

*Mémoire de master*

***LE TRAITEMENT DE L'IMPRÉVISION  
EN DROIT DES CONTRATS  
PUBLICS ET PRIVÉS :  
L'EXEMPLE DES MARCHÉS DE TRAVAUX***

**Lisa Preux**

**Master II Droit et Contentieux Publics –  
Parcours Droit et Contentieux des Contrats Publics**

**Année universitaire 2013-2014**

## **SOMMAIRE**

**INTRODUCTION.....p.15**

**CHAPITRE 1 : LE TRAITEMENT EXOGENE DE L'IMPRÉVISION.....p.28**

**Section 1 : Le traitement exogène publiciste de l'imprévision : la théorie de l'imprévision.....p.28**

**Section 2 : Le traitement exogène privatiste de l'imprévision : vers la consécration de la théorie de l'imprévision ?.....p.51**

**CHAPITRE 2 : LE TRAITEMENT ENDOGENE DE L'IMPRÉVISION.....p.73**

**Section 1 : L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés de travaux.....p.73**

**Section 2 : La mise en œuvre des clauses d'imprévision dans les marchés de travaux.....p.87**

**CONCLUSION.....p.107**

**BIBLIOGRAPHIE.....p.135**

**TABLE DES MATIÈRES.....p.140**

# **LE TRAITEMENT DE L'IMPRÉVISION EN DROIT DES CONTRATS PUBLICS ET PRIVÉS : L'EXEMPLE DES MARCHÉS DE TRAVAUX**

## **INTRODUCTION**

Lors de l'introduction au colloque intitulé « *La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ?* », organisé le 29 septembre 2010 par la Commission de droit économique du barreau de Paris, Georges Teboul pointait le « *décalage qui existe entre un contrat, qui correspond nécessairement à un équilibre de forces et d'intérêts à un instant donné et son exécution naturelle au cours de son évolution qui peut aboutir à des situations radicalement différentes, qu'il s'agisse de l'importance respective des cocontractants, de la capacité de l'un d'imposer à l'autre sa position, de l'incidence de l'évolution du milieu économique sans cesse en mouvement et d'éléments externes qui viennent bouleverser le cours du contrat* ». Et l'avocat d'ajouter : « *il est apparu que le contrat ne constitue plus, par principe et en toutes hypothèses, un rempart fiable destiné à préserver la sécurité juridique et la bonne situation économique des cocontractants dans le cadre du maintien d'un équilibre intact pendant la durée du contrat...* »<sup>5</sup>.

Cette analyse est sans aucun doute valable pour n'importe quel type de contrat -entendu comme un acte juridique traduisant un accord de volontés générateur de droits et d'obligations juridiquement sanctionnés- s'inscrivant dans une certaine durée. En effet, si le contrat apparaît dans une certaine mesure comme un mode de gestion du futur et du risque -notion renvoyant *lato sensu* à tout fait se situant entre les événements futurs mais certains et ceux qui sont futurs et incertains-, il peut s'avérer impuissant en cas de survenance brutale et inattendue d'un événement imprévisible. L'exécution d'un contrat est inexorablement soumise à des aléas extérieurs aux parties, parfois difficilement prévisibles au moment de sa conclusion. Autrement dit, l'équilibre contractuel initialement convenu peut se trouver impacté par un événement imprévu et l'exécution du contrat peut être rendue bien trop onéreuse pour l'une des parties. Dès lors, le droit des contrats vise à assurer, autant que possible, l'équilibre économique permanent des relations contractuelles.

---

<sup>5</sup> G. Teboul, *La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? Introduction au colloque*, Gaz. Pal., 30 décembre 2010, n° 364, p. 4

Il en va bien évidemment ainsi en matière de marchés de travaux, qu'ils soient publics ou privés. Il convient à ce stade de préciser que le choix de cibler, autant que faire se peut, les développements suivants sur les marchés de travaux, répond à deux préoccupations.

**La première** attrait au milieu professionnel dans lequel j'ai réalisé mon stage : une entreprise du secteur de la construction, passant en grande majorité des marchés publics et privés de travaux pour la réalisation de son activité.

**La seconde** réside dans la volonté de limiter le volume du présent mémoire qui aurait été démesuré s'il avait fallu traiter de tous les contrats de droit privé et de tous les contrats de droit public. Toutefois, il convient de souligner avec force que la problématique de l'imprévision ne concerne pas seulement les marchés de travaux mais englobe la quasi-totalité des contrats de droit privé et la quasi-totalité des contrats administratifs. En effet, on verra par la suite que les solutions jurisprudentielles ainsi que les aménagements législatifs en la matière ont une portée très générale. Par conséquent, les développements ci-dessous seront parfois eux aussi très généraux -puisque ne valant pas uniquement pour les marchés de travaux-, mais seront étayés dans la mesure du possible par des exemples relatifs aux marchés publics et privés de travaux, afin rester dans le cadre du sujet.

Avant de continuer plus avant, il convient donc de définir succinctement les marchés publics et privés de travaux.

**Les premiers** sont, aux termes du I de l'article premier du Code des marchés publics, « *les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 [c'est-à-dire, pour simplifier, les entités publiques] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux [...]* ». Plus précisément, il s'agit, selon le III du même article, des « *marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage* ». Ces marchés sont soumis au droit administratif, en particulier au Code des marchés publics, et relèvent, en tant que contrats administratifs, de la compétence des juridictions administratives.

**Les seconds** se définissent comme des contrats d'entreprise, également appelés contrats de louage d'ouvrage, par lesquels, aux termes de l'article 1710 du Code civil, « *l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elle* ». Plus précisément, l'article 1779 du même Code distingue trois sortes de louages d'ouvrage et, parmi eux, mentionne « *celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés* ». Au sein de cette catégorie, il convient de faire la différence entre d'une part les contrats conclus avec des concepteurs (architectes, ingénieurs, bureaux d'études techniques, etc.) qui assurent une mission plus ou moins étendue -comprenant l'établissement des plans et devis, pouvant également recouvrir la direction, la surveillance des travaux, la vérification des comptes et aller jusqu'à l'assistance du maître de l'ouvrage lors de la réception des travaux-, et d'autre part les contrats conclus avec des entrepreneurs, auxquels est réservé le terme de marchés de travaux. Pour résumer, dans un marché privé de travaux, l'entrepreneur s'engage envers un maître d'ouvrage privé à réaliser, moyennant rémunération, un ouvrage immobilier. Les marchés privés de travaux, en tant que contrats passés entre personnes de droit privé, obéissent en principe aux règles du droit civil -principalement celles du Code civil- et commercial, et relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire.

L'exécution de deux types de marchés ainsi définis est marquée par trois principes essentiels du droit français des contrats, étant entendu que ces principes sont appliqués beaucoup plus strictement en droit privé qu'en droit public, dans la mesure où les contrats administratifs relèvent classiquement d'un régime exorbitant du droit commun reconnaissant des prérogatives de puissance publique à l'administration contractante. Néanmoins, il convient de rappeler les trois principes précités, qui demeurent un socle commun aux droits privé et public des contrats :

- le contrat doit être exécuté conformément aux engagements pris par les cocontractants, car il est, selon l'expression consacrée, « la loi des parties » ;
- cette intangibilité n'empêche pas les parties, si elles en sont d'accord, de le modifier librement et de l'adapter à des circonstances extérieures nouvelles ;
- il n'appartient pas au juge de se substituer aux parties, notamment pour procéder à cette adaptation lorsque celle-ci ne peut résulter d'un accord entre les parties.

Les exceptions traditionnelles à ces principes et à la force obligatoire du contrat qu'ils consacrent sont l'imprévision, les sujétions imprévues, la force majeure et le fait du prince. Toutes ces notions, plus ou moins bien reconnues selon le droit considéré -public ou privé-, permettent, dans des proportions parfois très différentes entre les deux droits, de faire face aux différents types d'aléas (économiques, administratifs, techniques, etc.) susceptibles d'affecter de manière brutale et substantielle les conditions d'exécution des marchés de travaux -mais pas seulement. Il convient dès lors de bien différencier ces quatre notions, finalement assez proches, pour n'étudier par la suite que le traitement de l'imprévision.

**L'imprévision** peut se définir comme un bouleversement imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat. Dans tout contrat à exécution successive, c'est-à-dire dont l'exécution s'étale dans le temps, les parties fixent leurs obligations respectives lors de la signature du contrat et dans un contexte économique donné. Cependant, il peut arriver -surtout dans les contrats de longue durée- que les circonstances économiques changent substantiellement par suite d'événements imprévisibles et imprévus, tels qu'une guerre ou une crise économique et financière. Par conséquent, l'équilibre contractuel initialement trouvé par les parties pourra être profondément bouleversé de telle sorte que l'exécution du contrat deviendra extrêmement onéreuse -mais pas impossible- pour l'un des cocontractants. La question de l'imprévision se pose tout particulièrement dans les marchés de travaux, qu'ils soient publics ou privés. En effet, une entreprise de BTP titulaire d'un marché peut se trouver fortement désavantagée au cours de son exécution, par exemple en cas de forte augmentation du prix des matériaux qu'elle utilise. Tout le problème est alors de savoir si, dans de telles situations, la convention doit être maintenue dans son état initial, malgré une exécution devenue désastreuse pour le titulaire du marché, ou bien si elle doit être adaptée au contexte économique nouveau. On verra que cette difficile conciliation entre force obligatoire du contrat et adaptabilité du contrat aux événements le bouleversant, est traitée différemment selon qu'on a affaire à un marché privé ou à un marché public.

Quoi qu'il en soit, la notion d'imprévision doit être bien distinguée des autres notions évoquées ci-dessus.

**En premier lieu**, l'imprévision se différencie des **sujétions imprévues**. Ces dernières sont traditionnellement définies comme des difficultés matérielles rencontrées par le titulaire d'un

marché lors de son exécution, présentant un caractère anormal, exceptionnel et raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du marché, dont la cause est extérieure aux parties, et qui ont pour effet de rendre plus difficile mais non impossible l'exécution des prestations objet du marché. Ainsi la différence majeure entre l'imprévision et les sujétions imprévues réside-t-elle dans la nature des circonstances exceptionnellement imprévisibles et défavorables venant perturber l'exécution du marché. En cas d'imprévision, les difficultés sont d'ordre économique (hausse du prix des matières premières, hausse des salaires ou des charges sociales, dévaluation monétaire, etc.) tandis qu'en cas de sujétions imprévues, les difficultés sont d'ordre technique, matériel (qualité du sol et du sous-sol, conditions météorologiques exceptionnelles, découverte d'ouvrages souterrains tels que des canalisations, etc.) et imposent au titulaire du marché la réalisation de travaux supplémentaires ou l'utilisation de moyens techniques plus onéreux. Par ailleurs, si les deux notions impliquent une augmentation du coût du marché, l'indemnisation de ce préjudice n'est pas la même : les sujétions imprévues sont indemnisées dans leur intégralité alors que le déficit provoqué par l'imprévision n'est, en droit administratif, indemnisé que partiellement.

Il faut préciser que la théorie des sujétions imprévues a pris naissance en matière de marchés publics de travaux et continue à s'appliquer presque uniquement en ce domaine. Elle a d'ailleurs été consacrée par de nombreux textes tels que l'article 20 du Code des marchés publics, l'article 21.8.1, alinéa 3, de la Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, ou encore l'article 10.1.1, alinéa 2, du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux<sup>6</sup> (CCAG Travaux).

En matière de marchés privés de travaux, la théorie des sujétions imprévues est très peu appliquée, de sorte que l'entrepreneur se voit très souvent contraint d'exécuter les travaux indispensables à l'ouvrage prévu, même s'il ne les a pas envisagés lorsqu'il a fixé le prix, sans être en mesure de se prévaloir de sujétions imprévues. Il faut toutefois rappeler que l'article 9.1 de la norme NF P 03-001<sup>7</sup> a introduit deux innovations :

- d'une part, l'article 9.1.2 précise que les prix du marché « *rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles* » ;

---

6 *Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux* dans sa version issue de l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

7 Norme AFNOR NF P 03-001, *Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés*, version révisée de décembre 2000

- d'autre part, l'article 9.1.5 indique que « *l'entrepreneur a droit à une indemnité couvrant le montant total des dépenses justifiées par la découverte de vestiges sur le chantier* ».

D'aucuns en ont ainsi déduit que la théorie des sujétions imprévues se trouve consacrée dans les marchés privés de travaux se référant expressément à la Norme.

La Cour de cassation quant à elle, a très rarement admis d'appliquer la théorie des sujétions imprévues. On peut citer à titre d'exemple un arrêt en date du 4 mai 1995, qui est venu préciser que « *l'existence de difficultés naturelles imprévisibles et d'une anormale gravité, [...] indécélables, même pour une entreprise hautement spécialisée, était génératrice de sujétions imprévues justifiant une rémunération complémentaire* »<sup>8</sup>. En l'espèce, un entrepreneur chargé du percement et du revêtement d'un tunnel avait rencontré une nature de terrain différente de celle qui avait été définie dans le marché. L'entreprise avait alors facturé ses difficultés imprévues au maître d'ouvrage qui les avait payées. Face à l'augmentation considérable du montant du marché, le maître d'ouvrage avait alors saisi la justice, mais la Cour de cassation n'a pas fait droit à ses prétentions. Cette décision, non publiée au Bulletin, doit toutefois être prise avec prudence car mention est faite d'une certaine reconnaissance par le maître d'ouvrage du caractère exceptionnel des sujétions rencontrées.

**En deuxième lieu**, l'imprévision ne doit être confondue avec la **force majeure**. Celle-ci se définit, en droit privé<sup>9</sup> comme en droit public<sup>10</sup>, comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur aux parties contractantes. Les événements constitutifs de force majeure sont très divers : généralement, ils prennent la forme de phénomènes naturels, mais il peut s'agir également d'événements juridiques, économiques ou sociaux (grève, par exemple<sup>11</sup>). La force majeure a pour effet de dispenser -au moins temporairement- l'entrepreneur de l'exécution du contrat, devenue impossible. Elle ouvre en outre droit à indemnité au profit de l'entrepreneur, pour le préjudice directement imputable à l'événement de force majeure. Enfin, elle autorise le titulaire du marché tout comme le maître de l'ouvrage à obtenir la résiliation du marché si le

---

<sup>8</sup> Cass. 3e civ., 4 mai 1995, n°93-15557, non publié au Bulletin

<sup>9</sup> C. civ., art.1148 : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

<sup>10</sup> Concl. Latournerie sous CE, 29 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, RDP 1928, p.329 : « *l'évènement de force majeure est celui qui ne peut à la fois ni se prévoir, ni se conjurer, celui qui échappe en même temps aux prévisions et à la volonté humaine* ».

<sup>11</sup> CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, n°17614, Lebon p.111

bouleversement à l'origine de la force majeure devient définitif.

La différence fondamentale entre la situation d'imprévision et celle de force majeure, outre la nature plus large des événements constitutifs de force majeure, réside dans l'impossibilité pour le titulaire du marché, en cas d'imprévision, de suspendre l'exécution des prestations.

Il faut noter qu'un même événement peut être qualifié à la fois d'imprévision et de force majeure. Dans un arrêt du 14 juin 2000<sup>12</sup>, le Conseil d'État a en effet jugé en substance que le bouleversement de l'économie d'un contrat résultant de circonstances imprévisibles autorise l'une des parties à solliciter sa résiliation judiciaire lorsque la situation est définitive et constitue par suite un cas de force majeure.

