

GESTION DU RISQUE IMPRÉVISIBLE : HISTOIRE ET ACTUALITÉ

NOMBREUX SONT CEUX QUI ONT DÉJÀ TRÈS UTILEMENT ÉCRIT OU SONT INTERVENUS SUR LA QUESTION DE L'IMPRÉVISION ET NOUS DEVONS BEAUCOUP AUX ÉCLAIRAGES STRUCTURANTS QU'ILS ONT APPORTÉS. L'ACTUALITÉ DE CRISE ÉTANT TOUJOURS BRÛLANTE, IL NOUS A PARU NÉCESSAIRE DE CONTRIBUER À NOTRE TOUR, DANS LE REGISTRE DE CONTRACT MANAGEMENT QUI EST LE NÔTRE ET DANS LE CADRE DE CE JOURNAL DE L'AFCM.



Anne Delorme,
Senior Contract Manager
Grands projets chez
Piman Executive

Voici quelques rappels brefs et concrets à avoir en tête avant d'aborder le fond :

- **Imprévision et autres clauses :** si la clause d'imprévision s'apparente à la clause de *hardship*, de *change in law* ou à la clause de sauvegarde, elle est bien distincte des clauses de renégociation, de rencontre, de révision, d'indexation, ou de *Material Adverse Change*.
- **Imprévision et force majeure :** la force majeure entraîne la suspension légitime de ses obligations par la partie affectée qui se trouve totalement empêchée, quand la circonstance d'imprévision rend le contrat beaucoup plus onéreux et déséquilibré au détriment d'une partie sans toutefois la priver de toute action, ce qui ne permet pas de l'exonérer de ses engagements.
- **Imprévision et durée dans le temps :** l'imprévision concerne tous les contrats mais en pratique, ce sont tout naturellement ceux qui ont une certaine durée dans le temps qui y sont le plus exposés.

PANORAMA HISTORIQUE : LES CONSTRUCTIONS DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE DEPUIS LE XIX^e SIÈCLE

I. EN DROIT ADMINISTRATIF

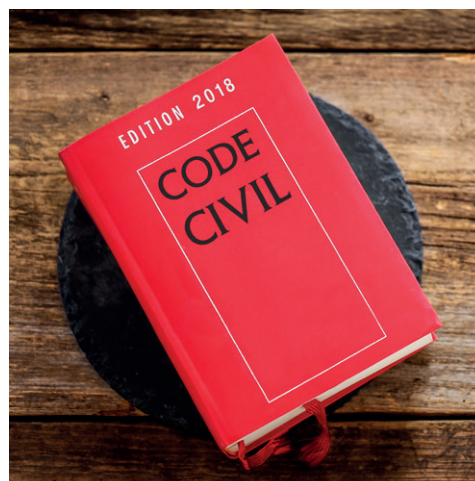
La théorie de l'imprévision est issue d'une longue jurisprudence du Conseil d'Etat initiée par l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" de 1916 (CE, 30 mars 1916, n° 59928). Les événements affectant l'exécution du contrat doivent être imprévisibles, extérieurs aux parties, bouleverser l'économie du contrat et, suivant le critère ajouté par la décision CE 9 décembre 1932, n° 89655, « Compagnie de tramways de Cherbourg », temporaires. La Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques prévoit et clarifie de nombreux éléments sur l'imprévision et précise notamment en article 2.2 que : « Les juridictions administratives ont été conduites à tempérer, dans certains cas, les effets de l'obligation impérative qui pèse

sur le titulaire d'un marché public d'en poursuivre l'exécution, sauf cas de force majeure. Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, elles ont admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes qu'il a subies, sans pour autant garantir un bénéfice au titulaire. »

La théorie de l'imprévision a été codifiée tardivement par l'article 6-3° du Code de la Commande Publique (CMP) le 1^{er} avril, 2019 : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs (...). À ce titre (...): 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité (...) ».

II. EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

L'historique en droit civil est très différent. Le Code Napoléon comporte l'exception de la force majeure mais pas celle de l'imprévision. Et la Cour de Cassation, avec autant de constance que le Conseil d'Etat – mais en sens inverse - refuse, comme le législateur, la notion d'imprévision depuis la





66

L'article 1195 du code civil a finalement introduit la notion d'imprévision dans le droit civil français.

