

PAR MARIE GITTON



## HAUSSE DES PRIX DES MATÉRIAUX

# QUELS MÉCANISMES JURIDIQUES ACTIONNER ?

**Depuis de nombreux mois, les acteurs de la construction sont confrontés à une hausse très importante des prix des matériaux et des matières premières, en plus des délais d'approvisionnement qui s'allongent. Les entreprises paient plus cher les éléments constitutifs de l'ouvrage et s'interrogent pour savoir comment elles peuvent répercuter cette hausse sur le cocontractant. Rappel des principales clauses à prévoir et des circonstances à invoquer avant ou après la conclusion d'un contrat.**

**E**n plus des difficultés d'approvisionnement, la hausse des prix se poursuit. Cette situation a une influence différente en fonction des acteurs concernés. Les grandes opérations, à l'échelle française ou internationale, sont souvent encadrées par des contrats très détaillés qui prévoient ce type d'aléas. En revanche, les opérations moins importantes ne disposent pas toujours de contrats adaptés et sont donc confrontées à des difficultés accrues.

En réaction à la volatilité importante du prix des matières premières, des dispositions spécifiques ont été prises par le Gouvernement pour les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits agricoles et alimentaires, mais ce n'est pas le cas pour la construction. Que ce soit pour les contrats en cours ou pour les contrats à venir, étudions les clauses qui peuvent être insérées dans les contrats ou les mécanismes juridiques qui peuvent être invoqués.

En cas d'augmentation significative des coûts de l'opération, si l'on souhaite répercuter l'augmentation des coûts de la construction sur le maître d'ouvrage ou l'entreprise générale, le premier réflexe est de se référer au contrat. En effet, en vertu d'un principe constant, les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits (article 1103 du Code Civil). Plusieurs clauses peuvent y être mentionnées : renégociation d'indexation ou d'actualisation et suspension de délai.

Association Unac (Union des acteurs de la construction)  
Marie Gitton, avocate



### Les clauses de renégociation

Il peut être prévu, dès la signature du contrat, la possibilité de le renégocier ultérieurement. Cette clause, définie par les parties, précise les conditions et les seuils de déclenchement de la renégociation, comme la survenance d'un événement extérieur ou la nécessité d'un bouleversement de l'équilibre du contrat. La situation actuelle, dans certains domaines de la construction, pourrait s'apparenter à un bouleversement de l'équilibre contractuel car le coût des matériaux est tellement élevé, qu'ajouté à la main-d'œuvre, le contrat devient inégal.

Cependant, il est souvent précisé que les événements doivent être « imprévisibles ». Mais peut-on considérer que les fluctuations des coûts sur un marché de plus en plus international ne sont pas un événement prévisible par un constructeur ? En effet, les constructeurs savent qu'il y a une fluctuation des prix. Il faut donc jouer sur le fait que c'est le caractère soudain, anormal et exceptionnel de la hausse qui justifie le déclenchement de la clause de renégociation. Si cette clause n'est pas mentionnée au contrat, il peut être utile d'envisager de l'insérer dans les contrats en cours de négociation.

### Les clauses d'indexation ou d'actualisation

Ces clauses sont courantes dans les contrats de construction de maisons individuelles ou les ventes en l'état futur d'achèvement mais peuvent aussi être

mentionnées dans les contrats de louage d'ouvrage. L'indice de référence en la matière est l'indice national du bâtiment (BT01), c'est-à-dire l'indice du coût de construction. Il concerne la totalité des activités du bâtiment tous corps d'état confondus et tient compte de l'évolution des coûts de différents paramètres comme les charges et les salaires, les matériaux de production ou encore les frais d'énergie.

Les clauses d'indexation font référence à cet indice et permettent ainsi de réactualiser le prix de certaines prestations au regard de son évolution. Cependant, cet indice est publié avec un décalage de trois mois. Or, ces derniers mois, il a été observé que les fluctuations des facteurs à considérer étaient tellement rapides que la mise en œuvre de ces clauses ne permettait pas toujours la prise en compte de la situation réelle des constructeurs. Il faut savoir qu'en fonction des contrats la clause d'indexation peut être activée en une seule fois ou à chaque échéance de paiement, cette dernière hypothèse étant plus favorable au constructeur au regard des mouvements rapides observés. La rédaction de ces clauses dans les contrats permet tout de même au constructeur de faire peser sur le maître d'ouvrage ou l'entreprise générale une partie de l'augmentation subie.

