

Gestion des avenants

dans les contrats d'ingénierie

La problématique ne date pas d'hier: il arrive souvent qu'un projet de construction ne puisse être mené à bien que moyennant des avenants. Or qu'est-ce qu'un avenant? Un avenant est une modification ou un complément apportés à un contrat (de construction) après la conclusion dudit contrat. Il s'agit, en deux mots, d'un écart aux termes contractuels initialement convenus. Le cas échéant se posent dès lors les questions suivantes:

1. Quel est l'objet du contrat initial?
2. Comment un avenant voit-il le jour?
3. Comment gérer un avenant?

1. Quel est l'objet du contrat initial?

Une bonne gestion des avenants commence dès la rédaction du contrat. Un règlement clair de ce qui est dû permettra en effet d'éviter, ou du moins de limiter, d'éventuels litiges ultérieurs concernant l'étendue des prestations. L'on se gardera ainsi de formulations imprécises («les normes SIA pertinentes s'appliquent») ou de concrétiser dans le contrat des notions vagues («contrôles périodiques» ou «contrôle permanent et établissement de procès-verbaux»). Il est par exemple indiqué de définir la fréquence et l'étendue des contrôles de construction – que ce soit dans le contrat lui-même ou ultérieurement.

De même, il peut valoir la peine de s'entendre sur la gestion même des avenants, notamment sur les dispositions suivantes:

- le délai d'examen d'une demande d'avenant;
- les directives de calcul pour la rémunération de prestations complémentaires à réaliser (la méthode la plus simple est la rémunération en fonction des frais effectifs, en fixant les taux horaires et les taux de régie);
- la fréquence des séances visant à discuter d'éventuelles prestations et exigences complémentaires (p. ex. inscription à l'ordre du jour des séances de projet); ces séances devraient idéalement faire l'objet d'un procès-verbal, adressé pour visa à tous les participants.

On retiendra, globalement, qu'il sera d'autant plus aisé de définir quelles prestations constituent des avenants que le contrat est précis quant à ce qui est dû.

2. Comment un avenant voit-il le jour?

Le principe du droit romain «pacta sunt servanda», qui veut que les contrats soient respectés par les parties qui les ont conclus, n'a qu'une portée limitée: dans la mesure où toutes les parties s'accordent, un contrat peut bien évidemment être modifié à tout moment.

Une modification du contrat peut être due à de multiples facteurs, que ceux-ci soient hors du champ de compétence des parties (modifications de lois, événements extraordinaires externes tels qu'inondations ou séismes, oppositions, etc.) ou imputables à l'une des parties (p. ex. du côté du mandant: mauvaise planification, informations et instructions manquantes, lacunaires ou tardives, inobservation de l'obligation de collaborer, etc.). Si le mandant peut requérir des modifications du projet ou imposer de nouvelles exigences en matière d'utilisation, le mandataire peut tout autant être à l'origine d'avenants (mauvaise planification, exécution inadéquate des prestations, etc.); dans ce cas, il ne pourra pas prétendre à une rémunération plus élevée (cf. Guide KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction, état au 1^{er} mai 2022, chiffre 3.1).

3. Comment gérer un avenant?

Dans son livre sur la gestion des avenants selon la norme SIA 118 (*Nachtragsmanagement nach SIA-Norm 118*, Berne, 2021), Thomas Risch propose à titre d'aide une méthode pratique de vérification en trois points. Cette méthode, dite «APB» pour «Anspruchsgrundlage identifizieren – Prozedere wahren – Beweise sichern» (identifier le fondement du droit, respecter la procédure et sauvegarder les preuves), se recommande pour les prestations d'ingénierie également. Examinons-en ici les principaux aspects.

Identifier le fondement du droit

Le fondement du droit constitue la base même sur laquelle naît une nouvelle demande. L'identifier doit permettre de clarifier, par exemple, les motifs d'une demande de rémunération supplémentaire ou de report des délais, et l'existence effectivement d'un droit à cet égard. Les facteurs à l'origine d'une modification des prestations sont – comme déjà dit – multiples, et il n'en va pas autrement des fondements du droit. Aussi nous concentrerons-nous ici sur deux cas de figure uniquement: la modification de projet et l'entrave à la construction:

- Dans le cas d'une **modification de projet**, il convient tout d'abord d'examiner la nature de ce qui est exactement dû selon les termes du contrat. Seul un tel examen permet de différencier les prestations dues contractuellement et indemnisées dans le cadre des honoraires convenus, de prestations nouvellement exigées et nécessitant par conséquent une modification du contrat. Il s'agira également de vérifier si la modification en question n'est pas prévue par un autre avenant et si la question de la rémunération n'a dès lors pas déjà été réglée (cf. Risch, note 34).