99

décision Cass. Civ. 6 mars 1876 « Canal de Craponne ». Pacta sunt servanda : au nom de la sécurité juridique, la force obligatoire des contrats (art. 1103 Cod. Civ.) et leur modification possible exclusivement sur consentement mutuel (art. 1193 Cod. Civ.) constituent des principes absolus que l'imprévision ne saurait remettre en question. Hormis la force majeure, il n'y a pas d'excuse légitime pour s'exonérer d'un engagement souscrit et promis au partenaire.

Cependant, une jurisprudence relativement tardive (depuis les années 1995-2005) de la chambre commerciale de la Cour de Cassation a semblé assouplir un peu cette position, par exemple : CA Nancy, 26 sept. 2007, n° 06/02221 ; Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 Expovit ; Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 Huard ; Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357 Chevassus-Marche. Nous ne pouvons ici que les citer, mais ces décisions (et il y en a d'autres) méritent d'être examinées.

De manière parallèle et totalement indépendante de ce frémissement de notre jurisprudence, les contrats anglo-saxons fondés sur les principes du Common Law et les divers modèles de conditions générales établis par les ingénieurs-conseils (FIDIC, par exemple) sont venus influencer considérablement la pratique contractuelle dans les grandes entreprises françaises. Or, ces modèles comportent presque systématiquement une clause de hardship. Ainsi l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 28 septembre 1976, «EDF. c. Sté Shell Française», largement antérieur à la réforme de 2016, est rendu sur la base d'une clause de sauvegarde, de type hardship, qui obligeait les parties à renégocier en cas de circonstance imprévisible modifiant l'équilibre du contrat.

C'est dans le prolongement de cette évolution, que s'impose finalement l'art. 1195 du Code Civil issu de l'ordonnance du

10 février 2016, qui a drastiquement cristallisé le mouvement en introduisant directement la notion d'imprévision en droit civil. Il constitue donc une innovation majeure, qui n'a pas été sans peine puisque le projet s'est aussi heurté à la résistance du Sénat qui voulait limiter l'intervention du juge à la résolution du contrat, sans lui laisser le pouvoir de le réviser. « 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. »

Ces orientations si divergentes entre droit public et privé soulèvent question. Ne faut-il pas se rappeler simplement que les perspectives ne sont pas exactement identiques. En effet, à la différence de l'imprévision en droit privé, l'imprévision du droit administratif n'est pas bilatérale : rédigée au profit des deux parties, mais consentie par l'autorité contractante acheteuse (qui a l'obligation de payer) au titulaire du marché (qui a l'obligation de faire).

Ce n'est pas l'autorité contractante qui est le plus naturellement exposée à la survenance d'événements imprévisibles dans les contrats de droit public, mais bien les cocontractants, notamment en matière de concessions, du fait de leur très longue durée. Or, les contrats de droit public constituent des modes d'organisation du service public. Et la continuité du service public n'est pas négociable.

Pour la garantir, il est donc nécessaire de s'assurer que le titulaire soit en mesure de poursuivre ses obligations même si des circonstances imprévisibles surviennent et, à cet effet, il est indispensable de sauvegarder le contrat. C'est très clairement cette préoccupation qui inspire l'art.3.1 de l'Ordonnance 1974 : « Le bouleversement de l'économie d'un marché donne lieu, lorsqu'il est dûment établi, à l'octroi d'une indemnité mais en soi, il ne justifie pas la résiliation du marché ».

A contrario, en droit civil, c'est l'engagement, tel que souscrit à l'origine du contrat, que l'on préfère sauvegarder, jusqu'à la rupture éventuelle, plutôt que l'existence du contrat lui-même.

