Une modification du projet peut être à l'origine d'une différence entre les prestations effectives et les prestations convenues.

2.3 Réglementation des contrats de mandataire et des contrats d'entreprise

Réglementation des contrats de la KBOB

Si, dans le cadre de l'étude d'un projet de construction, des prestations non convenues dans le contrat de mandataire se révèlent nécessaires, il faut convenir d'une **modification de ce contrat**. Les modifications des contrats de mandataire sont régies par le ch. 6 des conditions générales du **contrat de mandataire** de la KBOB.

Si, dans le cadre de travaux de construction, le maître de l'ouvrage **modifie sa commande**, il faut respecter non seulement la norme SIA 118, mais également les dispositions complémentaires figurant au ch. 9 du **contrat d'entreprise** de la KBOB.

Accord concernant l'exécution de l'avenant

Si le système décrit dans le présent guide doit être mentionné contractuellement sur la base des documents 51 et 52 de la KBOB dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres, une disposition correspondante doit être incluse dans le contrat (sous «Accords spéciaux», respectivement au ch. 11 du contrat de mandataire de la KBOB et au ch. 16 du contrat d'entreprise de la KBOB).

Réglementation complémentaire

En particulier pour les projets de grande ampleur, il est conseillé de convenir de règles exhaustives en matière d'avenants dans le contrat et, le cas échéant, de régler explicitement le calcul des prix complémentaires (voir ch. 6.2.4 ci-dessous). Il est aussi possible de convenir de la méthode de calcul à suivre si les parties ne parviennent pas à trouver un accord et que, malgré leurs efforts de conciliation, un tribunal ou tout autre organe de règlement des différends doit trancher le litige.

3. Modifications des prestations

3.1 Causes des modifications des prestations

Des modifications de prestations peuvent être dues à différents facteurs, qu'on peut classer en deux groupes selon qu'ils dépendent ou non des parties au contrat.

Facteurs ne dépendant pas des parties au contrat

Facteurs ne dépendant pas des parties au contrat dans le cadre de la fourniture des prestations:

- modifications de lois, d'ordonnances, de normes ou de prescriptions;
- dérangements causés par des événements extraordinaires tels que des inondations, des séismes, des tempêtes, des mesures nouvelles décidées par une autorité, la violation de la paix du travail ou encore des conditions météorologiques défavorables;

- nouvelles données concernant le terrain, la nature des constructions ou les constructions voisines;
- oppositions;
- projets de tiers.

Facteurs qui relèvent du champ de compétence du **mandant** ou du domaine des risques assumés par ce dernier, domaine dans lequel entrent notamment les actions des partenaires contractuels:

Facteurs dépendant du mandant

- mauvaise planification technique, temporelle ou organisationnelle;
- absence d'indications ou d'instructions, indications ou instructions incomplètes, communication tardive des indications ou des instructions;
- inobservation des obligations de collaborer (retard dans la fourniture des documents de base, dans la mise à disposition du site du chantier, dans la livraison des matériaux, etc.);
- fourniture, dans les documents d'appel d'offres, d'indications inexactes sur la nature du sol (art. 58, al. 2, de la norme SIA 118);
- modifications de commande: modifications du projet, des exigences relatives à l'utilisation, du budget ou des exigences qualitatives;
- exécution tardive ou mauvaise exécution des prestations dues par les entreprises intervenant sur le chantier avant l'entreprise partie au contrat considéré.

Facteurs qui relèvent du champ de compétence du **mandataire** ou du domaine des risques assumés par ce dernier, domaine dans lequel entrent notamment les actions des sous-traitants et des fournisseurs:

Facteurs dépendant du mandataire

- mauvaise planification technique, temporelle ou organisationnelle (par ex. lors de la préparation des travaux, mise à disposition de ressources insuffisantes ou inadaptées au projet, évaluation erronée des besoins en personnel ou en matériel);
- exécution tardive ou inadéquate des prestations par l'entreprise ou ses sous-traitants;
- inobservation des obligations de collaborer (par ex. lancement tardif de processus, négligence des devoirs d'avis, décisions tardives);
- choix d'une technique d'exécution différente de celle prévue par le contrat.

3.2 Conséquences des modifications des prestations

Il est possible que des modifications des prestations n'influent pas sur la planification et l'exécution des travaux par le mandataire. Dans ce cas, aucun avenant n'est nécessaire.

Nécessité

En revanche, si des modifications des prestations entraînent des retards ou une accélération dans l'exécution des travaux ou une modification des charges supportées par le mandataire, des répercussions tant financières que temporelles sur la fourniture des prestations ne sont pas à exclure. Il peut exister de nombreuses interdépendances entre les diverses étapes (par exemple, des retards peuvent conduire à une augmentation des frais en raison de l'utilisation prolongée des installations de chantier ou ils peuvent être compensés par des mesures d'accéléra-

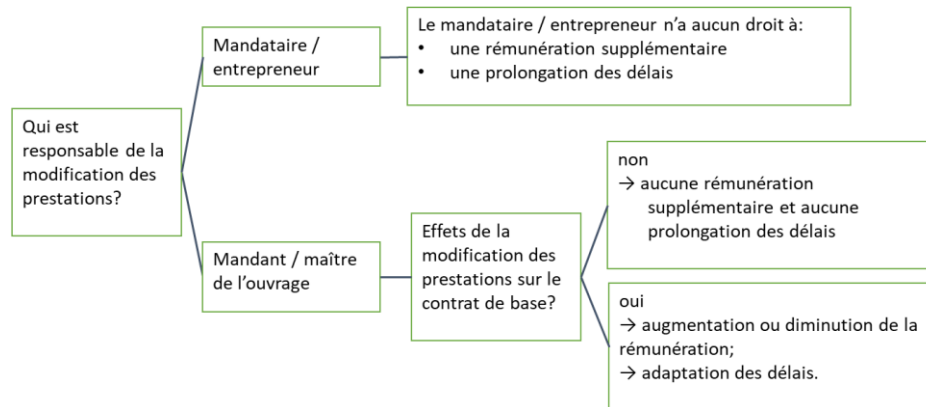
Conséquences sur la fourniture des prestations

tion, entraînant à leur tour des pertes de production ou des dépenses supplémentaires). La comparaison entre les bases contractuelles (en tenant compte des avenants approuvés jusqu'alors) et la situation réelle sur le plan temporel ou financier permet de déterminer au cas par cas si les modifications apportées ont des conséquences significatives sur les prestations.

Droit à une adaptation de la rémunération ou des délais contractuels?