**En troisième et dernier lieu**, l'imprévision se distingue du **fait du prince**. Cette notion est utilisée tant en droit public qu'en droit privé, mais la conception publiciste du fait du prince diffère de la conception privatiste.

**En droit public**, la théorie du fait du prince est le « *nom donné à la théorie jurisprudentielle, propre aux contrats administratifs, suivant laquelle le cocontractant de l'Administration a droit à l'indemnisation intégrale du préjudice que lui causent, en rendant directement ou indirectement plus onéreuse l'exécution du contrat, les mesures prises par l'autorité administrative contractante, y compris les mesures de portée générale lorsque celles-ci affectent l'état de choses en considération duquel les parties avaient contracté* »<sup>13</sup>. Autrement dit, le fait du prince désigne les mesures de toute nature (actes de police, exécution de travaux extérieurs au marché, mesures fiscales ou sociales, etc) prises par le maître d'ouvrage public en une autre qualité que celle de partie contractante et qui affectent les conditions d'exécution du marché. Le jeu de la théorie du fait du prince est soumis à des conditions très strictes qui expliquent la rareté de ses applications. Pour qu'elle puisse jouer, il faut que la mesure prise par l'autorité publique contractante revête un caractère imprévisible et affecte spécialement le marché dans l'un de ses éléments essentiels. Ce n'est que si ces conditions sont réunies que la responsabilité sans faute de l'administration contractante pourra être engagée et que son cocontractant pourra être indemnisé intégralement du préjudice subi.

**En droit privé**, le fait du prince est défini comme « *une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui,*

---

12 CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, n°184722, Lebon p.227

13 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2007

*en matière civile, peut constituer un cas de force majeure »*<sup>14</sup>. Il désigne ainsi un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle insurmontable à l'exécution d'obligations contractuelles. Dans la mesure où, en droit privé, le fait du prince est ainsi assimilé à un événement de force majeure, il constitue une cause d'exonération de responsabilité du cocontractant défaillant. Dès lors, en application de l'article 1148 du Code civil<sup>15</sup>, le cocontractant défaillant n'est pas tenu de payer des dommages-intérêts à l'autre partie. Cette dernière ne peut donc obtenir d'indemnité réparatrice du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat due à un événement constitutif de fait du prince.

Ainsi les conséquences du fait du prince sont-elles opposées selon la matière : il constitue en droit privé une cause d'exonération de responsabilité, alors qu'il est source de responsabilité en droit public.

La théorie du fait du prince se distingue de l'imprévision en ce que cette dernière n'implique pas nécessairement que l'évènement affectant les conditions d'exécution du contrat résulte d'une mesure prise par l'administration contractante. En effet, la plupart du temps, la situation d'imprévision est extérieure aux parties. En outre, la mesure constitutive de fait du prince n'est pas nécessairement de nature économique, à la différence de l'évènement constitutif d'une situation d'imprévision. Enfin, en droit public, l'indemnité octroyée à l'entrepreneur au titre de l'imprévision n'est pas intégrale contrairement à ce qu'il se passe en cas de fait du prince.

Ces précisions terminologiques étant faites, il convient de recentrer les développements sur la notion d'imprévision. Avant d'analyser, dans les deux chapitres suivant cette introduction, le traitement de l'imprévision en droit interne, il convient de s'intéresser plus largement au traitement de l'imprévision en droit comparé. En effet, force est de constater que de nombreux pays -européens ou non- admettent la révision des contrats pour imprévision. De même, un certain nombre de textes européens et internationaux font une place à l'imprévision.

**En premier lieu**, l'étude des **droits étrangers** montre que l'hostilité à la révision pour imprévision, qui était presque la règle au XIX<sup>e</sup> siècle, est aujourd'hui abandonnée dans de nombreux pays.

---

<sup>14</sup> G. Cornu, *op.cit.* note 12

<sup>15</sup> Préc. note 9

En Allemagne, en Espagne et en Suisse, l'introduction de la théorie de la révision pour imprévision s'est faite **par voie jurisprudentielle**. La jurisprudence allemande s'est appuyée sur les notions de cause et de bonne foi. La jurisprudence suisse fonde la théorie sur l'alliance des notions de bonne foi et d'abus de droit : le contractant dont la prestation a été allégée n'agirait pas de bonne foi et commettrait un abus de droit en exigeant de l'autre l'exécution d'une prestation qui n'a pas diminué de valeur ; or l'article 2 du Code civil suisse sanctionne formellement l'abus de droit.

Dans d'autres pays européens (Italie, Grèce, Portugal, Pays-Bas) ou non (Irak, Jordanie, Chili, Algérie, Égypte), la consécration de la révision du contrat pour imprévision résulte d'une **intervention législative**, souvent à la suite de crises économiques graves et/ou de jurisprudences en ce sens. On peut citer notamment les articles 1467 à 1469 du Code civil italien, qui prévoient en substance que le juge peut résilier le contrat déséquilibré par des événements extraordinaires et imprévisibles s'il résulte de ceux-ci une excessive onérosité de la prestation d'une partie ; le défendeur peut toutefois éviter la résiliation en proposant une modification équitable des conditions du contrat, qui aboutira alors à une révision de ce dernier. On peut également citer l'article 147 du Code civil égyptien qui consacre la théorie de l'imprévision en ces termes : « *Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. Toutefois, lorsque par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, peut réajuster, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle* »<sup>16</sup>. De même, les articles 205 du Code civil jordanien et 146 du Code civil décident en substance que si « *par la suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive* »<sup>17</sup>.

---

16 Texte cité par M. Abdel-Gawad dans *La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien*, thèse Paris, 1957, p.406

17 N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p.147

**En second lieu, certains textes européens et internationaux admettent clairement l'imprévision permettant la révision ou la résiliation du contrat.**

**Les Principes relatifs aux contrats du commerce international**, élaborés pour la première fois en 1994 par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), dits Principes d'UNIDROIT<sup>18</sup>, consacrent trois articles à la notion de *hardship*, qui est à peu près l'équivalent de la notion interne d'imprévision. L'article 6.2.1 commence par rappeler le principe de la force obligatoire du contrat, en prévoyant que « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship* ». Et l'article 6.2.2 de poursuivre en posant la définition du *hardship* : « *Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*

*a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;*

*b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;*

*c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et*

*d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »*

Enfin, l'article 6.2.3 relatif aux effets du *hardship* encadre les conséquences d'une altération fondamentale de l'équilibre des prestations du contrat. En effet, il est prévu que :

« *1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.*

*2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*

*3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.*

*4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable :*

*a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou*

*b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».*

---

<sup>18</sup> Principes consultables sur le site Internet [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

Les **Principes du droit européen des contrats (PDEC)** quant à eux, élaborés en 1997 par la Commission du droit européen des contrats présidée par le Professeur Ole Lando -dite Commission Lando-, sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne. L'article 6:111 de ces Principes, intitulé « *Changement de circonstances* », prévoit que :

*« (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.*

*(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances*

*(a) qui est survenu après la conclusion du contrat,*

*(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,*

*(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.*

*(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut*

*(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,*

*(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.*

*Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. »*

Enfin, l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée ont été chargés en 2005, dans le cadre de l'adhésion au **Réseau commun pour le droit européen des contrats**<sup>19</sup>, de réaliser plusieurs documents, dont un **projet de révision des PDEC** élaborés par la Commission Lando. Ce projet, transmis avec les autres documents à la Commission européenne fin 2007, contient un article 7:101 qui modifie comme suit l'article 6:111 des PDEC :

*« (1) Si le contrat devient profondément déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le*

---

<sup>19</sup> La mission de ce réseau est d'élaborer un cadre commun de référence établissant des principes et une terminologie communs dans le domaine du droit européen des contrats.

*renégocier afin de le réviser ou de le résilier.*

*(2) Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir ».*

Il faut préciser que ces textes, consacrant tous la révision pour imprévision, sont susceptibles de servir de modèle aux législateurs nationaux et tout particulièrement au législateur français, puisqu'on verra dans la suite des développements que le notre droit privé des contrats ne reconnaît pas encore franchement la théorie de l'imprévision<sup>20</sup>. En effet, pour illustrer l'opposition du droit privé et du droit public en matière contractuelle, c'est systématiquement la question du traitement de l'imprévision qui est mise en avant. Pourtant, force est de constater que cette opposition classique n'est plus aussi prononcée que par le passé.

Quoi qu'il en soit, la question du traitement de l'imprévision dans les marchés publics et privés de travaux connaît à l'heure actuelle un regain d'intérêt. Depuis le début des années 2000, les professionnels du BTP sont confrontés à des hausses importantes du coût de certaines matières premières, au premier rang desquelles l'acier. Il en va de même pour le pétrole, le cuivre, le plomb ou encore le bois. La répercussion de ces hausses sur le prix des matériaux de construction constitue un véritable écueil pour l'ensemble des entrepreneurs titulaires de marchés de travaux. En effet, en raison de ce contexte général de tension sur le prix des matières premières, de nombreuses entreprises du BTP ont rencontré et rencontrent encore de réelles difficultés se traduisant par une augmentation difficilement prévisible de leurs coûts de production. C'est ainsi que les pouvoirs publics, sur demande des fédérations professionnelles du BTP, se sont mobilisés pour aider les professionnels du secteur à faire face à cette crise. En 2004, dans sa réponse à la question de Jacques Godfrain relative à l'augmentation du prix de l'acier et ses conséquences sur la filière du BTP, le Ministre répondait ainsi que serait accordée *« une grande importance à ce que toutes les pistes soient explorées pour atténuer les effets négatifs que la situation actuelle du marché de l'acier crée pour les entreprises utilisatrices »*<sup>21</sup>.

---

20 On renvoie ici à la Section 2 du Chapitre 1 du présent mémoire.

21 Réponse ministérielle à J. Godfrain, JOAN 25 mai 2004, p.3816

Dans ce contexte de fortes fluctuations des cours mondiaux des métaux et des produits pétroliers, créant une instabilité permanente, le droit a un rôle important à jouer : celui d'accorder aux opérateurs économiques des règles juridiques aptes à leur permettre de contracter et de développer leurs affaires en sécurité et sur le long terme. C'est tout l'enjeu du traitement juridique de l'imprévision dans les marchés de travaux. Avant la conclusion du marché, les parties cherchent à identifier tous les facteurs qui pourraient affecter l'équilibre économique du contrat pendant toute sa durée d'exécution et prévoient en conséquence des clauses adéquates : c'est le traitement endogène de l'imprévision (**Chapitre 2**), c'est-à-dire l'anticipation des situations d'imprévision au sein même du marché. Mais forcer est de constater que tous les cocontractants n'aménagent pas systématiquement leurs marchés en ce sens...Et quand bien même ils le feraient, il faut reconnaître avec Jean Savatier que « *les efforts et l'ingéniosité des juristes* » ne sont point suffisants pour tout prévoir dans le contrat compte tenu de « *l'ampleur de l'instabilité économique et monétaire* »<sup>22</sup>. Dans ces conditions, un traitement exogène de l'imprévision (**Chapitre 1**) -il faut entendre par là extérieur aux stipulations contractuelles- est nécessaire pour sécuriser autant que faire se peut les relations contractuelles : c'est là le rôle du juge et du législateur.

On conclura cette introduction par l'affirmation du Professeur Laurent Aynès selon laquelle « *La crise est aujourd'hui conçue comme une maladie : elle attaque le contrat ; elle appelle donc un traitement fait de mesures préventives [...] et de mesures curatives [...]* »<sup>23</sup>. Ces mesures correspondent pour les premières au traitement endogène de l'imprévision et pour les secondes, au traitement exogène.

---

22 J. Savatier, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, dans *Études de droit contemporain. Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé*, Paris, Sirey, 1959, Volume II, p.10

23 L. Aynès, *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, Rapport introductif, RDC 2010, p.380

## **CHAPITRE 1 : LE TRAITEMENT EXOGÈNE DE L'IMPRÉVISION**

Le traitement exogène, c'est-à-dire extérieur aux stipulations contractuelles, des situations d'imprévision est à l'heure actuelle un des thèmes d'opposition les plus tranchés entre droit public et droit privé des contrats. En effet, alors que le droit administratif français admet depuis longtemps, de manière prétorienne, la théorie de l'imprévision (**Section 1**), le droit privé des contrats est connu pour son rejet séculaire de cette théorie. Pourtant, des évolutions jurisprudentielles, doctrinales et législatives semblent progressivement se faire jour en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision (**Section 2**).

### **Section 1 : Le traitement exogène publiciste de l'imprévision : la théorie de l'imprévision**

La théorie de l'imprévision, dégagée par le juge administratif au début du XX<sup>e</sup> siècle, apparaît tout à la fois comme une théorie aux assises solides (§1) mais à la mise en œuvre ardue (§2).

#### **§1. La théorie de l'imprévision, une théorie aux assises solides**

La solidité de l'existence de la théorie de l'imprévision à travers le temps se déduit tant de la pérennité de son régime juridique (**A**) que de l'effectivité de son application (**B**), en passant par la réactualisation récente de son fondement juridique (**C**).

##### **A) Un régime juridique pérenne**

La théorie de l'imprévision est une théorie dégagée au début du siècle dernier par le juge administratif et à ce jour propre au droit administratif. D'ailleurs, est-il encore besoin de présenter le célèbre arrêt fondateur de cette théorie ? Quel juriste -tant publiciste que privatiste- n'a jamais entendu parler de l'affaire dite du *Gaz de Bordeaux* ? C'est en 1916, par l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*<sup>24</sup>, que le Conseil d'État, en plein Premier conflit mondial, consacre la théorie de l'imprévision comme mode de gestion des aléas

---

<sup>24</sup> CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928, Lebon p.125

économiques susceptibles d'affecter l'exécution des contrats administratifs. En l'espèce, la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux était titulaire d'un contrat de concession pour l'exploitation du service public de l'éclairage au gaz de la ville de Bordeaux. Suite à une hausse considérable du prix du charbon -matière première de la fabrication de gaz-, la Compagnie avait actionné la ville devant le Conseil de Préfecture de Gironde afin de la faire condamner à supporter l'aggravation des charges résultant de cette hausse. Suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet, le Conseil d'État, statuant en tant que juge d'appel, a raisonné en plusieurs temps pour faire droit à la requête de la Compagnie.

**En premier lieu**, il rappelle « *qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager* ». Le juge rappelle donc dans un premier temps la primauté des principes d'intangibilité et de force obligatoire du contrat, malgré les événements pouvant affecter son exécution. C'est le fameux adage selon lequel « *Le contrat est la loi des parties* ».

**En deuxième lieu**, la Haute juridiction admet que « *la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée* ». C'est ce considérant qui contient toute la substance de la théorie de l'imprévision. En effet, le Conseil d'État admet qu'au cours de l'exécution d'un contrat, des bouleversements économiques étrangers à la volonté des parties peuvent imposer au cocontractant de l'administration une

surcharge anormale et ruineuse.

Et le juge de conclure, **en troisième lieu** « *que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée* ». Ainsi est-il admis que les conséquences de l'aléa économique doivent être partagées entre les cocontractants, la personne publique devant verser une indemnité à l'opérateur économique, afin de tenir compte, comme le souligne l'arrêt, « *de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production* ».

On vient donc de voir que la théorie de l'imprévision a été consacrée pour la première fois à propos d'une concession de service public. Si ce type de contrats a longtemps constitué le domaine de prédilection d'application de la théorie, les marchés publics en général et les marchés publics de travaux en particulier ont eux aussi très vite été concernés<sup>25</sup>.