À TRAVERS UNE ACTUALITÉ MARQUÉE PAR DES CRISES AIGUES : L'EXÉCUTIF INTERVIENT ACTIVEMENT – PAS SEULEMENT SUR LE FONDEMENT DE L'IMPREVISION, EN VUE D'ATTENUER LES CONSÉQUENCES

Les ordonnances du 25 mars 2020 prises par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire résultant du Covid 19 ont imposé différentes mesures pendant une certaine période, visant à éviter que l'exécution des contrats de droit public ne cause une charge excessive à leurs titulaires et que des réclamations ne leur soient adressées en cas de retard. En cas de résiliation, les titulaires devaient être indemnisés des dépenses engagées et en cas de suspension, la reprise devait être accompagnée des avenants nécessaires à leur profit. Pour les concessionnaires, une avance pouvait être versée en cas de suspension ainsi qu'une indemnisation en cas de surcoût d'exécution. En droit privé, les astreintes et les clauses prévoyant une sanction ou l'arrêt du contrat en cas de retard, ont été déclarées inapplicables du 12 mars au 25 juin 2020.

Le 30 mars 2022, Jean Castex, a émis une circulaire n°6338-SG, afin d'apporter un éclaircissement sur les solutions pouvant être mises en place au regard de la « circonstance exceptionnelle » de hausse de prix en encourageant la pratique de la révision pour imprévision des contrats, autant publics que privés, sans pour autant l'imposer. Même si la circulaire concernait plutôt les contrats de la commande publique, elle se souciait aussi, comme la précédente, des contrats de droit privé en évoquant la possibilité d'appliquer le même mécanisme pour en sauvegarder l'économie.

Puis, devant les difficultés d'application de cette circulaire, en particulier sur les modalités de compensation des surcoûts subis par les entreprises titulaires et également confronté à un manque de précision sur les modifications possibles en cas de circonstances imprévisibles dans les directives européennes de 2014 sur les marchés publics et les contrats de concession, et leur codification en droit interne et à défaut de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ou du Conseil d'État sur la question depuis leur entrée en vigueur, le Gouvernement a interrogé le Conseil d'État sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats pour faire face à des circonstances imprévisibles, ainsi que leur articulation avec la théorie de l'imprévision.

Dans son avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022, le Conseil d'État vient ainsi d'admettre que si les clauses financières contractuelles, dont le prix, convenues par les parties ne peuvent, en principe, être modifiées, il est néanmoins possible de déroger à ce principe dans les conditions fixées par les Directives de 2014 transposées dans le CMP. Les parties peuvent donc convenir, dans ces situations, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique dans les conditions prévues par le droit de la commande publique (articles R. 2194-5 et R. 3135-5 CMP) si la modification envisagée est :

- justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences onéreuses excèdent ce qui pouvait être raisonnablement prévu par les parties ;
- limitée à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles ;
- ne dépasse pas 50 % de la valeur du contrat initial.

De plus, l'indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision constitue un droit pour le titulaire et peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision.

La circulaire du 29 septembre 2022 prise par Elisabeth Borne vient implémenter cet avis du Conseil d'Etat et se substituer à la circulaire du 30 mars 2022. Elle indique aussi : « *Lorsqu'ils sont des contrats de droit privé, les contrats de la commande publique peuvent être renégociés en application de l'article 1195 du Code civil.* »



Toujours sur l'égide du Gouvernement, la charte signée le 5 octobre 2022, incite les fournisseurs d'énergie à « respecter le principe selon lequel l'ensemble des conditions contractuelles conclues, dans des contrats en cours, ne sont pas remises en cause par le fournisseur de manière unilatérale au détriment du consommateur, dans les limites prévues par le cadre juridique en vigueur notamment en matière d'équilibre contractuel. Dans le cas particulier où des clauses d'évolutions unilatérales seraient prévues dans les conditions contractuelles initiales, le fournisseur s'engage à les formuler de manière claire et compréhensible pour son client avant la signature du contrat. »

On peut noter que toutes les mesures mentionnées ici traitent principalement des contrats de droit public. Cependant, tout en veillant avec beaucoup de soin à ne pas s'imposer ni s'immiscer dans les conventions de droit privé, elles y font une référence prudente mais « incitative ».



66

Le gouvernement a interrogé le conseil d'État sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats pour faire face à des circonstances imprévisibles.

