



Marchés privés à forfait

Eviter les révisions intempestives du contrat en cas de changement de circonstances

Les impacts de la réforme du droit des contrats doivent être anticipés.

Par **Julie Gomez-Balat**, avocate au barreau de Paris, chargée d'enseignement à l'université Paris-II (Panthéon-Assas)

Les règles générales applicables aux contrats de droit privé ont été réformées par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable depuis le 1^{er} octobre dernier. La réforme ne manque pas de susciter un certain nombre de questions en matière de droit de la construction. Se pose, en particulier, celle de l'impact de l'admission générale de la révision pour imprévision (nouvel article 1195 du Code civil) sur le régime du marché à forfait.

Le rejet, depuis 1876, de la révision pour imprévision en droit privé

L'imprévision se définit comme un changement imprévisible de circonstances rendant, pour l'une des parties à un contrat, l'exécution de ses obligations particulièrement onéreuse. Saisies

de manière récurrente par des contractants rencontrant des difficultés en cours d'exécution, les juridictions faisaient jusqu'ici preuve de fermeté en la matière.

Le juge sans pouvoir face à la volonté des parties. Le contrat, rien que le contrat, décidait la Cour de cassation depuis son célèbre arrêt « Canal de Craponne » du 6 mars 1876. La haute juridiction jugeait ainsi que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Jusqu'au 1^{er} octobre 2016, l'imprévision n'ouvrait donc aucun droit à révision des contrats de droit privé.

Il en va différemment pour les contrats administratifs, le Conseil d'État ayant admis le jeu de l'imprévision en la matière depuis son (tout aussi célèbre) arrêt «Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux» du 30 mars 1916.

Compatibilité du régime du marché à forfait avec le rejet de l'imprévision

Le contrat, rien que le contrat... ou presque!, précise, lui, l'article 1793 du Code civil en matière de marché à forfait. Dans ce contrat très utilisé en pratique, le Code civil prévoit en effet que l'entrepreneur «ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire». Le principe est donc celui de l'immutabilité du prix convenu lors de la conclusion du contrat.

Indifférence des circonstances imprévisibles. Jusqu'ici, on pouvait voir dans le régime du marché à forfait une application spécifique de l'interdiction de la révision du contrat pour imprévision. Même si des travaux supplémentaires s'avéraient nécessaires en cours d'exécution, aucun supplément de prix ne pouvait être réclamé par l'entrepreneur. En acceptant de conclure un marché à forfait, l'entrepreneur avait accepté de supporter les aléas de l'opération qui lui était confiée. Il ne pouvait donc se prévaloir d'une mauvaise appréciation des quantités nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, d'une augmentation des coûts des matériaux et de la main-d'œuvre ou encore de circonstances économiques imprévisibles pour réclamer des règlements supplémentaires (1). Jusqu'alors, le droit spécial de la construction rejoignait donc le droit commun.

Les (rares) possibilités de sortie du forfait. Les seules exceptions à l'immutabilité du prix admises par les tribunaux concernaient des situations dans lesquelles les travaux supplémentaires avaient été réalisés à la demande du maître d'ouvrage et non à la seule initiative de l'entrepreneur.

Aussi, pour accueillir les demandes des entreprises, les juges s'attachaient à vérifier strictement l'existence soit d'un accord préalable du maître d'ouvrage, soit d'une acceptation expresse et non équivoque des travaux par ce dernier, soit encore d'un bouleversement de l'économie du contrat dont le maître d'ouvrage devait être à l'origine.

L'articulation du forfait avec la norme Afnor NF P 03-001. Compte tenu de ces rares possibilités de sortie du forfait, les entreprises pouvaient par ailleurs tenter d'arguer de la soumission de leur marché forfaitaire à la norme Afnor NF P 03-001 (2) pour solliciter des règlements supplémentaires.

Cette norme, à laquelle se réfèrent fréquemment les marchés privés de travaux, prévoit en son article 9.1.2 que «les prix du marché [...] rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles» et admet des possibilités de paiements supplémentaires en son article 11. Toutefois, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser, à propos d'autres articles de la norme, que «les règles établies par la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales» et en particulier sur celles de l'article 1793 du Code civil (3). Dès lors qu'était fait le choix du marché à forfait, les règles de l'article 1793 devenaient impératives et s'imposaient aux parties (4).

La soumission du marché forfaitaire à la norme Afnor NF P 03-001 ne permettait donc pas davantage la prise en compte d'événements imprévisibles pour sortir du forfait.

La consécration de la révision pour imprévision en droit commun des contrats

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit commun des contrats, la révision pour imprévision a une existence légale. C'est l'une des nouveautés majeures du dispositif. Le nouvel article 1195 du Code civil dispose que :

«Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

Désormais, les parties à un contrat devenu déséquilibré du fait de la survenance de circonstances imprévisibles au moment de leur accord sont tout d'abord tenues de renégocier le contrat. Ensuite, à défaut d'accord - ce qui donne toute sa force à l'obligation de renégocier et en fait un puissant incitatif -, le juge se voit reconnaître le pouvoir d'adapter le contrat, ce que la Cour de cassation refusait jusqu'à présent.