Quoi qu'il en soit, le régime juridique de la théorie de l'imprévision est marqué par une permanence certaine. Ainsi est-il surprenant de constater que le régime jurisprudentiel de l'imprévision était, dès 1916, quasiment abouti et que, s'il a subi des évolutions pragmatiques, il n'a jamais été remis en cause ni dans sa logique, ni dans son principe. En effet, les critères de l'imprévision sont toujours les mêmes, témoignant de l'incroyable modernité de la théorie, pourtant dégagée au début du siècle dernier. Pour que cette dernière puisse jouer, il faut classiquement qu'un événement de nature économique, imprévisible lors de la conclusion du contrat (**première condition**) et extérieur à la volonté des parties (**deuxième condition**) ait occasionné un bouleversement de l'économie du contrat (**troisième condition**) sans pour autant que le titulaire ait interrompu son exécution (**quatrième condition**). Il convient de reprendre une à une ces conditions -qui sont bien évidemment cumulatives- afin de les étudier de plus près.

**La première condition** est celle de l'**imprévisibilité** de l'évènement invoqué, étant entendu que le fait imprévisible doit être un aléa économique qui peut être provoqué par une mesure

---

<sup>25</sup> CE, 3 février 1924, *Grandchamp*, inédit sur Légifrance, Lebon p.176 ; CE, 30 octobre 1925, *Mas-Gayet*, inédit sur Légifrance, Lebon p.836 ; CE, 29 février 1980, *Entreprise nouvelle de l'Ouest*, n°10589, Lebon tables p.790 ; CE, 18 juin 1969, *Entreprise Guyot*, n°72661, publié au Recueil Lebon

d'autorité publique (comme par exemple une dévaluation monétaire), par des troubles sociaux (comme les événements de 1936), par une grève, par une guerre, par une variation du cours de la monnaie ou encore par une augmentation du prix des matières premières. Ces différents événements doivent, pour être considérés comme imprévisibles, déjouer toutes les prévisions qu'avaient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat. Quoi qu'il en soit, l'imprévisibilité doit être appréciée à la date à laquelle le cocontractant est définitivement engagé, date qui peut varier selon le type de contrat considéré. En matière de marchés publics, c'est habituellement la date de conclusion du marché qui est retenue pour apprécier l'imprévisibilité de l'aléa. Pour les marchés passés sur appel d'offres, cette date sera donc celle de remise de l'offre, alors même que le contrat n'est formé qu'ultérieurement. Pour les marchés négociés, il s'agira le plus souvent de la date de signature. Dans le cas d'un marché passé après un protocole d'accord, la date à retenir est celle de signature du marché proprement dit, et non la date de signature du protocole d'accord<sup>26</sup>. Par ailleurs, en cas d'avenant ou de renouvellement du contrat, la date retenue est celle de l'avenant<sup>27</sup> ou du renouvellement<sup>28</sup>. Il faut souligner qu'en tout état de cause, l'imprévisibilité de l'événement s'apprécie au cas par cas par le juge.

**La deuxième condition** est celle de l'**extériorité** de l'événement à la volonté des parties. Cela signifie que ni l'entrepreneur, ni l'administration ne doivent être responsables de la situation d'imprévision. En effet, si la perte subie par l'entrepreneur est due au fait de l'administration contractante, c'est la théorie du fait du prince -évoquée en introduction- qui s'applique ; si elle est due à un fait imputable au cocontractant lui-même, notamment à une faute commise par lui, il ne peut prétendre à obtenir une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision. Ainsi le juge administratif a-t-il par exemple considéré qu'une hausse du prix de matériaux de construction n'était pas constitutive d'un événement extérieur à l'entreprise titulaire du marché, dans la mesure où cette dernière avait décidé d'acheter ces matériaux à l'étranger sans obligation ou nécessité de ce faire<sup>29</sup>. De même, l'imprévision n'existe pas lorsque le titulaire du marché a provoqué l'événement, par exemple par des retards dans les approvisionnements permettant l'exécution des travaux<sup>30</sup> ou si l'événement a eu lieu

---

26 CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics*, n°47265, Lebon tables p.1108 et 1109

27 CE, 17 juin 1981, *Commune de Papeete*, n°07246, Lebon tables p.814

28 CE, 19 octobre 1966, *Société Les Viviers de Saint-Malo*, inédit sur Légifrance, Lebon tables p.1020

29 CE, 7 octobre 1970, *Pierre Lavigne*, n°03526, inédit au Recueil Lebon

30 CE, 17 juin 1981, *Commune de Papeete*, préc. note 26

postérieurement à la date prévue pour la fin du marché, les retards dans l'exécution des travaux étant imputables à l'entreprise<sup>31</sup>.

**La troisième condition**, celle de l'existence d'un **bouleversement de l'économie du contrat** causé par l'évènement, est sans doute celle qui apparaît comme la plus moderne. En effet, dès 1916, le Conseil d'État avait intégré dans son raisonnement des préoccupations liées à l'analyse économique du droit, préoccupations qui sont à l'heure actuelle, et ce depuis quelques décennies, au cœur de l'office du juge administratif. Le bouleversement de l'économie du contrat comporte deux éléments. Le premier élément est le dépassement du prix-limite que les parties avaient pu raisonnablement envisager au titre de l'évolution des coûts, lors de la conclusion du contrat. Le second élément est que l'exécution du contrat donne lieu à un déficit réellement important, et non à un simple manque à gagner. Autrement dit, les surcoûts supportés par le titulaire du marché doivent être anormaux et d'une certaine importance. La notion de déficit important est appréciée par le juge au cas par cas, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, mais il ressort de la jurisprudence administrative que le minimum du surcoût exigé pour caractériser un bouleversement de l'économie du contrat se situe approximativement entre 5 et 10 % du montant initial du marché. Ainsi le juge a-t-il considéré dans deux affaires concernant des marchés publics de travaux, qu'il n'y avait pas bouleversement de l'économie du marché lorsque les charges supplémentaires supportées par les titulaires n'excédaient pas 3% du montant définitif du marché<sup>32</sup>.

**La quatrième et dernière condition** réside dans la **poursuite de l'exécution** du contrat par le cocontractant de l'administration. En effet, on a vu dans l'introduction que la différence fondamentale entre la situation d'imprévision et celle de force majeure est que dans la seconde, l'exécution des prestations objet du contrat n'est plus possible, ce qui permet au cocontractant de l'administration d'interrompre temporairement ou définitivement cette

---

31 CE, 20 janvier 1978, *Société Routes et travaux publics*, n°03526, inédit au Recueil Lebon

32 CE, 2 juillet 1982, *Société routière Colas*, n°23653, Lebon p.261 : « l'incidence de cette charge supplémentaire aurait été, selon le défendeur, de 1 % et, selon la requérante, de 2 % environ du montant définitif du marché ; qu'elle ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul, aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise » ; CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n°53636, Lebon tables p.875 : « cette charge supplémentaire ne représente que 3 % environ du montant définitif du marché et ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de la société ».

exécution, sans commettre une faute et avoir à payer des dommages-intérêts à l'administration. En matière d'imprévision, s'il veut obtenir une indemnité, le titulaire du contrat doit impérativement en poursuivre l'exécution, quelles que soient les difficultés qu'il rencontre. A défaut, il commettrait une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle et se priverait du bénéfice de la théorie de l'imprévision<sup>33</sup>. Cette condition résulte de la justification initiale de la théorie de l'imprévision, telle qu'elle ressort de l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, et qui est de permettre la continuité du service public.

Les conditions de l'imprévision étant précisées, il convient d'en venir maintenant à sa conséquence principale : le titulaire du contrat a droit à une indemnité dite d'imprévision, visant à lui permettre de faire face à ce que l'on nomme communément la « charge extracontractuelle » pendant toute la « période extracontractuelle ». Le cocontractant de l'administration doit, on l'a vu, continuer à exécuter le contrat dont l'économie a été bouleversée, mais en contrepartie il bénéficiera d'une aide de l'administration qui, en vertu des principes généraux du droit des contrats administratifs, se doit d'assurer l'équilibre financier du contrat. Cependant, l'indemnité versée par la personne publique ne couvre pas la totalité du déficit subi par le titulaire du contrat. En effet, la charge extracontractuelle est partagée entre les parties, étant entendu que l'indemnisation de l'imprévision ne peut couvrir que les pertes, c'est-à-dire la charge excédant ce qui était envisageable par les parties, et non le manque à gagner<sup>34</sup>. On considère classiquement que l'indemnisation laisse à l'entreprise une partie de la charge extracontractuelle, en général de l'ordre de 10 %. Le Conseil d'État a précisé, dès l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, que les parties doivent, avant l'intervention du juge, essayer de s'entendre pour fixer les modalités du concours apporté par l'une à l'autre et pour fixer le montant de l'indemnité d'imprévision. Ce n'est qu'à défaut d'entente entre les parties qu'il reviendra au juge de fixer le montant de l'indemnité en fonction de plusieurs éléments :

- il recherchera d'abord à partir de quelle date le cocontractant a droit à une indemnité et déterminera les variations de prix qu'avaient pu raisonnablement prévoir les parties ;
- il calculera ensuite la charge extracontractuelle, c'est-à-dire le montant du déficit

---

33 CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, n°19413, Lebon p.381

34 CE, 25 novembre 1921, *Compagnie pour l'éclairage des villes*, inédit sur Légifrance, Lebon p.1001

provoqué par l'exécution du contrat pendant la période extracontractuelle ;

- il évaluera enfin le montant de l'indemnité, en tenant compte, pour établir la part du préjudice laissée à la charge du cocontractant de l'administration, de la situation financière de celui-ci, des bénéfices qu'il a réalisés dans le passé et des avantages escomptés pour l'avenir, ainsi que de la diligence qu'il a apportée pour surmonter les difficultés.

A noter que l'indemnité d'imprévision peut être accordée même après le terme du contrat, qu'il ait été exécuté<sup>35</sup> ou qu'il ait été résilié par la personne publique<sup>36</sup>. En revanche, l'imprévision ne peut être invoquée en l'absence de contrat, notamment en cas de nullité du marché<sup>37</sup>.

En tout état de cause, l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire. Elle est en effet destinée à permettre au titulaire du contrat de faire face aux charges exceptionnelles que des circonstances imprévisibles ont momentanément fait peser sur lui. Dès lors, deux cas peuvent se produire.

**Le premier** est celui du rétablissement de l'équilibre contractuel, soit -ce qui est rare- par disparition des circonstances imprévisibles, soit par de nouveaux arrangements entre les parties -comme par exemple la révision du contrat ou le relèvement des prix.

**Le second** est celui du caractère définitif du bouleversement de l'économie du contrat, qui transforme alors l'imprévision en un cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat, sur initiative de l'une ou l'autre des parties. C'est ce qu'avait jugé en substance le Conseil d'État en 1932 à propos d'une concession de service public<sup>38</sup>. C'est à nouveau ce qu'il a jugé récemment, en reprenant la solution de l'arrêt précité, à propos cette fois d'un contrat de fourniture d'eau, dans un arrêt du 14 juin 2000 dont le considérant de principe mérite d'être reproduit : « *Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des*

---

35 CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, n°91471, Lebon p.155

36 CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n°301116, Lebon tables p.850 et 851

37 CAA Marseille, 8 février 2010, *Société Securitas France SARL c/ CCI du Var*, n°07MA02181, inédit au Recueil Lebon

38 CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655 01000 01001, Lebon p.1050

*stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire »*<sup>39</sup>. En l'espèce, la société Sogest fournissait de l'eau à la commune de Staffelfelden à partir d'un champ captant que le préfet fut contraint de fermer à la suite d'une grave pollution de la nappe phréatique. Le fournisseur trouva alors à s'alimenter temporairement à une première source mais à un prix trois fois supérieur, puis, de manière durable, à une seconde source à un prix deux fois supérieur. Cette dernière solution était la seule raisonnable dès lors que la nappe où il s'approvisionnait initialement nécessitait deux cent ans pour se régénérer. Saisie d'une demande de prise en charge de ce surcoût, la commune s'entêta pendant près de douze ans à refuser toute augmentation de tarif et à exiger de la société Sogest qu'elle poursuive son approvisionnement au prix fixé par le contrat initial. Dans l'hypothèse où la commune aurait accepté de relever ses prix, l'état d'imprévision aurait donc bel et bien été constitué et aurait justifié le versement d'une indemnité à ce titre. Toutefois, la situation de blocage engendrée par le refus de la commune, contraignit la société à solliciter la résiliation judiciaire de ce dernier, ce à quoi le Conseil d'État fit droit.

Ainsi se trouve illustrée l'actualité de la théorie de l'imprévision, l'étendue de son champ d'application (qui ne se limite pas aux contrats de concession) et sa portée (qui n'est pas seulement l'indemnisation, mais la résiliation du contrat au titre de la force majeure).

Tout cela témoigne de la solidité des assises de la théorie de l'imprévision, solidité qui se vérifie également au travers de l'effectivité de son application.

## **B) Une application effective**

Malgré sa consécration ancienne, il est exact de rappeler, comme l'a fait René Chapus, que la théorie de l'imprévision « *n'est pas pour autant devenue un objet de musée* »<sup>40</sup>. En effet, la théorie a été et reste de nos jours susceptible de s'appliquer de manière effective, comme en témoigne d'une part un certain nombre de décisions rendues par des juridictions administratives et d'autre part l'existence de textes officiels en la matière.

---

39 CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, préc. note 12

40 R. Chapus, *Droit administratif*, Montchrestien, 15e éd., tome 1, p.1214

**En premier lieu**, des illustrations jurisprudentielles relativement récentes permettent d'attester de l'application effective, mais cyclique, de la théorie. En effet, une étude attentive de la jurisprudence permet de se rendre compte que les applications les plus notables de la théorie sont intervenues au cours de trois périodes majeures :

- durant et à la suite de la Première guerre mondiale ;
- à l'occasion du choc pétrolier du milieu des années soixante-dix ;
- au début des années 2000 avec l'augmentation du prix de l'acier.

Même si les arrêts ayant admis l'imprévision sont peu nombreux, *a fortiori* en matière de marchés publics de travaux, on en citera ici quelque-uns, démontrant la vigueur, certes discrète, de la théorie.

Le juge a par exemple admis l'imprévision dans une affaire lors de l'augmentation du cours du pétrole en 1973. En l'espèce en effet, une entreprise avait, pour deux marchés publics de travaux dont elle était titulaire, obtenu devant le Tribunal administratif de Versailles que la collectivité publique contractante lui verse une indemnité d'imprévision. En appel, le Conseil d'État avait confirmé l'analyse du Tribunal pour l'un des marchés seulement : celui-ci avait été signé en septembre 1973 mais l'ordre de service invitant l'entreprise à commencer les travaux ne lui avait été notifié qu'en janvier 1975 ; or, comme pendant ce délai s'était produite une forte augmentation des salaires et autres charges, augmentation qui était imprévisible au moment de la signature du marché, l'économie générale du contrat avait été bouleversée de ce fait et l'entreprise avait donc droit à une indemnité d'imprévision<sup>41</sup>.

Il a également été jugé qu'était un cas d'imprévision des mesures prises par l'administration contractante et modifiant les conditions de réalisation du chantier ; il s'agissait en l'espèce d'une augmentation du nombre d'heures travaillées la nuit, qui avait engendré nécessairement des surcoûts salariaux<sup>42</sup>.