Lorsque les modifications des prestations sont dues à un facteur relevant du champ de compétence du mandant ou du domaine des risques assumés par ce dernier (par ex. inobservation des obligations de collaborer ou des «circonstances particulières» qui découlent de ces dernières) et qu'elles impliquent une modification du contrat initial, elles donnent lieu en principe à une adaptation de la rémunération et des délais contractuels (voir pour la prolongation des délais les art. 90 [pour les modifications de commande] et 94, al. 2 [pour les fautes du mandant], de la norme SIA 118). En revanche, lorsqu'elles sont attribuables à un facteur relevant du champ de compétence du mandataire ou du domaine des risques assumés par ce dernier, elles ne donnent pas droit à une adaptation de la rémunération ou des délais, dans la mesure où le mandataire est tenu d'exécuter le contrat.

Le schéma suivant résume les divers cas de figure:



Cas particuliers: circonstances extraordinaires

Des **circonstances extraordinaires** peuvent donner au mandataire le droit de modifier le contrat, même si elles ne concernent pas le champ de compétence du mandant ou le domaine des risques assumés par ce dernier (pour les prestations de construction, voir l'art. 59 de la norme SIA 118 et l'art. 373, al. 2, CO).

Pandémies à considérer comme des circonstances extraordinaires au sens de l'art. 59 de la norme SIA 118?

Il n'est pas toujours aisé de distinguer les droits légitimes des droits illégitimes sur la base de circonstances extraordinaires. La pandémie l'a bien montré: s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence en vigueur, la KBOB estime que les coûts dus aux mesures supplémentaires de sécurité au travail qui sont ou étaient nécessaires en raison de directives officielles imprévues (par ex. mesures de prévention supplémentaires) relèvent en principe de la compétence du mandataire (résultant de son devoir d'assistance en tant qu'employeur). Si ces mesures entraînent un déséquilibre considérable, le mandataire peut prétendre à une compensation raisonnable de ce déséquilibre; il ne peut toutefois pas exiger d'indemnisation intégrale (voir les fiches d'information et les recommandations de la KBOB à ce sujet au chapitre 7).

Cas particuliers: conditions météorologiques défavorables

Lorsque les modifications des prestations résultent de conditions météorologiques défavorables, l'entreprise ne peut établir d'avenant que s'il en a été convenu ainsi (art. 60 de la norme SIA 118; concernant l'art. 60, al. 2, de la norme SIA 118, cf. ch. 10 du contrat d'entreprise de la KBOB).

Les parties peuvent prévoir dans le contrat d'autres cas dans lesquels le mandataire peut prétendre à une augmentation de la rémunération même si ces cas ne relèvent pas du champ de compétence du mandant ou du domaine des risques assumés par ce dernier. Cet arrangement permet de déterminer si ces cas entrent dans le champ de compétence du mandant ou dans le domaine des risques assumés par ce dernier (pour les travaux de construction, voir par ex. l'art. 122, al. 1, de la norme SIA 118 concernant la découverte inattendue d'objets naturels ou artificiels, ou l'art. 132 de la norme SIA 118 concernant les perturbations d'approvisionnement électrique de plus de deux heures, ou encore l'art. 61 de la norme SIA 118 concernant l'interruption d'un chantier pour des motifs conjoncturels).

Autres cas particuliers

Il n'existe aucune réglementation uniforme concernant le droit du mandataire à prolonger ou à adapter les délais en cas de retard qui ne dépend ni du mandant ni du mandataire:

Adaptation des délais

- L'art. 96, al. 1, de la norme SIA 118 garantit en principe à l'entreprise le droit de prolonger les délais, pour autant qu'elle ait pris les «mesures complémentaires» qui lui incombent conformément à l'art. 95 de la norme SIA 118 (toutes les mesures raisonnables et nécessaires au respect des délais) et qu'elle ait «immédiatement» avisé le maître de l'ouvrage du retard accusé et de sa cause, conformément à l'art. 25 de la norme SIA 118.
- En matière de projets de construction, ni le contrat de mandataire de la KBOB ni les règlements SIA ne prévoient de réglementation correspondante².

Tant que le mandataire ne peut prétendre à une prolongation ou à une adaptation des délais, il est responsable des respecter ces derniers. Il est donc dans son intérêt de prendre des mesures visant à accélérer les travaux et d'en supporter les coûts.

Mesures visant à accélérer les travaux

Selon l'art. 95, al. 2, de la norme SIA 118, le maître de l'ouvrage supporte les coûts supplémentaires engendrés par des mesures nécessaires pour rattraper les retards qui ne dépendent pas d'une faute de l'entreprise. Par conséquent, cela influe en retour sur le droit de l'entreprise de prolonger ou d'adapter les délais.

Obligation du mandant de supporter les coûts

4. Conditions requises pour faire valoir les demandes d'adaptation de la rémunération

4.1 Justification du mandataire

Comme expliqué précédemment, le mandataire peut en principe prétendre à une rémunération supplémentaire ou à une modification des délais contractuels lorsque les modifications des prestations relèvent du champ de compétence du mandant ou du domaine des risques assumés par ce dernier. Cela vaut en particulier pour les modifications de commandes, pour la violation par le mandant des obligations de collaborer et pour les «circonstances particulières» imputables à ce dernier.

Principes

² L'art. 1.6 des règlements SIA mentionne seulement un droit de prolongation des délais si l'autre partie tombe en demeure, ce qui fait partie des droits du mandataire en cas de circonstances relevant du champ de compétence du mandant ou du domaine des risques assumés par ce dernier.

Preuves à apporter	<p>Il incombe au mandataire de prouver:</p> <ul style="list-style-type: none">- qu'il existe une modification des prestations (type, ampleur, période);- que cette modification est imputable au mandant ou à ses collaborateurs;- que cette modification des prestations lui porte préjudice (par ex. en raison de l'augmentation des charges qu'il doit supporter);- qu'il existe un lien de causalité entre ces modifications des prestations et les inconvénients qu'il fait valoir;- qu'il doit supporter des coûts supplémentaires inévitables, en fournissant le calcul du montant;- qu'il a droit à une prolongation des délais.
--------------------	---

Pour que les demandes relatives à une rémunération supplémentaire ou à une modification des délais soient acceptées, tous les points susmentionnés doivent être prouvés.