99

LES RESSOURCES DU DROIT POSITIF DANS LE CONTEXTE ACTUEL

I. EN DROIT ADMINISTRATIF

Voici un aperçu de la fiche technique de la Direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, dans sa version du 21 septembre 2022 :

Obligation de prévoir des prix révisibles pour de nombreux marchés publics (denrées alimentaires, travaux, transports, énergies) en cas d'olées majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Possibilité de procéder à des modifications des seules clauses financières des contrats pour compenser les conséquences des hausses imprévisibles de certains coûts d'approvisionnement des entreprises prestataires dans la limite de 50% du montant initial du contrat.

Attention : cette faculté de modification n'a pas pour effet d'assurer au titulaire la couverture des risques dont il a tenu ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales mais doit juste permettre de poursuivre l'exécution (exigence constitutionnelle du bon emploi des deniers publics et principe général interdisant le versement de libéralités par la personne publique.)

Par ailleurs, cela suppose l'accord de l'autorité contractante et cela ne constitue pas un droit automatique.

Droit du cocontractant à être indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision s'il n'y a pas de modification du contrat, avec la conclusion d'une convention d'indemnisation à laquelle ne s'applique pas la limite de 50%.

En cas de désaccord, le juge peut être saisi. A noter que la jurisprudence laisse traditionnellement à la charge du titulaire une partie de l'aléa, entre 5 à 25%.

Possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite.

Gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique tant que le titulaire est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales (dans la ligne des ordonnances du 25 mars 2020 lors du Covid 19).

Lorsqu'ils sont de droit privé, les contrats de la commande publique peuvent être renégociés en application de l'article 1195 du Code civil.

66

À la différence de l'imprévision en droit public, l'article 1195 est supplétif : les parties ont le loisir de l'écarter, de l'aménager ou de le laisser s'appliquer tel quel.

99

II. EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

Ci-dessous le résumé de l'article 1195 et quelques indications pour son utilisation

CONDITIONS

- circonstance imprévisible au moment de la conclusion du contrat ;
- qui rend son exécution excessivement onéreuse ;
- sans qu'aucune intention expresse d'assumer ce risque spécifique n'ait été manifestée lors de la signature par la partie qui en invoque la survenance.

Ces critères sont sévèrement appréciés et l'imprévision ne peut pas être admise sans que son éventualité n'ait été envisagée contractuellement par une clause de renégociation et sans que la preuve d'une véritable mutation du marché ne soit apportée (CA Paris 17 janvier 2020).

Nota : Au regard de l'actualité en matière de prix, il est intéressant de noter que certains contrats financiers sont exclus du champ d'application de l'art. 1195 car, de par leur nature même, ils intègrent les notions de spéculation et d'aléa (cf L211-40-1 du Code Monétaire et Financier)

EFFETS

- Droit de solliciter la renégociation du contrat
- Pas de suspension des obligations
- Si échec de la renégociation, résolution d'un commun accord ou demande au juge, d'un commun accord, d'adapter le contrat
- A défaut d'accord à cet effet et dans un délai raisonnable, l'une des parties peut saisir le juge en vue qu'il révisé le contrat ou y mette fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

Nota : Concernant la phase de négociation, il est radicalement essentiel de faire preuve de bonne foi. Elle est d'ordre public concernant l'exécution des contrats (article 1104 du Cod. Civ.) et exigée en ce qui concerne leur négociation (article 1112 Cod.Civ.)

À la différence de l'imprévision en droit public, l'article 1195 est supplétif. Les parties ont donc le loisir de l'écarter, de l'aménager en palliant à certaines de ces carences de rédaction ou de le laisser s'appliquer tel quel.

Ecarter l'article 1195 : dans le même sens et à la suite de la doctrine du Code Napoléon, de la jurisprudence « Canal de Craonne », de la résistance des sénateurs à l'occasion du projet de réforme le contenant, nombreux sont les praticiens, notamment les juristes rédacteurs et négociateurs de contrats qui ont continué à se crispier avec hostilité, en écartant systématiquement l'application de l'article 1195 à leurs contrats pour en supprimer l'aléa insécurisant provenant de l'immixtion du juge, la considérant implicitement comme plus dangereuse que toute situation d'imprévision potentielle !