Inquiétudes pratiques. Ce nouveau pouvoir du juge ne manque pas, d'ores et déjà, d'inquiéter les professionnels. Outre la question de savoir si le juge est le mieux placé pour se substituer aux parties dans la révision des clauses du contrat, quelles garanties existent pour assurer le maintien de l'équilibre initial

Ce qu'il faut retenir

► La réforme du droit des contrats est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. La révision pour imprévision, jusqu'ici refusée en jurisprudence, fait partie des innovations majeures de la réforme.

► En vertu de l'article 1195 du Code civil, les parties à un contrat devenu déséquilibré du fait de la survenance de circonstances imprévisibles sont désormais soumises à une obligation légale de renégociation du contrat. En cas de refus ou d'échec de cette renégociation, le juge aura le pouvoir de réviser le contrat. Cela aura-t-il un impact sur l'immutabilité du prix du marché à forfait de l'article 1793 du Code civil ?

► Le nouvel article 1105 du Code civil répond à ces interrogations : en cas d'incompatibilité entre une règle spéciale et une règle générale, la règle spéciale prime. Les règles particulières du marché à forfait (article 1793 du Code civil) devraient donc conduire à écarter la révision pour imprévision du nouvel article 1195 du même code.



→ et de l'économie du contrat? Quelles seront les limites au pouvoir du juge? Autant d'interrogations auxquelles les juridictions devront répondre dans les années à venir.

Incidences de la consécration de l'imprévision en matière de marché à forfait

A côté de ces questions générales se révèle, en droit de la construction, la problématique de la coexistence des dispositions de l'article 1793 du Code civil (restant inchangées) avec celles du nouvel article 1195. Par l'effet de la réforme, le marché à forfait va-t-il se retrouver dans le giron du droit commun et être confronté au risque de révision du prix forfaitaire en cas de circonstances imprévisibles rendant l'exécution du marché particulièrement onéreuse pour l'entreprise (5)?

Négation de l'économie du marché à forfait. Une telle perspective pourrait certes permettre à des entreprises de sortir de situations devenues inextricables qui, relevons-le au passage, ont parfois pour origine la présentation, dans un contexte très concurrentiel, d'offres forfaitaires particulièrement basses mais intenables en pratique... Admettre la révision intempestive du marché à forfait pour imprévision ne serait toutefois pas opportun: en effet, la solution apparaît manifestement contraire à l'économie même du marché à forfait.

Par l'introduction *in extremis* d'un nouvel article 1105 du Code civil au sein des dispositions liminaires du droit commun des contrats, le législateur a donné une clé de réponse ferme à cette interrogation. Cet article dispose que «les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières».

Dérogation aux règles générales. En matière contractuelle, le Code civil consacre ainsi le célèbre adage «*Specialia generalibus derogant*», selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales. En d'autres termes, en cas d'incompatibilité entre une règle spéciale et une règle générale, c'est la première qu'il y a lieu d'appliquer.

Dès lors, les règles particulières de l'article 1793 du Code civil du marché à forfait devraient en principe écarter celles de l'article 1195 introduisant la révision pour imprévision en droit commun des contrats. En plus d'apparaître conforme à l'esprit du marché à forfait, cette solution n'apparaît-elle pas également en adéquation avec l'article 1195 lui-même? On a effectivement pu soutenir qu'en acceptant de conclure un marché à forfait, l'entrepreneur acceptait les aléas liés à l'opération et, ainsi, acceptait d'en assumer les risques, lesquels ne sont donc pas, par définition, imprévisibles (6).

Pour une sécurisation des marchés à forfait à venir

Bien que la loi semble ainsi aller dans le sens d'une exclusion de la révision pour imprévision dans les marchés à forfait, trop de précautions ne sont jamais inutiles et on ne saurait que conseiller aux parties de sécuriser encore leurs marchés.

Pour davantage de sécurité, on pourrait par exemple proposer aux maîtres d'ouvrage de prévoir dans leurs marchés une clause en vertu de laquelle «les seules causes de révision du prix forfaitaire convenu sont celles issues de l'article 1793 du Code civil, à l'exclusion de toute autre et de celles notamment issues de l'article 1195 du même code et de la norme Afnor NFP 03-001 applicable au présent marché». ●

(1) Cass., 3^e civ., 20 novembre 2002, n°00-14423: «Qu'en statuant ainsi, alors que les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...]».

(2) La norme Afnor NFP 03-001 est le «cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés». Elle s'applique uniquement aux marchés qui s'y réfèrent expressément.

(3) Cass., 3^e civ., 11 mai 2006, n°04-18092; Cass. civ. 3^e, 24 mars 2009, n°08-12768.

(4) Cyrille Charbonneau, «La réception de la norme Afnor P 03-001 par la jurisprudence», «Revue de droit immobilier 2009», p. 628.

(5) Hugues Périnet-Marquet, «L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction», «Revue de droit immobilier 2015», p. 251.

(6) Propos conclusifs du colloque de l'AFDC (Association française pour le droit de la construction) du 1^{er} avril 2016, Hugues Périnet-Marquet, «Revue de droit immobilier 2016», p. 365.