D'autres exemples jurisprudentiels admettant l'imprévision auraient pu être ici cités mais ils ne concernent pas des marchés publics de travaux, de telle sorte qu'on ne les évoquera pas.

---

41 CE, 29 mai 1991, *Établissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n°92552, Lebon tables p.1048

42 CAA Paris, 7 mai 2002, *Société Idex*, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon ; CE, 25 juin 2003, *EPAD*, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon

**En deuxième lieu**, l'apparition de clauses de variation automatique des prix<sup>43</sup> n'a pas ôté toute possibilité de voir la théorie s'appliquer épisodiquement. En effet, ces clauses n'ont pas épuisé la théorie, soit qu'elles n'aient pas été stipulées, soit qu'elles aient été privées d'effets par des mesures de blocage autoritaire des prix<sup>44</sup>, soit que les modifications imprévisibles des circonstances économiques aient empêché la clause de variation de jouer dans des conditions normales. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu juger, à propos d'un marché public de travaux, que « *nonobstant le jeu de la clause de révision des prix, l'économie générale de ce marché a été bouleversée par une forte augmentation des salaires et des autres charges pesant sur l'entreprise qui n'était pas prévisible au moment de la signature du marché* »<sup>45</sup>.

Il faut toutefois remarquer que les cas d'application de la théorie en présence de clauses de variation automatique des prix demeurent extrêmement rares. Mais ils existent et témoignent de l'utilité effective de la théorie lorsque, malgré le soin apporté par les parties pour anticiper contractuellement les situations d'imprévision, un bouleversement de l'économie du contrat survient.

**En troisième lieu**, cette utilité de la théorie est confirmée par certains textes officiels qui réaffirment l'existence de la théorie, précisent son régime de mise en œuvre et incitent à son utilisation.

Tout d'abord, et c'est le texte le plus important, la **Circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision)**<sup>46</sup> constitue une véritable « codification » de la jurisprudence *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* et précise très clairement les conditions d'application de la théorie ainsi que les modalités d'indemnisation des titulaires de marchés publics. Le choc pétrolier de 1973 ayant bouleversé l'économie de nombreux marchés et la crise économique ayant pris une ampleur considérable, le Ministère de l'Économie et des Finances a été contraint d'adopter la circulaire précitée, afin de fixer l'attitude commune à adopter par les

---

43 On renvoie ici au A) du §.2 de la Section 1 du Chapitre 1 du présent mémoire.

44 CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, inédit sur Légifrance, Lebon p.359 ; CE, 22 février 1963, *Ville d'Avignon*, inédit sur Légifrance, Lebon p.115

45 CE, 29 mai 1991, *Établissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, préc. note 41

46 Annexe 5, p.114

acheteurs publics à l'égard des demandes d'indemnités d'imprévision motivées par les évolutions exceptionnelles de la conjoncture économique. Cette circulaire constitue en réalité le « toilettage » d'une circulaire du 18 mai 1938 qui, la première, avait rendu opérationnelle dans les marchés publics, l'application de la théorie de l'imprévision élaborée par la jurisprudence. La circulaire de 1974 est composée de deux parties.

**La première** rappelle les principes essentiels de la jurisprudence relative à l'imprévision, c'est-à-dire les éléments constitutifs de l'imprévision (imprévisibilité, extériorité et bouleversement de l'économie du contrat) et ses conséquences (indemnisation, révision amiable du marché voire résiliation judiciaire du contrat).

**Le seconde** précise de manière pragmatique comment il convient de traiter les demandes d'indemnité fondées sur la théorie de l'imprévision. Afin que soit accordée une indemnité sur le fondement de l'imprévision, l'administration contractante et à défaut le juge, doivent examiner les éléments de surcharge suivants, étant entendu que c'est le titulaire du marché qui doit en apporter la justification :

- les charges d'approvisionnement au titre desquelles on trouve les matières premières, les semi-produits, les produits finis et l'énergie intervenant dans l'exécution de la prestation ;
- les salaires, appointements et charges qui s'y rapportent : ils sont à prendre en compte dans la mesure où leur accroissement s'avère d'une ampleur telle qu'il a pu raisonnablement échapper aux prévisions des candidats.

A noter qu'une variation à la hausse des charges fiscales ne saurait être considérée, selon la circulaire, comme constituant un élément de surcharge.

En tout état de cause, l'administration se doit de contrôler attentivement les assertions du titulaire du marché, en examinant les justifications qu'il aura fournies à l'appui de sa demande d'indemnité et en vérifiant notamment :

- que les variations de prix alléguées sont conformes à la réglementation des prix ;
- que l'évolution des salaires n'apparaît pas anormale eu égard à celle des rémunérations payées à la fois dans la région et la branche professionnelle considérées ;
- que les hausses enregistrées sont compatibles avec celles qui sont traduites notamment par les indices de prix publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) ou, à défaut, dans les publications professionnelles ;
- et enfin, que le niveau des prix tel qu'il résulte de la demande du titulaire, peut être

considéré comme normal par référence à celui pratiqué dans d'autres transactions de même nature.

Et la circulaire de préciser que l'indemnité d'imprévision ne pourra être allouée que si, une fois pris en compte tous les éléments ci-dessus, le surcroît de dépenses entraîne non seulement une perte pour le titulaire du marché mais aussi un bouleversement de l'économie du contrat. Cette dernière condition n'est considérée comme remplie que si les charges extracontractuelles atteignent le quinzième du montant initial du marché, hors TVA, soit 6,6 % de ce montant. Cependant, ce seuil constitue simplement un ordre de grandeur retenu par l'administration comme base d'indemnisation. On verra par la suite qu'un autre texte officiel a retenu un seuil différent.

Ensuite, la circulaire donne une formule de calcul de l'indemnité d'imprévision, adaptable en fonction du type de marché considéré (à prix fermes non actualisables, à prix fermes actualisables, à prix révisables). Il est également indiqué que l'indemnité est liquidée après exécution du marché puisque le montant des charges extracontractuelles doit être évalué par rapport aux résultats d'ensemble du contrat. Cependant, une provision sur indemnité (qui ne peut excéder 70 % des charges extracontractuelles) peut être accordée au titulaire qui en fait la demande et sous certaines conditions assez restrictives. En tout état de cause, précise la circulaire, l'octroi de l'indemnité doit faire l'objet d'un avenant qui :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnité déjà allouées ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

Pour terminer, il convient d'indiquer la démarche que doit adopter l'entrepreneur titulaire d'un marché public de travaux pour demander l'indemnité d'imprévision. Concrètement, il doit adresser sa demande à la personne responsable du marché, par lettre recommandée avec accusé de réception, dont une copie est également adressée au maître d'œuvre. Il doit justifier très précisément le bien-fondé de sa demande en faisant référence à la circulaire de 1974 et en s'appuyant sur des calculs, des factures, etc. Il ne doit en outre pas oublier de solliciter un rendez-vous avec le maître d'ouvrage afin de s'entendre sur la rédaction d'un avenant par

lequel l'indemnité pourra être octroyée.

Cependant, il faut bien garder à l'esprit que la circulaire de 1974 n'a pas valeur impérative ; elle apparaît simplement comme une sorte de guide pour l'application de la théorie de l'imprévision.

Un autre texte, certes beaucoup moins complet que la circulaire susvisée, témoigne de l'intérêt toujours actuel de la théorie de l'imprévision. Une forte hausse du cours de l'acier a été observée au début des années 2000 et c'est à cette occasion que le Ministère de l'Équipement est intervenu, par une **note du 18 mai 2004**<sup>47</sup>, pour rappeler les principes de l'imprévision tels qu'ils avaient été décrits dans la circulaire de 1974. Toutefois, une différence notable peut être relevée entre les deux documents : il s'agit du seuil à partir duquel le bouleversement de l'économie du marché est caractérisé. En effet, alors que, comme on l'a vu plus haut, la circulaire de 1974 retient un seuil d'environ 6,6 % du montant initial du marché, le Ministère de l'Équipement évoque des jurisprudences administratives rendues depuis 1974 qui tendraient à exiger un seuil de 10 %. Toutefois, les rédacteurs de la note n'ont pas précisé les jurisprudences qui auraient défini ce seuil beaucoup plus élevé que celui défini par l'administration en 1974. Concrètement, il en résulterait l'obligation pour les entreprises titulaires de marchés publics de travaux de démontrer que l'utilisation de produits sidérurgiques pour l'exécution de leurs marchés a entraîné un surcoût de charges d'environ 10% du montant initial de ces marchés. Mais en tout état de cause, l'indication de ce seuil de 10% ne saurait interdire à chaque entreprise qui estimerait que l'économie de son marché est bouleversée de présenter au maître de l'ouvrage une demande d'indemnisation. En cas de refus de ce dernier, les tribunaux administratifs apprécieraient au cas par cas le bien-fondé de la demande.

La circulaire de 1974 ainsi que la note de 2004 démontrent avec force l'utilité de la théorie de l'imprévision et l'intérêt que lui portent les pouvoirs publics, plus d'un demi siècle après sa consécration jurisprudentielle.

La réactualisation du fondement même de la théorie est également un signe de sa vitalité et de sa solidité à travers le temps.

---

<sup>47</sup> Annexe 6, p.122

### C) Un fondement juridique actualisé

On a vu plus haut que la théorie de l'imprévision a été consacrée par le juge administratif à propos d'une concession de service public. Par conséquent, la doctrine publiciste en a longtemps déduit -et en déduit toujours, pour une grande partie d'entre elle<sup>48</sup>- que le fondement juridique de la théorie reposait sur le principe de continuité du service public. En effet, si on raisonne à partir du contrat de concession, l'octroi d'une indemnité d'imprévision, dans le cas où l'exploitation du service concédé est mise en danger par un bouleversement de l'économie du contrat, constitue bel et bien un moyen d'assurer la continuité du service public. La théorie a d'ailleurs longtemps et majoritairement joué en matière de concessions.

Pourtant, en admettant d'élargir l'application de la théorie à d'autres types de contrats administratifs que la concession, notamment aux marchés publics<sup>49</sup>, le juge lui-même a enclenché le débat consistant à reconnaître à la théorie un autre fondement, plus large que celui de la continuité du service public. En effet, la théorie a été appliquée, comme on l'a vu, à des marchés publics de travaux. Or, la notion d'utilité générale qui sert à la définition même du travail public est classiquement plus large que celle de service public<sup>50</sup>. Si le fondement de la théorie résidait dans la continuité du service public, cette théorie ne devrait trouver à s'appliquer que dans les hypothèses où le travail public est réalisé dans un but de service public<sup>51</sup>, notion qui, seule, porte en elle l'exigence d'un fonctionnement continu. Mais une telle distinction n'est pas faite par la jurisprudence, ce qui confirme que la théorie de l'imprévision n'est pas appliquée dans le seul but de permettre la continuité du service public. Un arrêt du Tribunal administratif de Rouen confirme cette analyse en affirmant que *« si, dans des circonstances exceptionnelles de nature à bouleverser l'économie générale de la convention, l'imprévision peut être invoquée à l'appui d'une demande de révision des clauses contractuelles, cette règle ne peut s'appliquer que dans le cadre de la prise en charge de missions de service public, de la gestion d'un service public ou de l'exécution de mesures*

---

48 Voir en ce sens L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8e éd. p.296 : « la théorie de l'imprévision est avant tout fondée sur le principe de continuité du service public : le cocontractant doit poursuivre l'exécution, mais il a droit à une aide de l'administration, elle-même tenue d'assurer la continuité ».

49 On renvoie ici à la jurisprudence citée en note 25.

50 CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n°45681, Lebon p.573 : « les travaux exécutés [...] pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, [ont] le caractère de travaux publics. »

51 TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, n°01525, Lebon p.617

*prises dans un but d'intérêt général* »<sup>52</sup>. Cette notion d'intérêt général employée par le Tribunal confirme bien l'idée que le fondement de la théorie est plus large que la continuité du service public.

Fort de ces élargissements jurisprudentiels, un courant doctrinal s'est fait jour pour soutenir l'idée selon laquelle la raison d'être de la théorie résiderait non dans la notion de continuité du service public mais dans celles d'équilibre financier du contrat, de « *juste-prix* »<sup>53</sup> ou d'« *équilibre dans les prestations réciproques* »<sup>54</sup>, notions selon lesquelles une augmentation des charges doit être compensée par un accroissement proportionnel du prix. Au soutien de ce raisonnement, un argument de poids a été développé, fondé lui aussi sur la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, ce dernier a admis, encore tout récemment, que l'indemnité d'imprévision pouvait être demandée après l'expiration du contrat<sup>55</sup>, confirmant ainsi que la théorie ne saurait reposer juridiquement sur la seule notion de continuité, celle-ci n'étant plus menacée une fois la convention exécutée. D'aucuns considèrent au contraire que la perspective d'obtenir une indemnité, même après l'expiration du contrat, incite le cocontractant de l'administration à poursuivre l'exécution du contrat et donc à assurer la continuité du service. Cependant, cette conception est empreinte de naïveté : si le cocontractant consent à ne pas interrompre l'exécution de son contrat, c'est bien plus pour éviter que sa responsabilité contractuelle soit engagée et qu'il ait donc à payer des dommages-intérêts, que pour obtenir une hypothétique indemnité lui permettant d'assurer la continuité du service. En effet, on sait que le versement d'une indemnité d'imprévision est rare et nécessite que soient remplies des conditions extrêmement restrictives.

Dès lors, force est d'admettre que la théorie de l'imprévision a pour fondement juridique le « *juste-prix* ». A ce titre, les auteurs du *Traité de droit administratif* relevaient justement que « *lors de la conclusion du contrat, le cocontractant a pris en considération, pour accepter les conditions du marché, les prix de revient de l'époque, mais il est raisonnable d'admettre qu'il a dû également envisager la possibilité de certaines hausses ultérieures et en tenir compte dans ses calculs ; il y a donc lieu de se demander jusqu'où il a pu normalement envisager des variations futures de prix ; c'est seulement lorsque les hausses ainsi prévisibles seront*

---

52 TA Rouen, 28 août 1998, *Société Renault SA*, n°951837, mentionné dans les tables du Recueil Lebon

53 J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, RFDA 2004, p.80

54 S. Abbaticchi, B. Sablier et V. Sablier, *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*, AJDA 2004, p.2192

55 CE, 27 juillet 1951, *Commune de Montagnac*, inédit sur Légifrance, Lebon p.479 ; CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, préc. note 34 ; CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, préc. note 36

dépassées que l'imprévision pourra jouer »<sup>56</sup>. L'octroi d'une indemnité d'imprévision est donc conditionné par le dépassement du « *juste-prix* », entendu comme le prix-limite que les parties ont pu raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat. Ce n'est que si ce prix-limite est dépassé que l'équation financière initiale sera profondément remise en cause et qu'il appartiendra à l'administration de rétablir en partie l'équilibre financier des prestations réciproques.

C'est donc bien cette notion d'équilibre financier qui sous-tend la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, bien plus que celle de continuité du service public. Cette dernière ne reste pas moins essentielle dans la compréhension de l'existence de la théorie mais ne peut plus à elle seule justifier l'application de la théorie.

On pourrait même soutenir qu'au-delà de ces deux fondements, ce sont des considérations d'équité et de loyauté contractuelles qui animent le juge lorsqu'il permet au cocontractant lésé par une situation d'imprévision d'obtenir un rééquilibrage de son contrat.

Malgré la permanence de la théorie de l'imprévision dans le paysage juridique français, il reste que sa mise en œuvre est indéniablement des plus difficiles.