Cas spéciaux	Dans la mesure où un droit auquel prétend le mandataire relève du champ de compétence du mandant ou du domaine des risques assumés par ce dernier, indépendamment de la cause des modifications des prestations (par ex. en cas de circonstances extraordinaires), la responsabilité du mandant ne doit pas être prouvée. Il incombe néanmoins au mandataire de prouver qu'il remplit les autres conditions pour prétendre à ce droit.
--------------	--

Adéquation et déséquilibre	Selon l'art. 59 de la norme SIA 118 et l'art. 373, al. 2, CO, le mandataire doit prouver en particulier l'incidence de circonstances extraordinaires sur la fourniture des prestations, le déséquilibre entre les prestations et les contre-prestations et le préjudice que lui cause ce déséquilibre.
----------------------------	--

Estimation	Si l'augmentation des coûts ne peut être strictement prouvée par des valeurs chiffrées ou si une telle preuve ne peut raisonnablement être exigée du mandataire, le mandant peut se contenter d'une estimation plausible, de même que le juge peut, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, évaluer des dommages sans outil concret pour quantifier le coût. Cela allège le fardeau de la preuve incombant à l'entreprise, sans dispenser cette dernière de motiver ses demandes de rémunération supplémentaire (GAUCH, <i>Der Werkvertrag</i> , Zurich, 2019, 6 ^e éd., ch. 1339).
------------	---

4.2 Absence de faute du mandataire

Obligation d'informer du mandataire	Le mandataire est tenu de faire part de toute modification des prestations éventuelle.
-------------------------------------	--

État des connaissances du mandant	L'obligation d'informer n'oblige le mandataire à faire part que de situations dont lui seul peut ou devrait avoir connaissance. Elle ne s'applique pas si le mandant est déjà au courant des modifications des prestations ou que la connaissance de la situation n'aurait pas conduit à des modifications dans l'exécution du contrat.
-----------------------------------	---

Forme	Il est judicieux de spécifier dans le contrat que les communications doivent revêtir la forme écrite (voir ch. 9 du contrat d'entreprise de la KBOB, ch. 2 des conditions générales du contrat de mandataire de la KBOB, art. 25, al. 2, de la norme SIA 118).
-------	--

Échéance du droit?	Tant que le contrat n'en stipule pas autrement, l'absence de communication n'entraîne pas de droit à une rémunération supplémentaire ou à une prolongation des
--------------------	--

délais. Toutefois, si le mandataire manque à son devoir d'informer, il devra supporter les conséquences de l'oubli ou du retard de la communication (cf. art. 365, al. 3, CO et art. 25, al. 1, de la norme SIA 118; voir aussi, au sujet du droit à la prolongation des délais, art. 96, al. 1, 2^e phrase, de la norme SIA 118). Il incombe toutefois au mandant de prouver l'existence de conséquences désavantageuses et de démontrer quelle serait la situation si la modification des prestations avait été communiquée à temps.

Si le contrat stipule la forclusion de droits éventuels du mandataire liés à des modifications des prestations en cas de non-respect de son obligation d'informer, il faut ajouter dans le document contractuel une clause à ce sujet formulée de manière claire et précise.

Réglementation expresse

Le mandataire peut renoncer de manière tacite ou explicite au droit à une rémunération supplémentaire.

Renonciation aux demandes d'adaptation de la rémunération
Manifestation de sa volonté par une signature

Le mandataire peut donc, en signant sans réserve le contrat ou un avenant, renoncer au droit à une rémunération supplémentaire bien qu'il ait connaissance de modifications des prestations survenues ou possibles (par ex. s'il a connaissance d'informations incorrectes dans les documents d'appel d'offres).

En ce qui concerne les travaux de construction, l'art. 156 de la norme SIA 118 précise que l'entreprise s'engage, lorsqu'elle fournit le décompte final (sauf réserve écrite dans sa récapitulation), «à ne présenter aucune facture nouvelle et à renoncer à toute rémunération pour des prestations qu'[elle] n'aurait pas encore portées en compte».

Signature sans réserve du décompte final

5. Avenants dans le cadre du droit des marchés publics

5.1 Avenant ou mandat complémentaire?

Si une modification des prestations est inscrite en tant que supplément au document contractuel existant ou qu'un accord à part est établi, il convient de se demander s'il s'agit toujours du **même mandat** ou d'une extension du mandat, c'est-à-dire d'un mandat complémentaire. La question est pertinente dans la mesure où des modifications des prestations **ne peuvent être acceptées en principe sans procédure d'adjudication que** si les nouvelles prestations sont comprises dans l'**adjudication initiale** et dans le contrat qui fait l'objet de l'appel d'offres.

Question fondamentale: inclusion dans l'adjudication (finale) ou non?

Contrairement au droit européen, dont l'art. 72 de la directive UE 2014/24 sur les marchés publics régit la «modification de marchés en cours»³, le droit révisé des marchés publics, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021 (LMP et OMP) pour les services adjudicateurs de la Confédération et depuis le 1^{er} juillet 2021 pour les

Absence de base légale explicite dans le droit suisse

³ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Les modifications de contrats ne sont admises que si elles se fondent sur des actes modificatifs prévus par l'adjudication tels que des options (art. 72, al. 1, let. a, de la directive UE sur les marchés publics) ou que, pour des raisons particulières (questions de compatibilité, changements imprévisibles, etc.), la situation l'exige. L'augmentation de prix est limitée à 50 % de la valeur du marché initial (art. 72, al. 1, let. b, de la directive UE sur les marchés publics). En outre, les extensions mineures du contrat sont admises, pour autant que la valeur de la modification ne dépasse pas les seuils européens en vigueur et qu'elle soit inférieure à 10 % de la valeur contractuelle initiale pour les marchés de fournitures et de services et à 15 % de la valeur contractuelle initiale pour les marchés de construction (art. 72, al. 2, de la directive UE sur les marchés publics).

cantons ayant adhéré en 2019 à l'AIMP, ne comporte pas de disposition légale à ce sujet.⁴

5.2 Avenants ne nécessitant pas de procédure d'adjudication

5.2.1 Aperçu

Dans la pratique, on distingue deux types d'avenants ne nécessitant pas de procédure d'adjudication: les avenants pour lesquels est prévu un mécanisme de modification dans le contrat d'acquisition et les avenants pour lesquels une modification insignifiante est à prévoir. Dans ces cas, il ne faut ni engager de nouvelle procédure d'adjudication ni publier d'appel d'offres.

5.2.2 Possibilité de modification ou d'ajout de prestations prévue dans le contrat (droit à la modification de commande)

Droit à la modification de commande dans le contrat

Si le droit de modifier l'étendue des prestations, avec les conséquences qui en découlent, est spécifié dans l'appel d'offres et fait l'objet du contrat, les modifications ou ajouts de prestations entrepris sur cette base seront considérés comme compris dans l'adjudication.

Si le contrat mentionne par exemple un droit à la modification de commande (cf. art. 84 de la norme SIA 118 sur la modification de l'étendue des prestations ou le recours à un autre mode d'exécution des prestations), toute modification accompagnée de la variation des coûts fondée sur les bases de calcul de l'offre est comprise dans le contrat conclu et ne constitue donc pas une modification de l'objet du marché.