- Dans le cas d'une **entrave à la construction** (étant entendu par là des perturbations dans le déroulement des travaux, empêchant l'exécution correcte et dans les délais de l'ouvrage), les prestations dues contractuellement sont certes fournies, mais compliquées ou retardées. Là encore, il faut déterminer de quelle sphère de risque relève cette entrave à la construction. Si le mandant, ou ses auxiliaires, devaient par exemple manquer à leur obligation de collaboration ou être responsables de l'entrave à la construction, ils assument le risque correspondant. Il en va généralement de même en cas d'événements extraordinaires (cf. Risch, note 37). Dans certains cas en revanche, l'entrave à la construction est à attribuer au planificateur, lequel se doit la plupart du temps d'assumer lui-même ce risque et ne peut donc faire valoir de droit à une rémunération supplémentaire.

Respecter la procédure

Une fois le fondement du droit identifié, l'étape suivante consiste à examiner précisément si ont été prises dans le contrat des dispositions relatives à la mise en œuvre d'un avenant. Il faut en l'occurrence veiller à respecter la procédure applicable, en pensant notamment aux points suivants (cf. Risch, note 279):

- **Réserve d'approbation:** Un avenant doit-il être explicitement approuvé par une partie avant que son exécution puisse débiter?
- **Délais:** Un avenant doit-il être notifié dans un certain délai à respecter?
- **Obligation de dénoncer:** Existe-t-il une obligation de dénonciation envers la partie adverse, par exemple parce qu'elle aurait manqué à son obligation de collaborer?
- **Forme écrite:** A-t-il été convenu que toute modification du contrat devait se faire par écrit? La forme écrite a-t-elle été définie de manière plus précise et peut-être assouplie (p. ex. «preuve par écrit», «y compris courriels») ou l'avenant doit-il être signé à la main (exigence de la forme écrite)?
- **Condition de compétence:** Une personne a-t-elle été désignée responsable de la notification d'un avenant?

Sachant qu'une procédure non respectée ne peut souvent plus être rattrapée par la suite, il est d'enjeu majeur de réaliser cette étape correctement (cf. Risch, note 42).

«Dans la mesure où toutes les parties s'accordent, un contrat peut bien évidemment être modifié à tout moment.»

Sauvegarder les preuves

Chaque partie doit, en principe, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 du Code civil suisse). En cas de litige relatif à un avenant, il revient dans la plupart des cas au planificateur de devoir prouver, par exemple, l'existence d'une modification des prestations par rapport au contrat initial et le fait que cette modification est directement imputable au mandant ou à ses auxiliaires ou peut leur être imputée d'une quelconque autre manière. Le planificateur devra en outre établir la preuve que les inconvénients qu'il aura eu à subir (travail et coûts supplémentaires) découlent de ladite modification des prestations, et que son évaluation des surcoûts et autres dépenses supplémentaires est correcte.

Au vu de ce qui précède, l'on ne saurait que recommander la notification par écrit de tout avenant, attestant non seulement la nature de la nouvelle prestation mais également les répercussions en termes de coûts et de délais. Il faut veiller à cet égard à ce qu'une exigence de la forme écrite ait été convenue. À défaut, un courriel de confirmation ou un procès-verbal de réunion, par exemple, peuvent suffire à titre de preuve.

Conclusion

Établir un contrat équivaut à envisager d'emblée d'éventuels avenants, d'une part en définissant aussi précisément que possible l'objet du contrat, et d'autre part en établissant des règles claires et réalisables quant à la gestion desdits avenants (fréquence des séances consacrées aux prestations complémentaires, directives de calcul desdites prestations, etc.). Si des charges supplémentaires, en travail et en coûts, sont à prévoir, il vaut la peine d'en informer le mandant en temps utile et de manière proactive, et de consigner cette information par écrit. Et enfin, veiller à ce que les règles relatives aux avenants (exigence de la forme écrite, délais) soient toutes et toujours respectées.

«Si des charges supplémentaires, en travail et en coûts, sont à prévoir, il vaut la peine d'en informer le mandant en temps utile et de manière proactive, et de consigner cette information par écrit.»