## **§2. La théorie de l'imprévision, une théorie à la mise en œuvre ardue**

La difficulté à mettre en œuvre la théorie de l'imprévision est due principalement à deux phénomènes : d'une part la concurrence accrue de l'encadrement contractuel de l'imprévision (A) *via* des clauses de variation des prix et d'autre part la sévérité du juge dans l'appréciation des critères d'application de la théorie (B).

### **A) Une théorie concurrencée par les aménagements conventionnels**

La théorie de l'imprévision, dégagée en 1916, a beaucoup joué durant la première moitié du XXe siècle -c'est-à-dire grossièrement durant les deux Guerres mondiales- car elle apparaissait alors, et avait été conçue en partie, comme un instrument extracontractuel de réaction aux changements de circonstances susceptibles d'intervenir en cours d'exécution des contrats. C'est en effet l'insuffisance du traitement contractuel du risque qui, à l'époque, a

---

<sup>56</sup> A. de Laubadère, J.-C. Venezia, et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 12e éd., tome 2, n° 1360

conduit le juge à dégager des théories comme celles de l'imprévision, du fait du prince et de la force majeure. Il est certes excessif de tenir une telle insuffisance pour le fondement même de ces théories, mais il n'en reste pas moins qu'elle explique en grande partie leur avènement.

Or, la prise de conscience liée à la nécessité pour les opérateurs économiques et les personnes publiques contractantes de mieux prendre en compte le risque d'événements imprévisibles pouvant affecter l'exécution de leurs contrats, a conduit à une évolution des pratiques contractuelles. On a assisté à un mouvement de contractualisation du risque : les parties ont de plus en plus aménagé les conditions d'exécution de leurs contrats en y insérant des clauses permettant, soit d'adapter directement le contrat à un environnement économique défavorable en cours d'exécution, soit de fixer les conditions et procédures d'une révision différée. Ainsi est-il aujourd'hui courant de constater que les contrats publics -comme d'ailleurs les contrats privés- contiennent des clauses permettant d'adapter leurs prix aux éventuelles modifications du contexte économique. Ces clauses ont désormais pris une ampleur considérable, à tel point par exemple que le Code des marchés publics les consacre en son article 18.

Le chapitre suivant du présent mémoire étant entièrement consacré à la définition et à l'étude du jeu de ces clauses, on s'attachera simplement ici à montrer en quoi cet encadrement conventionnel de l'imprévision empêche ou du moins rend beaucoup plus difficile, la mise en œuvre de la théorie. En effet, une grande partie de la doctrine constate que l'insertion fréquente de clauses de variation des prix dans les contrats publics a considérablement réduit le rôle de la théorie de l'imprévision. Le juge refuse bien souvent l'application de la théorie s'il « ne résulte pas de l'instruction que [...] la clause de révision des prix [...] n'ait pas joué dans des conditions normales »<sup>57</sup>. Dans la plupart des cas, le critère tenant au bouleversement de l'économie du contrat ne peut être constitué dans la mesure où ce dernier contient des clauses de révision des prix. En effet, le jeu de ces clauses ne permet pas au bouleversement invoqué par le titulaire du contrat d'atteindre des proportions suffisantes (c'est-à-dire les quelques 10% du montant initial du contrat) pour être constitutif d'une situation d'imprévision et permettre au titulaire d'être indemnisé. Ce type de clauses permet une adaptation efficace des prix aux variations économiques, de telle sorte que leur jeu normal suffit en général à empêcher la constitution de l'état d'imprévision. Autrement dit, à l'heure actuelle, la théorie ne peut jouer que si aucune clause de révision des prix n'a été prévue ou si une telle clause est insuffisante à empêcher le bouleversement de l'économie du contrat. Or, dans la grande

---

57 CE, 28 octobre 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*, n°25859, Lebon tables p.780

majorité des cas, une telle insuffisance n'est pas caractérisée. C'est ce qu'il ressort de nombreux exemples jurisprudentiels, parmi lesquels on ne citera que quelques affaires, relatives à des marchés publics de travaux.

Dans une première affaire, concernant un marché public conclu entre un département et une entreprise pour la réalisation de travaux de gros-œuvre, l'entreprise avait invoqué une hausse des prix des matières premières et de la main d'œuvre afin d'obtenir une indemnité d'imprévision. Le juge de première instance avait rejeté la requête de la société. Le Conseil d'État a confirmé cette position : après avoir relevé que le marché en cause comportait une clause de révision des prix, il a constaté *« qu'il ne résulte pas de l'instruction que, à la suite des hausses des prix des matières premières et de la main d'œuvre qui se sont produites à partir de la fin de l'année 1973, la clause de révision des prix [...] n'ait pas joué dans des conditions normales ; que, par suite, l'entreprise ne saurait prétendre à une indemnité d'imprévision »*<sup>58</sup>.

Dans une autre affaire, qui concernait également un marché public de travaux de gros-œuvre conclu cette fois entre un centre hospitalier et une société, l'existence d'une clause de révision des prix, qui était pourtant inadaptée à la hausse des prix des matières premières, n'a pas permis de recourir à la théorie de l'imprévision. Le Conseil d'État a en effet jugé *« que la Société Billiard et Jardin ne pouvait ignorer que la formule définie dans cette clause ne permettait de prendre en compte, d'ailleurs de façon partielle, que les hausses de salaires et de prix correspondant à la variation des indices auxquels elle se référerait ; que, s'engageant à exécuter des travaux d'une durée de 32 mois, il lui appartenait de se couvrir des aléas liés aussi bien à la pénurie de main-d'œuvre, de nature à entraîner de fortes augmentations des salaires réels, qu'au retournement possible de la conjoncture sur le marché des aciers à béton, susceptible de conduire les fournisseurs à supprimer les remises jusqu'alors pratiquées ; qu'ainsi, la presque totalité des hausses invoquées ne peut être rattachée à la survenance d'événements extérieurs et imprévisibles justifiant le cas d'octroi d'une indemnité d'imprévision »*. Il ressort de ce considérant que, quand bien même la clause insérée dans le contrat s'avèrerait mal adaptée, il n'y a pas lieu de faire jouer la théorie de l'imprévision pour compenser cette inadaptation. Et la Haute juridiction de poursuivre : *« qu'en admettant même*

---

58 CE, 28 octobre 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*, préc. note 57

*qu'une partie des hausses de prix de revient résultent de ruptures d'approvisionnement causées par des grèves dans les cimenteries ou les entreprises de transport et présentent de ce fait un caractère imprévisible, les charges extracontractuelles que la Société Billiard et Jardin prétend avoir supporté de ce chef, s'élevant à 361 233 F, ne sauraient être regardées, compte tenu du montant du marché, comme ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat »<sup>59</sup>. Il résulte donc de ce considérant qu'une clause de révision des prix est de nature à empêcher que le bouleversement de l'économie du contrat soit suffisant pour permettre l'application de la théorie.*

Dans une troisième affaire, l'exécution entre 1973 et 1975 d'un marché public de travaux portant sur la construction d'un tronçon d'autoroute avait été fortement affectée par la brutale hausse des prix caractérisant le début des années soixante-dix. Estimant que la clause de variation des prix que contenait le contrat n'avait pas joué normalement, le groupement d'entreprises titulaire du marché en cause avait donc demandé une indemnité d'imprévision pour bouleversement de l'économie générale du marché. Le Conseil d'État, confirmant la position des premiers juges, a considéré *« qu'il ressort du rapport d'expertise, dont les affirmations concernant les hausses de prix n'ont pas été utilement contredites par les requérantes, que l'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par des circonstances présentant un caractère imprévisible ; que, dès lors, le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision »<sup>60</sup>.*

Enfin, tout récemment, la Cour administrative d'appel de Nancy a rappelé qu'une entreprise ne peut, du fait de la hausse du prix d'un matériau, obtenir une indemnité d'imprévision si la formule de révision des prix suffit à compenser ces charges. En l'espèce, la société Constructions Métalliques Savoyardes (CSM) était titulaire, dans le cadre d'un marché public de travaux relatif à la réhabilitation et à l'extension du centre nautique d'une commune, du lot n°2 « charpente métallique ». La société CSM avait formé, en cours d'exécution des prestations, une réclamation en vue d'obtenir une indemnité d'imprévision liée à la hausse du prix de l'acier. Elle soutenait en effet que *« du fait de l'augmentation des prix de l'acier dans la période d'exécution de son contrat, elle a dû faire face à des charges plus importantes*

---

59 CE, 12 juin 1987, *SA Billiard et Jardin c/ CHR de Saint-Denis*, n°30060, inédit au Recueil Lebon

60 CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics*, préc. note 26

*qu'initialement prévues pour exécuter ses prestations ». Cependant, le Conseil d'État a refusé de faire droit à sa demande, en soulignant que « le contrat a été conclu à prix forfaitaire révisable sur la base d'une formule de révision intégrant l'indice de référence BT 07 "ossature bois et charpente métallique" intégrant le prix de l'acier et ayant augmenté de manière significative sur la période » et « que la société n'établit pas que l'application de la formule de révision n'aurait pas suffi à amortir l'augmentation des prix de l'acier »<sup>61</sup>.*

Il ressort donc de tous les exemples jurisprudentiels qui précèdent que le développement d'une gestion contractuelle de l'aléa économique met à mal l'application de la théorie de l'imprévision.

Cette application est également bien souvent compromise par une appréciation prétorienne très stricte des conditions de mise en œuvre de la théorie.

## **B) Une appréciation prétorienne stricte des critères de mise en œuvre**

La jurisprudence est particulièrement draconienne en matière d'imprévision. En effet, le mécanisme dégagé en 1916 a très rapidement fait l'objet d'un encadrement strict, destiné à éviter une application trop aisée de la théorie. Ainsi celle-ci n'a-t-elle trouvé à s'appliquer qu'en de rares occasions, en raison d'une réunion difficile des critères de l'imprévision. D'ailleurs, dans l'arrêt fondateur de la théorie, le Conseil d'État avait mis l'accent sur son caractère subsidiaire : le principe reste celui de la force obligatoire du contrat, chaque partie étant réputée avoir raisonnablement tenu compte, lors de sa conclusion, de l'aléa économique susceptible de perturber l'exécution des prestations. De nombreux exemples jurisprudentiels témoignent du traitement prétorien exigeant des critères de l'imprévision. En effet, l'analyse des arrêts des juridictions administratives en la matière permet de se rendre compte que dans la plupart des cas, le rejet de l'application de la théorie est fondé sur l'absence de l'un des deux -voire des deux- critères suivants : celui de l'imprévisibilité des événements et/ou celui du bouleversement de l'économie du contrat. Comme précédemment, on citera quelques arrêts illustrateurs de ce phénomène en matière de marchés publics de travaux.

---

<sup>61</sup> CAA Nancy, 8 avril 2013, *Société Constructions Métalliques Savoyardes*, n°12NC00503, inédit au Recueil Lebon

Dans une affaire ancienne relative à un marché public de travaux conclu entre un département et une société de travaux publics, cette dernière invoquait des variations de prix intervenues durant l'exécution du marché, pour obtenir une indemnité d'imprévision. Le Conseil d'État avait jugé « *que les variations des prix qui se sont produites au cours du délai contractuel étaient prévisibles lors de la passation du marché et n'ont d'ailleurs, pas entraîné le bouleversement de l'économie de ce marché ; que les hausses et notamment celles du bitume, intervenues après l'expiration de ce délai, même si elles ont été imprévues ne peuvent ouvrir droit à indemnité* »<sup>62</sup>.

De la même manière, dans une espèce relative à un marché public de travaux de construction d'un ponton et d'une passerelle, conclu entre la Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Bayonne Pays Basque et la société Ateliers CMR, cette dernière avait, avec l'accord de la CCI, fait exécuter une partie des prestations objet du marché par une entreprise anglaise. Une évolution de près de 30 % du taux de change de la livre sterling ayant occasionné pour la société Ateliers CMR une perte importante, elle avait demandé une indemnité d'imprévision à ce titre. Mais la Cour administrative d'appel de Bordeaux a relevé que « *cette charge supplémentaire, à la supposer établie, représente moins de 5 % du montant total du marché ; qu'ainsi l'évolution du taux de change de la livre sterling ne peut être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul, aurait été de nature à ouvrir droit à une indemnité au profit de l'entreprise ; que la demande d'indemnité présentée à ce titre doit donc être en tout état de cause écartée* »<sup>63</sup>. Cela confirme donc bien qu'il est très difficile d'atteindre le seuil minimum du bouleversement de l'économie du contrat nécessaire pour caractériser une situation d'imprévision.

Dans une autre affaire, l'exécution d'un marché public portant sur la réfection de chaussées et dont était titulaire un groupement d'entreprises pour lequel la Société SACER Atlantique était mandataire, avait été perturbée par une augmentation du cours des produits pétroliers. Le groupement avait par conséquent demandé une indemnité d'imprévision, en invoquant les charges extracontractuelles imprévisibles qu'il avait eu à supporter en raison de cette augmentation et qui s'élevaient à une centaine de milliers d'euros. Une fois de plus, la

---

62 CE, 20 janvier 1978, *Société Routes et travaux publics*, préc. note 31

63 CAA Bordeaux, 7 octobre 2004, *Société Ateliers CMR*, n°00BX01699, inédit au Recueil Lebon

possibilité d'obtenir une telle indemnité a été déniée par le juge, qui a noté « *que cette charge supplémentaire représente moins de 5 % du montant définitif du marché ; que, de plus, la société requérante n'établit pas avoir subi en l'espèce une perte importante en se bornant à se référer à un taux de marge moyen des marchés de réfection de chaussée sans faire état de données propres à l'affaire ; que la charge supplémentaire alléguée ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul, aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de la société SACER ATLANTIQUE* »<sup>64</sup>.

La Cour administrative d'appel de Marseille a également eu à se prononcer sur le cas d'un marché public ayant pour objet la réalisation de travaux d'enrobés sur les routes nationales du département du Gard, conclu entre l'État et une société, et dont l'exécution avait été affectée par une hausse des prix des produits pétroliers. Après avoir rappelé les critères d'octroi d'une indemnité d'imprévision au titulaire d'un marché supportant une charge extracontractuelle du fait d'un événement imprévisible, la Cour a dénié à la société requérante le droit d'obtenir une indemnisation de la part de l'État, du fait que l'augmentation du prix des produits pétroliers observée « *ne peut être considérée comme totalement imprévisible pour une entreprise spécialisée dans la mise en œuvre de produits dérivés du pétrole* »<sup>65</sup>. Ainsi le caractère imprévisible de l'évènement perturbant l'exécution d'un contrat est-il difficilement admis par les juges qui considèrent, dans le domaine du BTP notamment, que les entreprises sont réputées avoir une bonne connaissance du contexte économique dans lequel elles évoluent.