Les effets des modifications ne doivent pas être convenus dans le contrat en ce qui concerne le montant, mais ils doivent être suffisamment prévisibles pour les parties (même en tant qu'options) pour que l'on puisse considérer les modifications comme comprises dans l'adjudication. Il doit y avoir au moins un droit découlant du contrat. Cela concerne surtout les variations de quantité en cas de décompte selon les prix unitaires et l'étendue des prestations, pour autant que les variations de quantités ne soient pas liées à un mandat complémentaire ou supplémentaire au sens du ch. 5.3.

Sont également comprises les modifications des indemnités pour ces prestations (par ex. disposition sur la modification des prix des matières premières réservée dans le contrat ou charges supplémentaires facturées pour les travaux en régie). Dans ce cas, la détermination des coûts (et non le contenu des prestations) s'avère inexacte.

Il en est de même pour les contrats régissant les conséquences des modifications des prestations en raison de la demeure du créancier ou du débiteur (due par ex. à un défaut de collaboration) ou à la suite de circonstances extraordinaires.

⁴ Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1); ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11); accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019).

5.2.3 Modifications négligeables

On parle de **modification négligeable** lorsqu'une modification n'a qu'une importance mineure dans les faits ou que l'on peut supposer avec suffisamment de certitude que - si les modifications de prestations avaient été connues au préalable et donc publiées au moment de l'appel d'offres initial -, **le cercle de soumissionnaires n'aurait pas été différent** et qu'aucun autre soumissionnaire n'aurait remporté l'adjudication. Il faut veiller à ce que les dépenses supplémentaires soient également approuvées par l'instance compétente, conformément aux dispositions légales applicables aux crédits.

Modification significative ou négligeable

Selon l'hypothèse de l'invariabilité de l'ordre des soumissionnaires, on part du principe que le soumissionnaire qui présente l'offre la plus avantageuse continuerait à proposer l'offre la plus avantageuse dans la mesure où l'évaluation s'appuierait sur les éléments de l'offre initiale. Par conséquent, on admet **l'admissibilité d'une rémunération supplémentaire** si elle avait également été versée à d'autres soumissionnaires dans l'hypothèse où ils auraient remporté l'adjudication (par ex. en cas de mesures destinées à accélérer l'avancement des travaux ou de coûts d'interruption du chantier dont le mandataire n'est pas responsable).

5.3 Avenants nécessitant un appel d'offres en tant que mandats complémentaires ou supplémentaires

5.3.1 Généralités

Si la modification ou l'ajout de prestations sous forme d'avenant **sort du cadre** spécifique aux prestations ou au droit des marchés publics fixé dans l'adjudication, la question se pose de savoir **dans quelle mesure et quand le mandataire actuel** peut fournir les prestations supplémentaires.

Appréciation au cas par cas

5.3.2 Exécution de la procédure d'adjudication pour les mandats complémentaires ou supplémentaires

L'adjudication de mandats supplémentaires (à part) est soumise au droit des marchés publics applicable: par conséquent, les travaux de construction ou les prestations de mandataire en question qui atteignent les valeurs seuils doivent être adjugés dans le cadre d'une procédure sur invitation ou au terme d'une procédure ouverte ou sélective.

Respect du droit des marchés publics

5.3.3 Adjudication de gré à gré dans des cas exceptionnels (avec publication)

L'adjudication de gré à gré (adjudication directe) est possible dans des cas exceptionnels, en vertu de l'art. 21, al. 2, let. e, LMP/AIMP 2019, qui autorise l'adjudication de gré à gré de mandats sans considération des valeurs seuils si «un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts».

Adjudication de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 1, let. e, LMP/AIMP 2019

En ce qui concerne l'augmentation de coûts attendue, le plafond de tolérance est élevé: toute augmentation ne justifie pas une renonciation à la mise en concurrence des soumissionnaires. Les coûts supplémentaires doivent être disproportionnés, ce que le service adjudicateur doit expliquer de manière compréhensible dans la justification écrite. Un rapport équilibré doit être maintenu entre le marché initial et le marché complémentaire. Sans égard à la justification fournie, la valeur d'un mandat complémentaire ne peut excéder celle d'un mandat de base. Ce dernier doit être au moins soumis à la procédure sur invitation.

Publication (avec réserve)

Il convient de noter que la publication d'adjudications de gré à gré des marchés d'une valeur supérieure à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte ou sélective est obligatoire (cf. art. 48, al. 2, LMP/AIMP 2019).

6. Recommandation pour la gestion des avenants

6.1 Avenants déconseillés dans l'absolu

Une organisation et un déroulement soigneux des projets contribuent à prévenir les modifications des prestations et les avenants auxquels ces modifications conduisent. Une définition claire de l'objet, une planification fondée sur le modèle des prestations de la SIA ainsi qu'une préparation rigoureuse des travaux du mandataire constituent des facteurs déterminants à cet égard.

Mesures relatives aux travaux préparatoires

Lors des travaux préparatoires (avant la signature du contrat de mandataire, et surtout avant celle du contrat d'entreprise), il faut accorder une attention particulière aux mesures suivantes:

- définition claire, par le mandant, des conditions générales et des directives à respecter lors de l'établissement du projet;
- estimation réaliste des coûts et des risques;
- respect des phases du projet (par ex. publication de l'appel d'offres après l'approbation du projet) et fixation de délais réalistes lors de l'étude du projet;
- établissement de documents d'appel d'offres conformes aux exigences, tâche impliquant de vérifier qu'il existe un **projet suffisamment clair** (art. 5, al. 1, de la norme SIA 118) et que la **description des prestations est claire et complète** (art. 8 de la norme SIA 118);
- communication de toutes les conditions et exigences et de leur inscription dans les documents d'appel d'offres (art. 5, al. 2, et art. 6, al. 2, de la norme SIA 118);
- analyse détaillée des documents d'appel d'offres (en particulier du devis descriptif ou de la description de l'ouvrage) effectuée par l'entreprise de manière juste, exhaustive et claire;
- établissement d'une offre complète et adaptée aux besoins du projet par le mandataire, qui mentionne d'éventuelles réserves, remarques, etc.;
- établissement d'un programme des travaux réaliste et tenant compte des événements susceptibles de se produire; le calendrier des travaux, indiquant le «chemin critique» et les étapes-clés, devrait faire partie intégrante du contrat;
- traitement et représentation soignés de la base de calcul et dépôt éventuel des calculs contractuels auprès du mandant ou d'un tiers (utile en particulier

pour le calcul des prix complémentaires conformément à l'actualisation des prix);

- examen scrupuleux des offres par le mandant avec une attention particulière portée à la comparabilité et à d'éventuels écarts (surtout en cas de variantes), et rectification d'offres, le cas échéant;
- établissement, sur la base de modèles de documents, d'un contrat bien structuré (contrat de mandataire et contrat d'entreprise de la KBOB);
- dispositions contractuelles relatives aux modifications des prestations et clauses sur le règlement des différends;
- élimination des divergences entre les documents d'appel d'offres et les documents contractuels.