### Les clauses de suspension de délai

Autre mécanisme pouvant être actionné : les clauses de suspension de délai. Elles permettent de jouer sur la temporalité et d'attendre des conditions plus favorables. Il faut néanmoins que la clause soit rédigée de façon à faire référence à des éléments objectifs et vérifiables. L'évènement qui déclenche la suspension doit être mentionné par le constructeur – documents à l'appui – pour justifier son déclenchement.

Ainsi, si les contrats mentionnent ces clauses, il ne faut pas hésiter à les faire valoir. Pour les contrats à venir, leur insertion dans les marchés doit être envisagée afin de se protéger des fluctuations du marché. Sans clause contraire, les prix acceptés ne peuvent pas être modifiés. En droit public également, les prix contractualisés sont en principe intangibles car ils sont considérés comme des éléments essentiels du marché qui ne peuvent évoluer au cours de son exécution sans porter atteinte aux conditions de la mise en concurrence (Conseil d'État, 15 février 1957, n° 14891). Il faut alors tenter d'invoquer certaines dispositions qui montrent quelques faiblesses et inadaptations à la situation actuelle mais qui ont le mérite d'exister. Il n'y a pas encore de jurisprudence sur le cas particulier de l'augmentation du coût de la construction mais des décisions dans des cas similaires ont été rendues.

### Théorie de l'imprévision... Jurisprudence historique

L'imprévision dans les contrats a connu une réelle évolution en droit français. Dans un arrêt très connu appelé « Canal de Craponne » rendu le 6 mars 1876, la Cour de cassation avait refusé de prendre en considération la survenance d'un événement imprévu pour modifier un contrat. Pour l'histoire, des conventions avaient été conclues au XVI<sup>e</sup> siècle pour la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation de la plaine d'Arles. Trois cents ans plus tard, la redevance étant devenue dérisoire, l'entreprise d'irrigation avait demandé son augmentation. La Cour de cassation avait censuré l'arrêt d'appel qui avait admis cette hausse au motif que l'article 1134 du Code civil, selon lequel le contrat fait la loi des parties, faisait obstacle à « toute considération de temps et d'équité ». Cette jurisprudence s'est appliquée durant des années.

Mais l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à « la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » a habilité le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance sur la réforme du droit des contrats. Il a aussi permis d'ajouter l'article 1195 au Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui stipule la position suivante : « 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. À 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. »

Ainsi, en cas de changements importants rendant le contrat déséquilibré, une des deux parties peut demander de le renégocier, et si la renégociation ne fonctionne pas, y mettre fin. La difficulté d'application de ce texte reste le caractère imprévisible. C'est encore une fois ce qu'il faudra démontrer. Notons que même si on applique cette théorie, la partie qui sollicite la renégociation doit continuer à exécuter ses obligations pendant la renégociation.

Ce mécanisme n'est pas d'ordre public et peut donc être écarté du contrat par le maître d'ouvrage ou le cocontractant. Il faut donc être vigilant sur ce point.

En matière de droit public, la théorie de l'imprévision est obligatoirement prévue. Les marchés publics sont contraints de prévoir ces clauses sous forme d'indemnisation de l'intervenant si ce dernier démontre que sa situation remplit les conditions d'imprévision. L'indemnité accordée ne peut cependant >>>

**“En cas de changements importants rendant le contrat déséquilibré, une des deux parties peut demander de le renégocier, et si la renégociation ne fonctionne pas, y mettre fin”**

couvrir qu'une partie du déficit subit car l'administration considère qu'il doit prendre à sa charge le coût de l'aléa économique normal inhérent à tout contrat (Conseil d'État, 21 octobre 2019, n° 419155), lequel est souvent de 10 % restant à sa charge.

## La force majeure

L'article 1218 du Code civil prévoit qu'«il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur». Cet article précise que «si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1» du Code civil.