Cette analyse a d'ailleurs été confirmée par un arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Nancy. En l'espèce, la société Eurovia Champagne Ardenne était titulaire de deux marchés à bons de commande conclus en 2004 : l'un, de fourniture de liants hydrocarbonés destinés à l'exécution d'enduits superficiels ; l'autre, de fourniture et de transport d'émulsion de bitume. Elle réclamait une indemnité à raison de la hausse brutale du prix des produits pétroliers survenue en 2005, 2006 et 2007. La cour a rejeté sa demande, sans apparemment rechercher si la hausse survenue au cours de ces années était imprévisible lors de la conclusion des marchés. Elle a simplement constaté que le prix du pétrole avait augmenté entre 1994 et 2004 et qu'il « *est régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût des*

---

64 CAA Nantes, 28 juin 2007, *Société SACER Atlantique*, n°06NT01848, inédit au Recueil Lebon

65 CAA Marseille, 3 avril 2008, *Société Braja Vesigne*, n°06MA01355, inédit au Recueil Lebon

*produits à forte teneur en bitume comme ceux utilisés pour la réalisation des prestations des marchés en cause* ». Elle en a ensuite conclu « *que la société EUROVIA CHAMPAGNE ARDENNE, de par ses activités, et alors qu'elle n'a adressé à l'État, pour la première fois, que fin 2006 des observations sur la hausse du prix du bitume et des carburants, ne pouvait méconnaître la situation du marché des produits pétroliers ; que, dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que de telles variations des prix des produits utilisés présentaient un caractère imprévisible* »<sup>66</sup>.

Malgré un régime juridique pérenne, une application utile et effective et un fondement juridique actualisé, une grande partie de la doctrine s'accorde à affirmer que la théorie de l'imprévision apparaît aujourd'hui comme un instrument désuet. En effet, le droit contemporain des contrats favorise le développement d'un encadrement endogène de l'imprévision, imposant en quelque sorte aux cocontractants de « prévoir l'imprévisible ». En outre, le juge se montre très sévère à l'égard des critères d'application de la théorie. Mais il ne faut assurément pas prédire à cette dernière un sombre avenir. En effet, l'exemple administrativiste de la théorie de l'imprévision rayonne bien au-delà du droit public. Il est à l'heure actuelle source d'inspiration pour la consécration de la théorie en droit privé. Car si la question de l'imprévision a toujours divisé les juges administratif et judiciaire, elle pourrait aujourd'hui trouver un relief nouveau avec la consécration très probable, en droit privé des contrats, de la théorie de l'imprévision.

---

66 CAA Nancy, 27 janvier 2011, *Société Eurovia Champagne Ardenne*, n°10NC00154, inédit au Recueil Lebon

## **Section 2 : Le traitement exogène privatiste de l'imprévision : vers la consécration de la théorie de l'imprévision ?**

Au commencement de cette Section, il convient de bien garder à l'esprit, comme cela a été précisé dans l'introduction, que les solutions jurisprudentielles évoquées ci-après n'ont pas été dégagées spécifiquement en matière de marchés privés de travaux. De même, les projets de réforme législative traitant de la question de l'imprévision, concernent la généralité des contrats de droit privé. Aucun exemple relatif aux marchés privés de travaux ne pourra donc ici être donné, mais il faut considérer que les développements suivants leur sont applicables. Après avoir étudié le pourquoi du rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision en droit privé (§1), il conviendra de s'intéresser à la manière dont ce droit l'admet progressivement (§2).

### **§1. Le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision**

Il convient à ce stade de préciser qu'en droit privé, l'imprévision est assimilée à une cause de révision ou de résiliation du contrat par la juge, alors qu'en droit administratif, le juge n'altère pas de façon directe l'ordonnancement contractuel : il n'intervient, si les parties n'ont pas trouvé d'accord amiable, que pour accorder une indemnité d'imprévision de nature extracontractuelle ou pour résilier le contrat si la situation d'imprévision est assimilable à un cas de force majeure.

Quoi qu'il en soit, à la différence du juge administratif, le juge judiciaire s'est toujours catégoriquement opposé à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision (A), ce qu'une partie de la doctrine privatiste a longtemps justifié -et justifie encore- par un certain nombre d'arguments en faveur du rejet de cette théorie (B).

#### **A) La position traditionnellement catégorique de la Cour de cassation**

Si le Conseil d'État a reconnu, dès 1916, la nécessité de déroger de manière exceptionnelle au principe de force obligatoire du contrat, la Cour de cassation a quant à elle toujours adopté une position nette, refusant d'admettre la théorie de l'imprévision. La Haute juridiction judiciaire confère à la force obligatoire du contrat et à l'intangibilité des relations

contractuelles une dimension tellement stricte qu'elle refuse la révision judiciaire d'un contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un événement imprévu et extérieur aux parties. Il en résulte que le débiteur d'une obligation devenue beaucoup plus onéreuse, devra l'exécuter quelles qu'en soit les conséquences pour lui. Cette position rigoureuse de la Cour de cassation résulte du célèbre arrêt dit *Canal de Craponne*, rendu en 1876. En l'espèce, des conventions conclues en 1560 et 1567 fixaient à trois sols le montant de la redevance dont devait s'acquitter les bénéficiaires du droit d'arrosage envers le propriétaire d'un canal d'irrigation. En 1876, le propriétaire du canal demanda au juge d'augmenter la redevance car, en plus des trois siècles qui s'étaient écoulés, une dépréciation monétaire et une augmentation des salaires avaient rendu le montant de cette redevance très insuffisant pour couvrir les frais d'entretien du canal. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence admit de porter la redevance à soixante centimes mais la Cour de cassation annula cette décision, déniait aux juges du fond tout pouvoir de réviser les contrats. Elle jugea en effet 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* »<sup>67</sup>.

Une telle solution est justifiée par une lecture stricte de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil qui prévoit que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cet article est lui-même la traduction moderne de l'adage *pacta sunt servanda* selon lequel les conventions doivent être respectées et traduisant la conception volontariste du contrat de droit privé, issue du dogme de l'autonomie de la volonté. C'est donc sur le fondement de cet article que le juge judiciaire considère que tant que l'exécution d'une convention est possible, le débiteur de l'obligation est tenu de la remplir, même si elle est devenue excessivement onéreuse. Autrement dit, il n'est pas possible pour le juge de réviser un contrat si son exécution demeure possible malgré une modification des circonstances économiques.

Le considérant de principe dégagé dans l'affaire *Canal de Craponne* a été réaffirmé de nombreuses fois par la suite<sup>68</sup>, et l'est encore aujourd'hui, comme en témoigne une espèce récente.

---

67 Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876, 1, p.193

68 Voir par exemple Cass. com., 18 décembre 1979, n°78-10763, Bull. civ. IV, n°339 ; Cass. 3e civ., 10 décembre 2003, n°02-14990, non publié au Bulletin

Dans un arrêt rendu en 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé que *« dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération les circonstances postérieures à la conclusion de l'accord pour modifier les conventions légalement formées par les parties ; qu'en dehors des cas où la loi déroge à ce principe, le juge du fond n'a aucun pouvoir pour déclarer l'accord caduc au motif qu'un évènement extérieur à l'accord en aurait bouleversé l'économie »*<sup>69</sup>.

Par ailleurs, il convient de citer un arrêt de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>70</sup>, rendue à propos d'un marché privé de travaux. En l'espèce, la société d'habitation à loyers modérés de la Guadeloupe (la société HLM) avait chargé la société Soget, par quatre marchés à forfait, de la construction d'immeubles. La société Soget, alléguant n'avoir pas été réglée du solde de ces marchés, avait assigné la société HLM, maître de l'ouvrage, en paiement d'intérêts moratoires et, pour l'un des chantiers, en paiement de charges supplémentaires. Les juges du fond avaient accueilli favorablement la demande de l'entrepreneur au titre des charges supplémentaires au motif qu'était démontrée l'existence de multiples circonstances importantes ayant bouleversé les conditions du marché et les prix initiaux, notamment la création de la caisse de chômage en mars 1980 entraînant des charges nouvelles, les grèves de 1979 aboutissant à l'allocation d'une gratification de fin d'année et la circulaire du 2 septembre 1980 modifiant la prime de transport et imposant une pause casse-croûte. La décision de la Cour d'appel de Basse-Terre fut censurée par la Cour de cassation. Visant l'article 1793 du Code civil<sup>71</sup>, les juges de la Cour suprême ont en effet énoncé que les circonstances imprévisibles précitées n'étaient pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat. Il en résulte qu'en accordant une indemnité à la société Soget au titre des charges supplémentaires, la Cour d'appel a violé l'article précité. Ainsi, même si la décision de la Haute juridiction judiciaire est fondée sur l'article 1793 qui consacre en lui-même une sorte de super-intangibilité du prix initial du marché à forfait, il n'en demeure pas moins que se trouve une fois de plus réaffirmé le principe de l'immutabilité du contrat face à des événements extérieurs au titulaire, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et de nature à bouleverser son économie.

---

69 Cass.1ère civ., 1er juillet 2010, n°09-15677, non publié au Bulletin

70 Cass.3e civ., 20 novembre 2002, n°00-14423, Bull. civ. III n° 230 p. 198

71 C. civ., art. 1793 : *« 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. »*

Il faut toutefois rappeler que la rigueur de la Cour de cassation en matière d'imprévision peut être, en tout état de cause, largement tempérée par les précautions que peuvent prendre les parties à un contrat privé (comme à un contrat public d'ailleurs), pour s'assurer qu'en cas de bouleversement économique, leurs relations contractuelles pourront soit prendre fin, soit être adaptées de manière à ce que l'exécution du contrat ne pousse pas l'un des cocontractant (le débiteur de l'obligation) à la ruine.

En l'état actuel de la jurisprudence judiciaire, les parties à un contrat privé ne disposent, en l'absence de prévision contractuelle de l'imprévision, d'aucun instrument juridique efficace leur permettant de se délier d'un engagement qui aurait perdu tout intérêt ou toute utilité économique. En effet, l'idée que le contrat tient lieu de loi aux parties est si rigoureusement appliquée par le juge judiciaire, qu'une situation d'imprévision ne peut justifier une modification des obligations réciproques des cocontractants. Une telle position est fondée sur une conception quasi-absolue de la force obligatoire des contrats basée sur l'autonomie de la volonté. La rigidité de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil conduit le juge à refuser les effets de l'imprévision sur le contrat. Cette analyse prétorienne est d'ailleurs justifiée par un certain nombre d'arguments doctrinaux qui trouvent encore aujourd'hui des partisans.

## **B) Les arguments doctrinaux défavorables à la théorie de l'imprévision**

A la question de savoir s'il est opportun de consacrer un principe permettant, d'une manière ou d'une autre, une remise en cause du contrat si les données économiques ayant présidé à sa conclusion se trouvent bouleversées, un certain nombre d'auteurs répondent par la négative. De fait, les arguments développés par une partie de la doctrine privatiste pour rejeter la théorie de l'imprévision en droit des contrats privés ne manquent pas.

**En premier lieu**, il a été avancé que l'admission de la théorie de l'imprévision serait dangereuse car créatrice d'**insécurité juridique** dans la mesure où les parties contractantes ne pourraient jamais être certaines de la pérennité des obligations qu'elles ont souscrites lors de la conclusion du contrat. C'est donc le souci de ne pas compromettre la sécurité des transactions qui guide le rejet du principe de révision des contrats pour imprévision. En effet, selon cet argument, à partir du moment où l'on accepte la possibilité d'une telle révision, il

faudrait nécessairement discuter sur le caractère plus ou moins imprévisible du déséquilibre survenu ou sur la plus ou moins grande difficulté pour le débiteur à exécuter son obligation. Or, sur ces points importants, la réponse à donner ne serait pas toujours aisément décelable. Tout cela serait par conséquent créateur d'insécurité pour les opérateurs économiques qui, on le sait, recherchent avant tout la sécurisation de leurs investissements et corrélativement, de leurs relations contractuelles. Par ailleurs, admettre la théorie de l'imprévision favoriserait le contentieux et risquerait de remettre en cause un trop grand nombre de contrats d'affaires. En réalité, on verra plus bas que l'argument inverse -celui selon lequel l'admission de la théorie favoriserait la sécurité juridique- est tout aussi défendable.

**En deuxième lieu**, d'aucuns estiment que la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit privé serait **inutile et superflue** dans la mesure où les bouleversements de circonstances sont déjà suffisamment pris en compte par la **notion de force majeure**. En effet, il suffirait, selon cet argument, d'assouplir les conditions de la force majeure, ce qui permettrait de prendre en compte l'exécution rendue très difficile du fait de l'excessive onérosité de la prestation objet du contrat et donc d'autoriser le cocontractant lésé à sortir du contrat devenu déséquilibré. Il faut noter à ce propos que c'est peu ou prou la solution consacrée par le droit anglais. En effet, après avoir pris en compte l'imprévision à travers les notions de *coronation cases* et de *war cases*, la jurisprudence britannique semble avoir abandonné cette solution et n'admet aujourd'hui plus que la force majeure à travers la notion de *frustration*. Cette dernière permet la résiliation du contrat si des circonstances nouvelles et imprévisibles ont pour effet de modifier radicalement la nature des obligations contractuelles.

**En troisième et dernier lieu**, l'hostilité à l'égard de la révision pour imprévision est justifiée par la **défiance à l'égard de toute intervention du juge** dans l'exécution d'un contrat. Une telle position a notamment été défendue par les auteurs des *Leçons de droit civil* en ces termes : « *Il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant dans l'exécution de la convention avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat, et mettrait en péril l'économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels* »<sup>72</sup>. Tout récemment encore, cet argument a été réaffirmé haut et fort par Thomas Génicon : « *Contrairement à ce que considère une doctrine*

---

72 H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, Montchrestien, 1998, sp. n° 730

*désormais majoritaire, il ne nous semble guère que la jurisprudence Craponne soit une vieillerie dont il faudrait se débarrasser absolument. On osera même admirer ce juge qui sait rester à sa place en refusant de jouer au justicier et qui [...] maintient [...] l'intransigeance d'un principe qu'il sait bon à l'échelle du système juridique tout entier »*<sup>73</sup>. Autrement dit, les risques de désordre économique et d'instabilité contractuelle inhérents à toute intervention du juge expliquent pourquoi, en l'état actuel du droit privé des contrats, si les contractants n'ont pas eux-mêmes anticipé un événement imprévisible au jour de la conclusion de leur contrat, ils ne peuvent pas compter sur le juge pour remédier à leur imprévoyance. Les parties contractantes sont réputées être les meilleurs juges de leurs propres intérêts. Au fond, le refus de la révision judiciaire pour imprévision constituerait donc un hommage à la liberté contractuelle et une œuvre de responsabilisation des contractants, incités à tout prévoir, y compris l'imprévisible...

Force est cependant de constater que, dans le contexte actuel de crise économique et face à l'impératif croissant d'équité et de justice contractuelle en droit positif, le rejet catégorique de toute révision pour imprévision est aujourd'hui de plus en plus critiqué, à tel point qu'on peut espérer une admission à plus ou moins long terme de la théorie de l'imprévision en droit des contrats privés.

## **§2. L'admission progressive de la théorie de l'imprévision**

Alors qu'une partie croissante de la doctrine privatiste émet des arguments en faveur de l'admission de la théorie (A), la Cour de cassation semble s'engager timidement dans la voie d'une reconnaissance de l'imprévision (B), dans la limite de ce qu'elle peut faire en attendant l'intervention du législateur (C).

### **A) Les arguments doctrinaux favorables à la théorie de l'imprévision**

Un courant doctrinal s'est développé pour remettre en cause la position séculaire de la Cour de cassation telle qu'on l'a étudiée plus haut, et défendre la possibilité d'obtenir une révision judiciaire d'un contrat devenu déséquilibré suite à un événement imprévisible. De nombreux

---

<sup>73</sup> T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, D. 2010, p.2485

arguments ont été développés en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision en droit privé.