La phase d'exécution, également, comporte de nombreuses mesures visant à prévenir et à identifier les écarts ou, du moins, à les traiter plus facilement.

- recours par l'entreprise à du personnel qualifié et désignation par le maître de l'ouvrage d'une direction des travaux compétente; Mesures relatives à la phase d'exécution
- préparation minutieuse et en temps utile, par l'entreprise, des travaux à exécuter;
- surveillance par la direction des travaux (art. 34, al. 1, de la norme SIA 118) et contrôle de gestion par le mandataire;
- gestion rigoureuse, par le maître de l'ouvrage, des modifications du projet, de la commande ou des délais;
- planification des prestations supplémentaires ou modifiées par la personne initialement chargée de l'étude et, si possible, élaboration d'un devis descriptif complété ou modifié à l'intention de l'entreprise (directives claires);
- documentation tenue à jour et exhaustive (rapports, photos, procès-verbaux, etc.) servant à identifier d'éventuelles modifications des prestations et à garantir une situation stable;
- conservation des preuves dans les cas urgents (par ex. au moyen d'experts privés choisis par les deux parties [experts-arbitres], d'un constat officiel ou de mesures provisionnelles devant un tribunal).

6.2 Gestion des avenants

6.2.1 Remarques liminaires

Si, malgré toutes les mesures prises, on ne parvient pas à éviter les modifications des prestations et la conclusion d'un avenant, il est essentiel de gérer cette situation **de manière professionnelle**. Cela suppose de respecter les principes suivants: Gestion des avenants

- il faut traiter rapidement et de manière complète les avenants pour l'ensemble des modifications;
- le contrat doit fixer la procédure à suivre en cas de modifications des prestations (ch. 6 des conditions générales du contrat de mandataire de la KBOB et ch. 9 du contrat d'entreprise de la KBOB; d'autres règlements peuvent être pertinents en fonction du projet);

- la pertinence d'un avenant doit toujours être évaluée à l'aune de l'ensemble des éléments du contrat initial ainsi que de tous les avenants qui ont été conclus jusque-là;
- un avenant repose, d'une part, sur un avis de modification des prestations (partie descriptive) et, d'autre part, sur une demande d'adaptation de la rémunération (partie financière), qui contient les prétentions financières ou les demandes de prolongation des délais.

Avant de conclure un avenant, il faut déterminer les moyens disponibles et les moyens nécessaires.

Accord
préalable

Il est souhaitable que les avenants soient, dans la mesure du possible, **réglés par écrit** entre le mandant et le mandataire **avant l'exécution des prestations** faisant de l'objet de l'avenant, avec toutes les conséquences sur les coûts, les délais et la qualité (pour les prestations de construction, voir l'art. 87, al. 1, de la norme SIA 118). Sont réservés les cas où des mesures urgentes sont nécessaires pour prévenir des dommages (concernant les travaux de construction, voir l'art. 45, al. 2, de la norme SIA 118).

Schéma

La gestion des avenants est un processus dont les étapes figurent sur le schéma suivant. Ce processus doit être respecté même si l'avenant est traité après la réalisation des prestations faisant l'objet de l'avenant. Dans un tel cas, il faut justifier l'absence de communication préalable à la modification des prestations.

Le schéma ci-dessous décrit le processus de gestion des avenants en considérant les cas où ce processus est déclenché par le mandataire. Par analogie, il vaut également pour les avenants déclenchés par le mandant.

Etape	Contenu	Résultat	Responsible	
			M ^{ant}	M ^{aire}
	<p>Différence entre les prestations convenues dans le contrat initial et les prestations effectives (causes: voir chiffre 3.1).</p> <p>Annnonce écrite, par le mandant ou le mandataire, d'une modification des prestations, avec indication de la cause de cette modification.</p> <p>Examen de l'avis de modification des prestations Le mandant veille à ce que l'avis de modification des prestations soit rapidement traité. En cas de divergences, une discussion est organisée au niveau hiérarchique immédiatement supérieur. Si les parties ne parviennent toujours pas à s'entendre, elles appliquent, en se fondant sur l'avis de modification des prestations, la procédure de règlement des litiges convenue au ch. 19 du contrat d'entreprise de la KBOB resp. au ch. 15 du contrat de mandataire de la KBOB ou celle qui est définie dans la recommandation n° 641 510 de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS).</p> <p>Examen de l'avis de modification des prestations à la lumière du droit des marchés publics.</p> <p>L'adaptation de la rémunération demandée est déterminée à partir de la base de calcul.</p> <p>Examen de la demande d'adaptation de la rémunération Le mandant veille à ce que la demande d'adaptation de la rémunération soit rapidement traitée. En cas de divergences, une discussion est organisée au niveau hiérarchique immédiatement supérieur. Si les parties ne parviennent toujours pas à s'entendre, soit elles recourent, en se fondant sur la demande d'adaptation de la rémunération, à la procédure de règlement des litiges convenue au ch. 19 du contrat d'entreprise de la KBOB resp. au ch. 15 du contrat de mandataire de la KBOB ou à celle qui est définie dans la recommandation n° 641 510 de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS), soit, lorsque le contrat porte sur des travaux de construction, c'est l'art. 87, al. 4, de la norme SIA 118 qui s'applique.</p> <p>Examen de la demande d'adaptation de la rémunération à la lumière du droit des marchés publics</p> <p>Etablissement et signature de l'avenant au contrat initial.</p> <p>Etablissement du métré et décompte relatif aux prestations exécutées. Les prestations convenues dans l'avenant font généralement l'objet d'un décompte séparé.</p>	<p>Annnonce de modification des prestations (document n° 51 du document nécessaire pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres)</p> <p>Lettre d'approbation ou de refus</p> <p>Annnonce de modification des prestations (document n° 51 du document nécessaire pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres)</p> <p>Lettre d'approbation ou de refus</p> <p>Avenant signé par les deux parties (document n° 52a resp. 52b du document nécessaire pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres)</p>	<p>M^{ant}</p> <p>M^{aire}</p> <p>Dir.</p> <p>Déc.</p> <p>Dir.</p> <p>Dir.</p> <p>Déc.</p> <p>Dir.</p> <p>Dir.</p> <p>Dir.</p>	

M^{ant} = mandant, M^{aire} = mandataire, Dir. = direction, Déc. = décision

Lorsque la modification des prestations consiste uniquement en une augmentation ou une diminution de leur volume dans une proportion qui ne dépasse pas 20 % et que les prix convenus dans le contrat initial restent valables, on peut simplifier la procédure en consignand cette modification dans le formulaire «Avenant» (voir

Augmentation / diminution des quantités

les documents 52 a et 52 b dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres) sans pour autant conclure formellement un avenant.