Pour être constitutif d'un cas de force majeure, l'évènement invoqué doit donc revêtir les caractéristiques cumulatives d'être imprévisible, irrésistible et extérieur. En matière de fluctuation de prix, l'irrésistibilité et l'imprévisibilité sont au cœur de la discussion. Dans un arrêt rendu en matière d'augmentation du coût de l'acier dans le secteur automobile, la cour d'appel de Paris a retenu les points suivants (cour d'appel de Paris, 14<sup>e</sup> ch., section A, 28 janvier 2009, n° 08/17748) : «La société X ne saurait se retrancher derrière la force majeure, résultant de l'augmentation du prix du minerai de fer qui lui aurait été appliquée par ses propres fournisseurs, sidérurgistes, alors que, comme la fort justement relevé le premier juge, une telle hausse n'était ni irrésistible ni imprévisible ; qu'en effet, la hausse des matières premières, ainsi qu'il a été observé dans l'ordonnance, était à l'ordre du jour depuis au moins un an – en réalité, selon les articles de presse et l'évolution du marché de l'acier, environ quatre ans –, ce qu'un professionnel intégré à cette filière – ce fait n'étant pas contesté par la société X – ne pouvait ignorer ; que cette augmentation n'était pas non plus irrésistible, l'obligation dans laquelle se serait trouvée la société X de répercuter ladite hausse, n'étant, surtout dans un contexte d'évolution rapide du marché, comme en témoigne la baisse des prix survenue depuis le prononcé de l'ordonnance, pas nécessairement immédiate.»

Cette décision incite à penser que l'analyse des juges pourrait être identique en matière de droit de la construction d'autant que certains estiment que dès lors que l'on demande une augmentation de prix, il n'y a pas d'impossibilité d'exécuter. En outre, même à considérer les conditions de la force majeure réunies, ses effets sont la suspension de l'exécution pour l'empêchement temporaire ou la résolution pour un empêchement définitif, et non un paiement complémentaire. Dans le cadre des marchés publics, la force majeure peut également être invoquée, le juge administratif considérant que l'imprévisibilité s'apprécie au regard de ce qu'un contractant normalement diligent peut prévoir. Il admet ainsi qu'un évènement en lui-même prévisible peut avoir des conséquences imprévisibles par leur ampleur. De même, l'irrésistibilité de l'évènement s'apprécie au regard des moyens dont dispose le contractant pour exécuter ses obligations.

**“Dans tous les cas, les contrats de droit français doivent être exécutés de bonne foi et ce point peut aussi être rappelé pour trouver des accords dans des situations complexes dont les enjeux sont souvent importants puisqu'ils entraînent des préjudices en cascade pour tous les intervenants”**

Évoquons le cas particulier des marchés à forfait régis par l'article 1793 du Code civil qui dispose que «lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il 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.» Dans un arrêt rendu le 20 novembre 2022, la Cour de cassation a rappelé que les circonstances imprévisibles, ici des charges supplémentaires, n'étaient pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat au visa de cet article (C. cass., 3<sup>e</sup> ch. civ., 20 novembre 2022, n° 00-14.423).

## Mécanisme à privilégier : la médiation

Avant tout contentieux, il ne faut pas oublier que l'augmentation des coûts de la construction s'accompagne d'une augmentation générale des prix dans de nombreux secteurs. Les acteurs du BTP (maîtres de l'ouvrage, entreprises...) sont parfaitement au fait de la situation. Le droit français incite de plus en plus les parties aux modes alternatifs de règlement des conflits et la situation actuelle est une occasion de les mettre en œuvre en cas de difficulté de trouver des accords sur les chantiers.

Rappelons que l'article 1530 du Code de procédure civile prévoit la possibilité de mettre en œuvre la médiation ou la conciliation conventionnelles et les définit comme un «processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence». Ces mécanismes ont un avantage : les médiateurs et conciliateurs sont soumis à une obligation de confidentialité. Dans les contrats, il peut être prévu une clause de médiation obligatoire, ou alors cette dernière peut être sollicitée par la partie qui le souhaite.

Ainsi, il faut en premier lieu se référer au contrat et voir ce qu'il prévoit. Ensuite, il convient dans tous les cas d'échanger, de négocier, même en cours de chantier, et en cas de contentieux, il ne faut pas hésiter à mettre en œuvre les modes alternatifs de règlement des litiges afin de parvenir à une solution négociée. Outre des clauses spécifiques qu'il faut désormais envisager d'inclure dans les contrats sur cette question précise de révision des prix, il s'avère important également d'anticiper les conséquences annexes de cette hausse du coût de la construction et de la pénurie des matériaux comme une adaptation des délais d'exécution ou des clauses sur les pénalités de retard.

Dans tous les cas, les contrats de droit français doivent être exécutés de bonne foi et ce point peut aussi être rappelé pour trouver des accords dans des situations complexes dont les enjeux sont souvent importants, puisqu'ils entraînent des préjudices en cascade pour tous les intervenants. ■

**Association Unac (Union des acteurs de la construction) – Marie Gitton, avocate**