**En premier lieu**, la doctrine dite du « solidarisme contractuel » s'appuie sur les **obligations de bonne foi et de loyauté** qui caractérisent la relation contractuelle. C'est donc ici l'alinéa 3 de l'article 1134 qui est utilisé pour justifier l'admission de la théorie de l'imprévision en droit privé. Cet alinéa prévoit en effet que les conventions légalement formées « *doivent être exécutées de bonne foi* ». La doctrine a interprété ce qu'est un comportement de bonne foi dans l'exécution contractuelle : le contractant dont les circonstances imprévues ont allégé l'obligation ne serait pas de bonne foi s'il persistait à exiger une prestation dont la valeur a augmenté de façon très importante. Autrement dit, les parties doivent se comporter loyalement, c'est-à-dire faire preuve de coopération tout au long de l'exécution du contrat, ce qui peut impliquer de renégocier les termes de ce dernier lorsque les circonstances l'exigent. La doctrine solidariste est fondée sur l'idée que la liberté contractuelle postule l'égalité des parties contractantes ; or, celles-ci sont *de facto* bien souvent inégales. En effet, il faut être lucide et constater que tout rapport économique met en relation des parties de force inégale. Dans le secteur de la construction par exemple, un grand nombre d'entrepreneurs s'engagent à réaliser des prestations à prix ferme, sans avoir prévu de clauses de révision ou d'actualisation. Ces entrepreneurs, que l'on peut qualifier de parties faibles au contrat, n'ont d'autres choix que d'en accepter les termes. Cette situation caractérise les marchés publics comme les marchés privés de travaux. En effet, les Petites et moyennes entreprises (PME) de bâtiment sont parfois tenues, pour remplir leur carnet de commandes, d'adhérer à des conventions pré-établies par des promoteurs de dimension nationale, voire internationale, sans être libres d'y insérer les clauses de leur choix. L'imprévision est donc un moyen de protéger la partie faible. La force obligatoire du contrat ne doit pas être conçue comme absolument rigide mais doit au contraire être assouplie au bénéfice de la partie la plus faible. Et cet assouplissement doit passer par le juge, qui doit pouvoir intervenir afin de réorganiser une construction contractuelle défailante. Il doit exercer sur l'exécution du contrat -comme sur sa formation d'ailleurs-, un contrôle qui évite les abus de puissance. Il doit donc par exemple imposer la renégociation au contractant dominant lorsque des circonstances économiques, nouvelles et imprévues lors de sa conclusion, ont déséquilibré le contrat au point que l'intérêt en vue duquel la partie faible avait contracté a disparu. Allant même plus loin, les solidaristes sont

favorables à la révision judiciaire pour imprévision : en effet, n'y aurait-il pas quelque hypocrisie à permettre au juge d'imposer la renégociation aux parties, tout en lui interdisant de réviser le contrat lui-même ? Force est donc d'affirmer que « *Moralement souhaitable, la révision ou l'adaptation du contrat devient économiquement indispensable. L'utilité sociale commande qu'un déséquilibre excessif des prestations, constitutifs d'une trop grande injustice, soit désormais pris en considération par le droit positif* »<sup>74</sup>.

**En deuxième lieu**, les partisans de l'admission de la théorie de l'imprévision développent l'argument selon lequel la **clause *rebus sic stantibus*** doit être sous-entendue dans toute convention dont l'exécution s'échelonne sur une certaine durée. Cette clause, on le rappelle, signifie que le consentement des parties contractantes est subordonné au maintien de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé. Autrement dit, selon cette clause, les parties ont donné leur consentement en fonction des circonstances qu'elles pouvaient connaître au moment de la conclusion et il faut tenir pour très probable qu'elles n'auraient pas contracté -ou du moins pas de cette façon- si elles avaient pu prévoir les bouleversements des circonstances initiales. Pour les auteurs défendant cette théorie, à l'instar du doyen Carbonnier<sup>75</sup>, ce serait donc sainement interpréter l'intention commune des parties que d'appliquer tacitement la clause *rebus sic stantibus* à leur convention. On s'est même demandé si l'usage, aujourd'hui très fréquent, des clauses de révision, variantes modernes de la clause *rebus si stantibus*, n'en ferait pas de véritables clauses de style et ne devrait pas conduire à les considérer comme sous-entendues dans tout contrat à exécution successive<sup>76</sup>.

**En troisième lieu**, la **notion de cause** est également utilisée par les défenseurs de l'admission de la théorie de l'imprévision. Il faut rappeler que la cause se définit comme la raison, le but qui a conduit les parties à conclure un contrat et à en accepter les obligations. L'article 1108 du Code civil fait d'ailleurs explicitement de la cause une des conditions essentielles de validité du contrat<sup>77</sup>. Et si l'on admet que cette notion a un rôle à jouer après la formation du contrat, on peut conséquemment lui rattacher la théorie de l'imprévision. Déséquilibré par des

---

74 J. Ghestin et M. Billiau, *Les obligations - Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 314, p. 343

75 J. Carbonnier, *Droit civil*, 19e éd. tome 4, n°150, p.288

76 J. Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*

77 C. civ., art.1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.* »

événements imprévisibles, le contrat repose alors sur des prestations qui ont cessé d'être équivalentes et qui ne peuvent donc plus servir de cause l'une à l'autre, de telle sorte qu'il faudrait rééquilibrer la convention en modifiant l'une de ces prestations afin de reconstituer la cause de l'autre. Cependant, la notion de cause ne peut être mise en œuvre dans cette perspective que si elle est respectueuse de la volonté des parties, c'est-à-dire si le rééquilibrage du contrat est conforme à leur volonté initiale. A défaut, cette notion ne peut servir qu'à reconnaître la caducité du contrat en cas de disparition, au cours de son exécution, de la cause de l'obligation de l'une des parties contractantes. On verra d'ailleurs ci-après que c'est sur ce fondement que la Cour de cassation a semblé assouplir sa jurisprudence en matière d'imprévision.

**En quatrième et dernier lieu, un certain nombre d'auteurs considèrent que l'argument selon lequel la théorie de l'imprévision serait source d'instabilité et d'insécurité juridique, est bien peu crédible.** Ces auteurs font valoir que c'est au contraire en voulant maintenir à tout prix l'intangibilité du contrat lorsque surviennent des événements imprévus bouleversant son économie, qu'on crée la plus grande insécurité. En effet, en refusant d'appliquer la théorie de l'imprévision, on impose à l'une des parties une exécution ruineuse du contrat intangible. Or, comme l'évoquent très justement Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, *« ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix. Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre »*<sup>78</sup>.

Si on prend l'exemple d'un entrepreneur titulaire d'un marché privé de travaux, les conséquences d'un bouleversement de l'économie de son marché peuvent avoir des conséquences désastreuses. En effet, l'entrepreneur tenu d'exécuter des travaux pour un montant bien supérieur à ce qu'il avait prévu initialement peut-être tout simplement ruiné. Et cette ruine causée par l'exécution du marché intangible peut entraîner des réactions en chaîne : l'entrepreneur incapable d'exécuter son contrat risque de déposer le bilan et ne plus pouvoir rémunérer ses salariés ; il est également susceptible de ne plus pouvoir honorer ses autres obligations contractuelles tenant aux engagements qu'il a pris auprès de fournisseurs, de sous-traitants et d'autres clients. Un tel exemple démontre que la renégociation d'une convention en

---

78 J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations : l'acte juridique*, Armand Colin, 6e éd., tome 1, n° 418

cas de situation économique extrême ne créerait pas systématiquement une insécurité juridique néfaste. Bien au contraire, la perspective d'obtenir une révision du contrat pour imprévision créé, pour la partie victime d'un changement brutal des circonstances, une véritable sécurité juridique. Le succès actuel des clauses de renégociation dans les contrats à exécution successive tend d'ailleurs à le démontrer. En outre, les défenseurs de l'argument selon lequel l'admission de la théorie de l'imprévision ne créerait aucunement une insécurité juridique, s'appuient sur l'exemple administrativiste français ainsi que sur les expériences étrangères pour démontrer que la théorie de l'imprévision n'a jamais conduit à une situation généralisée d'insécurité juridique.

On voit donc qu'il existe aujourd'hui un courant doctrinal dynamique réclamant la possibilité pour le juge de réviser le contrat chaque fois que son exécution risque, en raison du déséquilibre provoqué par des événements imprévisibles, de ruiner l'un des contractants. Ce courant doctrinal est d'ailleurs conforté par ce qu'un auteur a nommé la « *politique des petits pas* »<sup>79</sup>, amorcée récemment par la Cour de cassation en matière d'imprévision.

## **B) Les assouplissements jurisprudentiels**

Si on n'a pas encore assisté à un revirement de la jurisprudence *Canal de Craponne*, il est toutefois possible de constater que la Haute juridiction judiciaire semble prête à évoluer en matière d'imprévision, même si c'est dans une mesure qu'il est aujourd'hui difficile de cerner. Tout le monde a à l'esprit quelques décisions retentissantes, qu'il convient ici de rappeler, et qui marquent en tout état de cause un accroissement du rôle du juge ainsi qu'une volonté de la Cour de cassation de mieux prendre en compte les effets des bouleversements des circonstances économiques. Cette dernière a d'ailleurs clairement affirmé que « *Le temps du célèbre arrêt de Canal de Craponne [...] est révolu* », et a même évoqué « *L'exigence d'un équilibre contractuel qui était à la base de l'arrêt prémonitoire de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 31 décembre 1873 malencontreusement cassé par la Cour de cassation le 6 mars 1876* »<sup>80</sup>.

---

79 A.-S. Choné, *Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation s'engage dans une politique des petits pas*, LPA 24 décembre 2010, n°256, p.7

80 Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, consultable sur le site Internet [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

**Dans un premier temps**, la Cour de cassation a utilisé la **notion de bonne foi** pour consacrer ponctuellement une **obligation de renégociation** à la charge des parties lorsque leur contrat se trouve déséquilibré par suite d'un changement imprévu des circonstances économiques. On a vu plus haut que cette notion de bonne foi dans l'exécution d'un contrat impose au créancier de se comporter de manière diligente afin de préserver la pérennité d'un contrat utile économiquement pour son cocontractant, en permettant à ce dernier, qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations dans les conditions initialement convenues, d'en retirer une contrepartie correspondant à l'équilibre initial de la convention.

Un tel raisonnement a été appliqué par la Cour de cassation dans un arrêt de 1992, à propos d'un contrat de distribution exclusive entre une société pétrolière (la société BP) et un distributeur (M. Huard). Dans cette affaire, la Haute juridiction a condamné la société BP à payer à M. Huard des dommages-intérêts pour n'avoir pas consenti à réviser son contrat alors que sa situation économique s'était considérablement dégradée en cours d'exécution, du fait d'une libération des prix de vente des produits pétroliers au détail. La Cour de cassation a ainsi considéré « *qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* »<sup>81</sup>.

Six années plus tard, le devoir de loyauté et de bonne foi a été utilisé une nouvelle fois par la Chambre commerciale de la Cour de cassation pour engager la responsabilité de contractants qui avaient refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leur cocontractant. En l'espèce, par un contrat d'agent commercial, plusieurs sociétés de grande distribution avaient confié à M. Chevassus-Marche la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'Océan Indien. Or, quelques années plus tard, s'estimant lésé du fait de commandes directement faites en métropole auprès de ses mandants par une centrale d'achat de l'Océan Indien, l'agent commercial demanda en justice la résiliation de son contrat aux torts de ses cocontractants ainsi que des dommages-intérêts. La Cour de cassation, censurant la Cour d'appel qui n'avait pas fait droit à la demande de M. Chevassus-Marche, a d'abord rappelé « *que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* ».

---

81 Cass. com., 3 novembre 1992, *Huard*, n°90-18547, Bull. civ. IV, n°338

Puis elle a reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché « *si, informées des difficultés de M. X... en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat* »<sup>82</sup>.

Il ressort donc de ces deux arrêts une conception beaucoup moins rigide et immuable du contrat. En effet, dans la vision qu'a désormais le juge judiciaire des relations contractuelles, il revient aux parties de veiller à ce que l'évolution des circonstances économiques ne produise pas un déséquilibre significatif du contrat, susceptible de conduire l'un des cocontractants à la ruine. Pour cela, la Cour de cassation s'assure, au nom d'un devoir de loyauté et de bonne foi, que les parties coopèrent lorsque des circonstances particulièrement pénalisantes défavorisent l'une d'entre elles.

Cependant, la portée des arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* a été amoindrie par une partie de la doctrine, qui a remarqué d'une part qu'ils sont intervenus dans le domaine spécifique des contrats de distribution exclusive et d'autre part que, dans les deux espèces, le comportement de l'un des cocontractants n'était pas étranger au changement des circonstances économiques. Quoi qu'il en soit, la solution dégagée dans ces deux arrêts a été par la suite réaffirmée.

Un arrêt très commenté rendu en 2004 par la Première chambre civile de la Cour de cassation a été interprété par une partie de la doctrine comme ayant posé les bases de l'imprévision dans les contrats de droit privé. En l'espèce, une commune avait concédé l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises à une association qui l'avait elle-même sous-concédée à une société commerciale aux termes d'un contrat de sous-concession conclu pour une durée de dix ans. Mais à mi-parcours contractuel, la société, invoquant un bouleversement de l'équilibre contractuel, avait demandé au juge de prononcer la résiliation du contrat, qu'elle avait d'ailleurs cessé d'exécuter. Sa demande avait alors été rejetée par les juges du fond qui, tout au contraire, l'avaient condamnée à payer diverses sommes à ses partenaires pour rupture unilatérale du contrat. La société avait alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation

---

82 Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18357, Bull. civ. IV, n°277

dans lequel elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir imposé à ses cocontractants une obligation de renégocier leur contrat sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil. Elle soutenait en effet « *que les parties sont tenues d'exécuter loyalement la convention en veillant à ce que son économie générale ne soit pas manifestement déséquilibré* ». Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en affirmant que les juges du fond avaient relevé que la société « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* ». Puis, la Cour, pour marquer un peu plus encore son approbation de la solution émise par la cour d'appel, souligne que celle-ci avait ajouté que la société « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* »<sup>83</sup>. Bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet, une analyse *a contrario* peut laisser penser que le refus de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques serait injustifié et qu'il existerait, en vertu du devoir de loyauté et de bonne foi, une obligation de renégocier les contrats déséquilibrés en cours d'exécution. En effet, si la société requérante avait invoqué le bouleversement des circonstances économiques et non le déséquilibre structurel qui existait depuis la conclusion du contrat, on peut penser que la Cour de cassation aurait imposé la renégociation aux partenaires de la société. Même si une telle analyse est rejetée par la majorité de la doctrine, il faut citer Denis Mazeaud qui, dans son commentaire de l'arrêt, remarquait que « *la Cour concède, c'est bien le moins, que lorsqu'un profond déséquilibre économique survient pendant l'exécution du contrat et qu'il procède d'un changement imprévisible et brutal des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat, le devoir de bonne foi prend alors le relais et contraint les contractants à faire preuve d'un minimum de solidarité* »<sup>84</sup>.