6.2.2 Élaboration d'un avis de modification des prestations (formulaire)

Généralités

La partie contractante notifie sans délai à l'autre partie toute modification de l'exécution au moyen d'un avis de modification des prestations. Cet avis doit si possible se faire par écrit (voir formulaire du document 51 dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres). Cet avis contient une description de la modification des prestations et l'indication des conséquences de cette modification sur les coûts, mais ne comprend pas de prétentions financières ou de demande de prolongation des délais; celles-ci font l'objet de la demande d'adaptation de la rémunération à l'étape suivante.

Contenu

L'avis de modification des prestations contient les indications détaillées suivantes:

- définition et description de la nature et de l'étendue de la modification des prestations, y compris délimitation par rapport à toutes les influences parallèles et complémentaires sans lien de causalité avec la modification de prestations;
- indication des causes de la modification des prestations;
- liste des documents de base ayant un lien avec la modification des prestations et indication des contenus pertinents de ces documents de base;
- lien entre la modification des prestations et les éléments pertinents des documents de base et preuves concernant la modification des prestations, telles que des extraits de procès-verbaux, les bases contractuelles ou les bases de conception; les indications fournies doivent permettre de savoir comment les prestations auraient dû être exécutées selon le contrat et comment elles vont être ou ont déjà été effectivement exécutées, la comparaison entre ces deux modalités d'exécution des prestations constituant la description de la modification des prestations; on ne peut parler d'une modification des prestations que si le mandataire est capable ou aurait été capable d'exécuter les prestations initialement prévues et que si celles-ci ont fait l'objet d'un contrat;
- description de la modification des prestations concernant les conséquences sur leur déroulement, leur délai d'exécution, leur étendue, leur coût et leur qualité. Les conséquences sur les coûts ne doivent être décrites qu'en termes qualitatifs. Elles ne sont quantifiées qu'au moment de l'établissement de la demande d'avenant.

L'ampleur et la complexité d'une demande d'avenant peuvent fortement varier selon l'objet de la modification des prestations.

En cas de gestion ultérieure

Si la demande d'avenant parvient après l'exécution des prestations faisant l'objet de l'avenant, il faut justifier l'absence de communication préalable.

Formulaire

Pour les avis de modification des prestations, il faut remplir le formulaire «Annonce d'avenant» (document 51 dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres).

6.2.3 Examen de l'avis de modification des prestations

Le mandant examine dans les meilleurs délais, en se fondant sur le contrat initial, si l'avis de modification des prestations est justifié. Au terme de cet examen, il approuve ou refuse l'avis par écrit.

Examen rapide et approbation ou refus

En cas de refus, des négociations sont engagées, et le mandataire **revoit** éventuellement son avis puis le **soumet une nouvelle fois** au mandant.

Si les deux parties ne parviennent toujours pas à s'entendre, une **discussion en vue de l'élimination des divergences** est organisée au niveau hiérarchique immédiatement supérieur. Si les divergences persistent au terme de cette discussion, soit les parties recourent à la procédure de règlement des litiges convenue au ch. 18 du contrat d'entreprise de la KBOB (ou au ch. 14 du contrat de mandataire de la KBOB) ou à celle qui est définie dans la recommandation VSS 641 510 de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS), soit c'est la norme SIA 150 «Dispositions relatives à la procédure devant un tribunal arbitral» qui s'applique.

Si les conditions d'une reconnaissance de la modification des prestations et de l'identification du ou des mandataires concernés par cette dernière ne sont pas ou que partiellement remplies, la modification des prestations annoncée est considérée comme injustifiée ou comme insuffisamment justifiée et est, par conséquent, rejetée.

Il convient de mentionner la **procédure de constat urgent** décrite en **annexe de la norme SIA 150**, pertinente pour l'évaluation qualitative des avis de modification des prestations.

Procédure de constat urgent (annexe à la norme SIA 150)

Cette procédure permet de prendre une décision en constatation dans les plus brefs délais pour les questions urgentes. Une personne autorisée du secteur de la construction rend la décision en tant qu'experte-arbitre, épaulée par une personne dotée d'une formation juridique, qui joue le rôle de secrétaire (pour la procédure et les délais, voir l'art. 2 de l'annexe). Si la procédure d'arbitrage ordinaire n'est pas entreprise dans les 30 jours à compter de la remise du justificatif écrit, conformément à la norme SIA 150, la décision de constat relative au litige jugé entre en vigueur (sur les effets de la décision de constat, voir l'art. 3, al. 1, de l'annexe).

La procédure **ne concerne que** les questions **urgentes** (le caractère urgent, s'il doit être convaincant, est présumé dans certaines circonstances; cf. art. 1, al. 5, de l'annexe) et les **demandes en constatation**, afin de déterminer (cf. art. 1 de l'annexe):

- a. si le commanditaire dispose d'un droit unilatéral de modification de la commande et s'il peut donner, le cas échéant, des instructions concrètes dans l'exercice de ce droit;
- b. si l'exercice du droit unilatéral de modification de la commande implique un droit d'adaptation de la rémunération et, le cas échéant, quelle méthode sert à calculer la modification des prix fixes convenus;
- c. si l'exercice du droit unilatéral de modification de la commande implique concrètement un droit de modification des délais et, le cas échéant, comment estimer cette modification;

- d. si le commanditaire a manqué à son obligation de collaborer et, le cas échéant, si le mandataire peut de ce fait prétendre à la prolongation des délais pour l'exécution de ses prestations;
- e. si une partie a le droit de suspendre la fourniture des prestations en raison d'un manquement à certaines obligations du côté de l'autre partie;
- f. si la fourniture d'une prestation de construction (conception, direction des travaux, exécution) a été réalisée en contradiction avec les clauses du contrat.

En revanche, il n'est pas possible d'**évaluer de manière quantitative** les droits éventuels qui en résultent (par ex. droit à une rémunération supplémentaire précise). Par ailleurs, il convient de noter que ce catalogue s'avère relativement **restrictif**. Par exemple, il ne mentionne aucun moyen de déterminer un éventuel droit à une rémunération supplémentaire en cas de défaut de collaboration du mandant.