Ce comportement un peu idéologique et incompatible avec l'ampleur catastrophique des crises qui se succèdent aujourd'hui, m'a parfois menée à des situations acrobatiques, consistant à écarter l'article 1195 afin d'exclure consciencieusement l'intervention du juge, tout en recréant ailleurs dans le texte et sous une autre forme, une clause absolument similaire parce que, fondamentalement, sa nécessité était impérative (par exemple pendant la période où le Covid 19 ne constituait plus un vé-

ritable cas de force majeure empêchant les parties de poursuivre leurs obligations, mais une entrave importante, pouvant engendrer des surcoûts et des délais très substantiels, dont il fallait anticiper le traitement.)

Laisser l'article 1195 s'appliquer tel quel : faut-il vraiment continuer à craindre le juge à ce point ? La jurisprudence mentionnée plus haut semble montrer au contraire que les tribunaux ne se précipitent absolument pas sur l'adaptation et la révision des contrats qui leur sont soumis. A titre d'exemple, dans la décision de 1976 EDF c/Shell précitée, la Cour a ordonné aux parties de renégocier elles-mêmes leur contrat pendant une durée de six mois et cela a été efficace. De même, dans un arrêt plus récent (Nancy, 26 septembre 2007 «Novacarb»).

Aménager l'article 1195 : ce pourrait être le bon compromis d'autant que les dispositions de l'article 1195 ont été critiquées pour les zones de flou et d'ambiguïté qu'elles comportent ; cependant, rappelons qu'en droit public, la renégociation du contrat pour imprévision, ne constitue pas non plus un droit automatique pour le titulaire du marché.

Cette orientation nous semble la plus intéressante et la plus efficace. Beaucoup ont déjà largement réfléchi et

balisé la rédaction d'une telle clause et il suffit peut-être d'en donner ici quelques références parmi les plus utiles et les plus pertinentes :

- ICC Force Majeure and Hardship Clauses - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org) ;
- Louis Thibierge : *La clause de Hardship*, in *Revue Lamy Droit civil*, Wolters Kluwer France - Les Éditions Lamy, 2018, 161, Juillet-Août 2018, pp.37-39 ;
- Michaël Cousin : *Anticiper la survenance d'un aléa dans l'exécution contractuelle*, 21 juin 2021, LexisNexis ;

Par ailleurs, la Fiche technique du 21 septembre 2022 évoquée plus haut est remarquablement construite : elle va loin dans le détail des éléments de coûts et de preuve à apporter par la partie qui subit une situation d'imprévision. On ne peut que recommander de s'y référer également pour y transférer les éléments utiles dans la rédaction de la clause d'imprévision.

CONCLUSION

La relation verticale débiteur / créancier est obsolète.

Les contrats sont de plus en plus conçus et perçus comme un échange équilibré entre deux parties. Qu'il s'agisse d'accords de courte durée ou de coopérations sur le long terme (logiquement plus impactés par la durée), ils sont considérés comme le fruit d'un équilibre entre ce que les parties retirent chacune de leurs engagements réciproques.

Si cet équilibre est rompu par un événement extérieur imprévisible, c'est très très naturellement qu'aujourd'hui, il est at-

tendu des parties qu'elles s'efforcent de le rétablir ou de le faire rétablir par le juge.

Que l'on se trouve alors en situation de négocier une clause pour anticiper l'imprévision en droit commercial ou qu'il s'agisse de gérer en commun une situation d'imprévision, les mots d'ordre sont : équilibre, consensualisme, équité, approche raisonnable et pragmatique, bonne foi et bonne volonté (cf « meilleurs efforts »).

En cas de recours ultérieur au juge, la présence de ces axes directeurs essentiels dans nos comportements et nos manières de négocier, sera vérifiée et analysée.

Ainsi, une manière simple de s'assurer de la bonne foi d'une partie sera d'observer la cohérence de son comportement dans le cas où elle se trouve directement affectée par une situation d'imprévision et dans celui où elle attend l'exécution de ses obligations par un partenaire qui en subit les effets.

66

Une manière simple de s'assurer de la bonne foi d'une partie sera d'observer la cohérence de son comportement face à une situation d'imprévision.

99