Pour que la procédure de constat urgent soit applicable, les parties doivent convenir de se soumettre non seulement à la norme SIA 150, mais **aussi** à la réglementation visée en annexe (cf. art. 1 de l'annexe). Il faut ajouter que même la norme SIA 150 et son annexe constituent des outils qui ne doivent être utilisés **qu'après un examen minutieux**. Les éventuelles lacunes (relatives par ex. à des questions) doivent être prises en compte lors de la conclusion de l'accord et de la rédaction de la clause d'arbitrage, les dispositions devant être adaptées au besoin.

6.2.4 Soumission d'une demande d'adaptation de la rémunération (formulaire)

Étapes suivant l'approbation

Après l'**approbation de l'avis de modification des prestations** et le constat de la licéité des modifications du point de vue du droit des marchés publics, la demande d'adaptation de la rémunération peut être traitée (cf. ci-dessus).

Contenu

La demande d'adaptation de la rémunération contient les **conséquences financières ou temporelles** de la modification des prestations, telle qu'arrêtée par l'approbation de l'avis de modification des prestations, et de l'augmentation ou de la diminution de la charge de travail due à cette modification.

Formulaire

Pour les demandes d'adaptation de la rémunération, il faut remplir le formulaire «Annonce de modification des prestations» (document 51 dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres).

Méthode de calcul générale

La manière de déterminer l'incidence sur les coûts et sur les délais **dépend** des circonstances, du type de modification des prestations et de la mesure dans laquelle celle-ci peut être prouvée. Aussi ne peut-on fixer de principes généraux applicables à la détermination de ces conséquences.

Calcul spécifique

Les coûts de travaux de construction sont généralement calculés sur la **base des éléments suivants**:

- Coûts directs des prestations partielles;
 - part pour les installations de chantier;
 - part pour les frais généraux de chantier;
 - part pour les autres frais généraux;
 - part pour le risque et le bénéfice.
- | | | | |
|---|---------------------|---|-----------------|
| } | frais de production | } | prix de revient |
| } | majoration finale | | |

Les coûts directs se composent des éléments suivants:

- salaires;
- matériaux;
- inventaire;
- prestations de tiers.

Le prix complémentaire est calculé sur la base des **prix contractuels**.

Rémunération calculée sur la base des prix contractuels

On distingue en principe trois **méthodes de calcul** du prix complémentaire:

- actualisation des prix;
- calcul fondé sur une base de calcul objective («prix du marché»); sur la base de calcul initiale (si le contrat prévoit des prix globaux ou unitaires) ou sur la base de calcul au moment de la modification des prestations (si le contrat prévoit des prix forfaitaires);
- contrat en régie (indemnisation des frais majorée).

L'**actualisation des prix** est la méthode la plus couramment utilisée dans la pratique pour calculer les rémunérations complémentaires, quoique son utilisation s'avère parfois contestée: on peut ainsi se demander pourquoi une entreprise doit supporter les pertes résultant d'un calcul plutôt serré du prix contractuel pour la rémunération de prestations dont elle n'avait pas connaissance au moment de la signature du contrat, et ce d'autant plus si le maître de l'ouvrage peut ordonner librement des modifications de commande ou qu'il génère des charges supplémentaires pour l'entreprise en contrevenant à ses obligations de collaborer. Toutefois, en raison des expériences acquises par la pratique, il est recommandé de recourir à la méthode de l'actualisation des prix. Celle-ci permet en outre de tenir compte du droit des marchés publics dans la mesure où les conditions auxquelles l'offre du mandataire a été retenue continuent de s'appliquer. Néanmoins, les parties doivent avoir conscience des risques: en cas de modifications importantes des prestations, il est vivement recommandé de trouver une solution (calcul des coûts) équitable pour les deux parties.

Par ailleurs, il est possible, mais recommandé seulement si l'on dispose d'une vaste expérience, de convenir de méthodes de calcul différentes selon la nature des modifications des prestations (augmentation ou diminution du volume, ajout de prestations, choix d'un autre mode d'exécution, etc.) ou selon leur cause (modification de la commande, «circonstances particulières» dues au mandant, inobservation des obligations de collaborer, etc.).

Si une méthode de calcul donnée doit être appliquée, **même en cas de désaccord** devant un tribunal (ou dans le cadre d'une autre procédure de règlement des différends), il convient de le stipuler dans le contrat en raison des incertitudes actuelles sur ce sujet. Voir notamment l'ATF 143 III 545, dans lequel le Tribunal fédéral estime, pour un contrat d'entreprise à prix forfaitaire auquel la norme SIA 118 est intégrée, qu'en l'absence d'accord entre les parties sur le prix ultérieur, les prix usuels du marché au moment de la modification de commande (base de calcul objective) étaient déterminants.

Méthode de calcul en cas de désaccord

En cas de circonstances extraordinaires, le mandataire ne peut exiger que l'ajustement, **dans une mesure raisonnable**, pour le déséquilibre patent entre la prestation et de la contre-prestation engendré par ces circonstances. Dans ce cas, il

Calcul en cas de circonstances extraordinaires

peut tout au plus être dédommagé pour les frais supplémentaires justifiés (sans majoration ou autre) et il n'a aucun droit à une indemnisation intégrale de ceux-ci.

Calcul en cas de mesures d'accélération des travaux

Si le mandant assume les coûts des mesures d'accélération des travaux, il doit uniquement supporter les **frais supplémentaires justifiés** (sans part pour risque et bénéfice; cf. art. 95, al. 3, de la norme SIA 118).

Prolongation raisonnable des délais

En cas de droit à la prolongation des délais, celle-ci doit être **appropriée** (voir notamment l'art. 90, l'art. 94, al. 2, et l'art. 96, al. 1, de la norme SIA 118). Par conséquent, à titre d'exemple, en cas d'interruption temporaire du chantier, la prolongation des délais ne couvre pas simplement la durée de cette interruption. Il est plus pertinent de **décider au cas par cas** quelle échéance offre une prolongation adaptée des délais.

6.2.5 Examen de la demande d'adaptation de la rémunération

Examen rapide et approbation ou refus

Le mandant examine **dans les meilleurs délais**, en se fondant sur le contrat initial, si la demande d'adaptation de la rémunération est justifiée. Au terme de cet examen, il approuve ou refuse l'avis par écrit.

Conséquences d'un rejet

En cas de refus, des négociations **sont engagées**, et le mandataire **revoit** éventuellement sa demande puis la **soumet une nouvelle fois** au mandant.

Si les deux parties ne parviennent toujours pas à s'entendre, une **discussion en vue de l'élimination des divergences** est organisée au niveau hiérarchique immédiatement supérieur. Si les divergences persistent au terme de cette discussion, soit les parties recourent à la procédure de règlement des litiges convenue au ch. 18 du contrat d'entreprise de la KBOB (ou au ch. 14 du contrat de mandataire de la KBOB) ou à celle qui est définie dans la recommandation VSS 641 510 de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS), soit c'est la norme SIA 150 «Dispositions relatives à la procédure devant un tribunal arbitral» qui s'applique.

Droit des marchés publics

Le chapitre 5 ci-dessus contient de plus amples informations sur les implications du droit des marchés publics.

Conséquences de l'approbation

Lorsque la demande d'adaptation de la rémunération a été approuvée et qu'il a été établi que le droit des marchés publics n'impose aucune restriction, les prestations peuvent être exécutées.

6.2.6 Avenant

Accord sur l'avenant

Une fois la demande approuvée, il faut **compléter le contrat initial par un avenant** (voir le document 52 a, pour les prestations de mandataire, et le document 52 b, pour les travaux de construction, dans les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres).

Les avenants au contrat initial sont généralement soumis aux mêmes procédures d'approbation que ce dernier. Le temps et les ressources nécessaires à ces procédures doivent être dûment pris en compte dans la planification.

Contenu

L'avenant comprend:

- a. l'objet de l'avenant, conformément à l'avis de modification des prestations (partie qualitative), et

- b. les incidences financières ou temporelles, conformément à la demande d'adaptation de la rémunération (partie quantitative).

Le décompte est effectué après l'exécution des prestations selon les modalités Facturation fixées dans le contrat.

7. Bases légales et références complémentaires

Droit des contrats de construction:

- Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)

Droit des marchés publics:

- [Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics](#) (LMP; RS 172.056.1)
- [Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics](#) (OMP; RS 172.056.11)
- [Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019](#) (AIMP 2019)

Fiches d'information et recommandations de la KBOB concernant la pandémie de COVID-19:

- Fiche d'information «[COVID-19: Travaux de construction menés pendant la situation extraordinaire au sens de l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020: indications pratiques concernant les droits découlant de la norme SIA 118 \[2013\]](#)» du 5 mai 2020
- Recommandations «[COVID-19; indications sur le versement d'une rémunération supplémentaire dans le cadre de la norme SIA 118 \(2013\) en raison de l'évolution de la situation liée à la pandémie](#)» du 25 septembre 2020
- Recommandations concernant «[la facturation des variations extraordinaires de prix des travaux de construction](#) » et «[la facturation des variations extraordinaires de prix des constructions en bois](#) » du 30 mai 2021 ainsi que «[la facturation des variations extraordinaires de prix pour l'enveloppe des édifices](#) » du 10 juin 2022.
- Fiche d'information «[COVID-19 – Travaux de construction en temps de situation particulière \(pandémie\) ; retards dans la livraison de matériaux. Informations pratiques pour trouver des solutions dans le cadre de la norme SIA 118 \[2013\]](#)» du 31 mars 2022
- Fiche d'information «[Mise en œuvre des procédures d'adjudication lors de circonstances particulières dues à la pandémie](#)» du 9 décembre 2020

Normes et règlements de la SIA (dans la mesure où ils ont été convenus dans leur intégralité, dans des parties ou dans certaines dispositions):

- Norme SIA 118 (2013): conditions générales pour l'exécution des travaux de construction
- Règlement SIA 102 (2020): règlement concernant les prestations et honoraires des architectes
- Règlement SIA 103 (2020): règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs civils
- Règlement SIA 105 (2020): règlement concernant les prestations et les honoraires des architectes paysagistes
- Règlement SIA 108 (2020): règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs mécaniciens et électriciens, ainsi que des ingénieurs spécialisés dans les installations du bâtiment

- SIA 112 (2014): Modèle «Étude et conduite de projet» (norme de compréhension)
- Dokumentation SIA D 0174 (2003): Modelle der Zusammenarbeit: Erstellung und Bewirtschaftung eines Bauwerks (disponible uniquement en allemand)

8. Bibliographie (sélection en allemand)

Généralités:

- GAUCH, Der Werkvertrag, 6^e édition, Zurich 2019;
- GAUCH/STÖCKLI (éditeurs), Kommentar zur SIA-Norm 118. Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2^e édition, Zurich 2017;
- HENNINGER, Bauverzögerung und ihre Folgen, in: BRT/JDC 2005, p. 237 ss;
- HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: *Gauchs Welt*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich 2004, p. 815 ss;
- HÜRLIMANN, Nachtragsmanagement für Unternehmer und Bauherren, in: BRT/JDC 2003, p. 80 ss;
- REY, Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Zurich 2019;
- REY, Bauverträge in unsicheren Zeiten – Hauptstück und Epilog, in: BRT/JDC 2021, p. 11 ss;
- SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag. Grundvergütung–Mehrvergütung, 2^e édition, Zurich 2017;
- SCHWARZENBERGER, Bauen in ausserordentlichen Zeiten, Eine Analyse des KBOB-Faktenblatts zur Bauausführung in ausserordentlicher Lage gemäss COVID-19-Verordnung 2, in: *Jusletter* du 14 décembre 2020;
- SPIESS/HUSER, norme SIA 118. Berne 2014;
- SPIESS, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, in: *recht 2012*, tome 4, p. 116 ss;
- STÖCKLI, Merk-Würdiges und merkwürdiges, in: BRT/JDC 2017, p. 1 ss;
- STÖCKLI, Bauverträge in unsicheren Zeiten – Prolog, in: BRT/JDC 2021, p. 1 ss.

Au sujet de l'actualisation des prix:

- MAFFINI/DUVE, Das unrühmliche Ende der Preisfortschreibung?, in BR/DC 6/2020, p. 324 ss;
- STÖCKLI, Ein wichtiges Urteil zur Nachtragsberechnung: ATF 143 III 545, in BR/DC 6/2020, p. 315 ss.

Au sujet de la norme SIA 150:

- GÄUMANN, Das Verfahren der dringlichen Feststellung gemäss SIA-Norm 150, in BR/DC 6/2019, p. 323 ss.

Au sujet du droit des marchés publics:

- BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012, ch. marg. 2547 ss et 2899 ss (en particulier les ch. marg. 2908 ss);
- BEYELER, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt, Zum vergaberechtlichen Umgang mit Verzögerungen (Teil 1), in: BR/DC 4/2017, p. 213 ss;

- BEYELER, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt, Zum vergaberrechtlichen Umgang mit Verzögerungen (Teil 2), in BR/DC 5/2017, p. 277 ss;
- JÄGER, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2018 / Marchés publics 2018, Zurich - Bâle - Genève 2018, p. 359 ss (en particulier les ch. marg. 88 ss).