Par un arrêt du 26 septembre 2007, la Cour d'appel de Nancy est venue s'inscrire dans cette évolution en faveur de l'obligation de renégocier un contrat en raison du déséquilibre contractuel survenu au cours de son exécution. En l'espèce, un changement de la réglementation applicable en matière de quotas d'émission de gaz à effet de serre avait rendu

---

83 Cass.1ère civ., 16 mars 2004, *Société des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et commune de Chuses*, n°01-15804, Bull. civ. I, n°86

84 D. Mazeaud, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, D. 2004, p.1754

l'exécution d'un contrat de fourniture de vapeur non pas défavorable, mais à l'inverse extrêmement avantageuse pour l'une des parties. En effet, la mise en œuvre de cette nouvelle réglementation, imprévue lors de la conclusion du contrat, avait entraîné pour l'une des parties des bénéfices très importants, ce qui avait motivé son cocontractant à demander la renégociation du contrat. La Cour d'appel de Nancy a donné satisfaction au demandeur en ordonnant aux parties de reprendre les négociations interrompues, pour tenter de corriger le déséquilibre contractuel né de l'application de la nouvelle réglementation. La Cour précise qu'en cas d'échec des négociations, il lui appartiendrait « *d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner un abus éventuel par des dommages-intérêts* »<sup>85</sup>.

Cet arrêt est donc une fois de plus révélateur de la volonté du juge judiciaire de mieux prendre en compte les changements du contexte économique qui peuvent affecter la vie d'un contrat, en encourageant une renégociation de bonne foi des termes de ce dernier.

**Dans un second temps**, la Cour de cassation a exploité la **notion de cause**, cette fois pour apprécier l'utilité économique d'un contrat et en déduire son éventuel **anéantissement** au cours de son exécution. La notion de cause peut s'entendre comme l'exigence d'une contrepartie réelle tout au long de l'exécution du contrat, de sorte que sa disparition justifie la caducité du contrat. C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2010, abondamment commenté. Les faits de l'espèce font sensiblement penser à ceux qui avaient donné lieu à la jurisprudence *Canal de Craponne*. La Société d'exploitation de chauffage (SEC) et la société Soffimat avaient conclu, en 1998, un contrat de maintenance de deux moteurs d'une centrale de production de cogénération, pour une durée de dix ans et moyennant une redevance annuelle forfaitaire. Avec le temps et l'évolution des circonstances économiques, la société Soffimat s'était trouvée confrontée à des difficultés en raison de la forte hausse du prix des pièces de rechange dont elle se servait pour réaliser les travaux de maintenance objet du contrat. De fait, le montant des redevances dues par la société SEC était alors devenu ridicule. Malgré ce bouleversement de l'économie du contrat, survenu au cours de son exécution en raison d'un changement de circonstances, la société SEC avait refusé l'augmentation de la redevance demandée par la société Soffimat et avait exigé en référé que celle-ci continue à exécuter scrupuleusement ses engagements contractuels. Le juge des

---

85 CA Nancy, 26 septembre 2007, *Société Novacarb*, D. 2008, p.1120

référés avait fait droit à cette demande, tout comme la Cour d'appel par la suite. Mais l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel a été cassé par la Cour suprême, au visa de l'article 1131 du Code civil selon lequel « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». La Haute juridiction a en effet jugé « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »<sup>86</sup>. Dit autrement, la Cour admet que l'évolution des circonstances économiques peut priver de cause l'engagement initial du débiteur qui n'a alors plus d'intérêt à l'exécution du contrat, ce qui est de nature à emporter la caducité de ce dernier. Il faut noter que, à la différence de la notion de bonne foi qui permet de reconnaître une obligation de renégociation afin de sauvegarder la pérennité des relations contractuelles, la notion de cause ne peut conduire qu'à l'anéantissement du contrat. Dès lors, en utilisant cette notion, la Cour limite le champ d'application de la théorie de l'imprévision aux situations les plus extrêmes, dans lesquelles le changement de circonstances emporte pour l'un des cocontractants une quasi-impossibilité d'exécuter le contrat.

D'aucuns ont réduit la portée de cet arrêt dans la mesure où il n'a pas été publié au Bulletin. D'autres ont, quelle que soit leur position sur l'avancée consacrée par l'arrêt, admis qu'il ne fallait pas le sous-estimer. Thomas Génicon a ainsi pu écrire que « *On pourra bien minimiser la portée de cet arrêt perdu ; on ne peut, dans l'immédiat, minimiser la portée de ce qu'il dit. Car tout y est, ou presque, de la théorie de l'imprévision telle qu'on l'enseigne aux étudiants de deuxième année avant de brandir le célèbrissime arrêt Canal de Craponne pour la balayer* »<sup>87</sup>. Denis Mazeaud quant à lui a affirmé que « *L'exploitation de la théorie de l'imprévision pour libérer un contractant, victime d'un changement imprévisible de circonstances, qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse, en raison du bouleversement de son économie interne nous paraît une source de progrès pour notre*

---

86 Cass. com., 29 juin 2010, *Société d'exploitation de chauffage c/ société Soffimat*, n°09-67369, non publié au Bulletin

87 T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, préc. note 73

*modèle contractuel, qui refuse depuis près de 130 ans toute ingérence du juge sur le fondement de la théorie susvisée »<sup>88</sup>.*

Pour résumer les évolutions marquantes de la jurisprudence judiciaire en matière d'imprévision, la Cour de cassation a eu recours d'une part à la **notion de bonne foi comme instrument de renégociation du contrat** déséquilibré et d'autre part à la **notion de cause comme instrument d'anéantissement du contrat**. Mais malgré ces assouplissements jurisprudentiels indéniables, il faut souligner que la Cour de cassation s'est clairement interdit de revirer en matière d'imprévision et a appelé de ses vœux une intervention législative afin que la jurisprudence *Canal de Craponne* puisse être définitivement et officiellement abandonnée. Elle a en effet affirmé *« qu'il est nécessaire qu'une réforme du droit des obligations aille jusqu'à la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances caractérisées avec précision »<sup>89</sup>.*

La doctrine et le juge ont donc désormais les yeux rivés sur le législateur...

### **C) Les projets de réforme législative**

Plusieurs projets visant à réformer profondément le droit civil en général et le droit des contrats en particulier, sont depuis environ une décennie à l'étude, et traitent chacun la question de l'imprévision de manière extrêmement différente. On évoquera succinctement ces projets, pour apprécier quels seraient leurs apports en la matière.

**En premier lieu, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription** -dit avant-projet Catala-, remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, a pour but de moderniser le Code civil tout en restant fidèle à l'héritage de ses rédacteurs. Sur la question de l'imprévision, l'avant-projet demeure très timide. En effet, il précise lui-même que *« À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les*

---

<sup>88</sup> D. Mazeaud, *L'arrêt Canal « moins » ?*, D. 2010, p.2481

<sup>89</sup> Rapport préc. note 80

*parties concernées elles-mêmes. Aussi n'est-il pas fait allusion délibérément à l'imprévision »*<sup>90</sup>.

**L'article 1135-1** de l'avant-projet prévoit que « *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles* ». Cet article encourage donc les parties à stipuler dans leurs conventions des clauses de renégociation<sup>91</sup> pour encadrer un éventuel changement de circonstances au cours de la vie du contrat. Il ne s'agit donc pas là d'une reconnaissance de l'imprévision, mais d'un simple rappel de la possibilité pour les parties de recourir aux clauses de renégociation au moment de la conclusion du contrat. Une certaine reconnaissance de l'imprévision est en revanche ébauchée furtivement dans les deux articles suivants.

**L'article 1135-2** dispose qu'à défaut de clauses de renégociation, « *la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation* ».

Et **l'article 1135-3** de préciser que l'échec des négociations, « *exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage* ».

En clair, ces articles organisent un mécanisme de renégociation lorsque l'équilibre initial des prestations réciproques est perturbé par un changement de circonstances, au point que le contrat perd tout intérêt pour l'une des parties. Cependant, trois éléments de timidité peuvent être relevés au sein de ces articles.

**D'abord**, il faut remarquer que le dispositif ne s'applique qu'aux contrats « *à exécution successive ou échelonnée* », ce qui est très restrictif et réduit sensiblement la portée du dispositif.

**Ensuite**, le texte fait référence à une perturbation de l'équilibre initial des prestations « *par l'effet des circonstances* », peu important que le changement de ces circonstances ait été imprévisible. Toutefois, on peut noter que la généralité de la formule permet de couvrir quand même les situations d'imprévision.

---

<sup>90</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) - Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice - 22 Septembre 2005, consultable sur le site Internet [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)

<sup>91</sup> Ces clauses seront étudiées en détail dans le Chapitre 2.

**Enfin**, et c'est peut-être là la plus grande limite, le juge a seulement la possibilité d'ordonner une renégociation du contrat, sans pouvoir y procéder lui-même.

En bref, on peut reprendre les mots de Denis Mazeaud, pour qui « *L' "avant-projet Catala" reflète parfaitement la confiance dans la capacité des contractants à gérer le risque d'imprévision, et reflète l'idée que la liberté contractuelle est le meilleur remède au changement de circonstances survenu lors de l'exécution du contrat. [...] En somme, hors la liberté contractuelle, point de salut en cas de changement imprévisible de circonstances ! Cet avant-projet est donc hermétique à la théorie de l'imprévision sous toutes ses formes [...]* »<sup>92</sup>.

**En deuxième lieu**, le projet de l'Académie des sciences morales et politiques -dit avant-projet Terré- remis au Garde des Sceaux le 1er décembre 2008, est beaucoup plus audacieux en matière d'imprévision.

**L'alinéa premier de l'article 92** dudit projet rappelle le principe de force obligatoire du contrat en ces termes « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse* ».

**L'alinéa suivant** prévoit que « *Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat* ».

Enfin, **le dernier alinéa** précise qu' « *en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* »<sup>93</sup>.

On peut remarquer que les dispositions de cet article 92 sont applicables à tous les contrats et non plus aux seuls contrats à exécution successive, comme c'était le cas dans l'avant-projet Catala.

En outre, les conditions strictes requises pour caractériser une situation d'imprévision sont proches de celles exigées en droit administratif. En effet, le deuxième alinéa de l'article précité impose que le changement des circonstances soit imprévisible, que le cocontractant subissant ce changement n'ait pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat et que ce changement ait rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

---

92 D. Mazeaud, *L'arrêt Canal « moins » ?*, préc. note 88

93 *Pour une réforme du droit des contrats – Sous la direction de François Terré*, Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2008

Enfin, l'issue de la renégociation entre les parties est clairement indiquée : à défaut d'accord entre les parties pour adapter leur contrat, le juge pourra intervenir soit pour l'adapter lui-même en tenant compte de la volonté des parties, soit pour y mettre fin. Toutefois, un doute plane sur les modalités de l'anéantissement de la convention : s'agit-il d'une résolution, d'une résolution, etc.? Malgré cette imprécision, le texte n'en reste pas moins audacieux, dans la mesure où il admet explicitement la révision pour imprévision.

**En troisième lieu, l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des obligations,** dont le texte -dans sa version de travail du 23 octobre 2013- a été dévoilé par le quotidien Les Échos le 14 janvier 2014, admet lui aussi la révision judiciaire pour imprévision.

**L'alinéa premier de l'article 104** du projet prévoit 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* ».

Quant à **l'alinéa second**, il dispose qu'« *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* »<sup>94</sup>.

Plusieurs remarques s'imposent à la lecture de cet article.

**Tout d'abord**, on peut s'interroger sur l'utilité pratique du premier paragraphe de l'article. En effet, rien n'a jamais interdit à une partie à un contrat affecté par un changement imprévisible des circonstances de demander à l'autre partie une renégociation des termes contractuels. Autrement dit, une partie peut d'ores et déjà demander à son cocontractant de renégocier le contrat, sans avoir à se prévaloir d'une disposition législative. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) a à ce propos affirmé dans son rapport sur le projet gouvernemental initial, que « *la réelle innovation serait de prévoir que les parties ont une obligation légale de renégocier lorsque survient un changement de circonstances répondant à*

---

<sup>94</sup> Texte consultable en pièce jointe à l'article de M. Babonneau, *Réforme du droit des contrats : l'avant-projet dévoilé*, Dalloz actualités, 16 janvier 2014

*certaines conditions »*<sup>95</sup>.

**Ensuite**, il faut relever le réel apport de cet article : l'obligation pour le cocontractant qui demande une renégociation de continuer à exécuter le contrat durant cette dernière. Une telle condition rappelle bien évidemment l'un des critères d'attribution de l'indemnité d'imprévision en droit des contrats administratifs et vise à ce que soient évitées les contestations dilatoires. En outre, les autres conditions publicistes d'application de la théorie de l'imprévision sont également exigées par l'article commenté. On pense ici à l'imprévisibilité du changement de circonstances ainsi qu'à l'extrême onérosité de l'exécution du contrat, qui évoque dans une certaine mesure la notion de bouleversement de l'économie du contrat, retenue par le Conseil d'État.

**Enfin**, il faut noter que, à l'instar de ce que prévoit l'avant-projet Terré, le juge peut intervenir pour adapter le contrat déséquilibré, voire pour y mettre fin. Cependant, l'office du juge est limité par la nécessité d'obtenir l'accord commun des parties avant de pouvoir réviser le contrat. C'est ainsi que la CCIP a préconisé, dans le rapport précité, que l'une ou l'autre des parties contractantes puisse saisir le juge pour qu'il procède à une adaptation du contrat. Mais, poursuit la CCIP, *« pour éviter que l'une des parties ne se voie imposer un contrat qu'elle n'aurait jamais conclu à l'origine et, d'autre part, pour "canaliser" le pouvoir du juge, ce dernier devrait se fonder [...] sur le standard des attentes légitimes des parties »*<sup>96</sup>.

On précisera, pour terminer sur le projet gouvernemental, que le Sénat a refusé, fin janvier 2014, de donner son feu vert au gouvernement pour que la réforme du droit des contrats soit adoptée par voie d'ordonnance. En effet, la commission des lois du Sénat a estimé que *« la réforme du droit des obligations et des contrats, réforme majeure du code civil, était trop importante pour être conduite par ordonnance »*<sup>97</sup>.

---

95 Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires - Réaction de la CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008 - Rapport présenté par Monsieur Didier KLING au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008*, p. 24

96 Préc. note 95, p. 25 du Rapport

97 Texte cité par L. Dargent dans son article *Réforme du droit des contrats : le Sénat refuse la voie de l'ordonnance*, Dalloz actualités, 27 janvier 2014

En quatrième lieu, on signalera simplement qu'une **proposition de loi « visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution »**, a été déposée le 22 juin 2010 par un petit groupe de députés<sup>98</sup>. Elle tend à compléter l'article 1134 du Code civil en y ajoutant un alinéa reprenant presque mot pour mot l'article 104 du projet gouvernemental : *« Si un changement de circonstances imprévisible, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe »*. Cependant, on ne s'attardera pas sur cette proposition de loi, dans la mesure où, pour citer Félix Rome, *« plus encore que réformer successivement le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile et le régime des obligations, ce que nous suggèrent nos ingénieux parlementaires c'est une réforme au coup par coup, règle par règle, une réforme pointilliste, privée de toute vision d'ensemble et, par conséquent, de cohérence et d'homogénéité »*<sup>99</sup>.

On le voit donc, la question de l'opportunité d'introduire dans notre droit civil, par voie législative, un mécanisme de révision ou de résiliation pour imprévision n'est aujourd'hui plus discutée. En revanche, ce qui est discuté, comme en témoignent les nombreux projets de réforme, ce sont les modalités d'un tel mécanisme. A ce titre, une partie de la doctrine<sup>100</sup> estime que la meilleure solution serait de consacrer l'obligation pour les parties de renégocier le contrat en cas d'événements imprévisibles et, en cas d'échec des renégociations, de permettre au juge, non pas d'adapter lui-même le contrat, mais de le résilier en réglant les effets de cet anéantissement prématuré. En effet, comme l'affirme Thomas Génicon, *« [...] imposer de l'extérieur une relation économique qui n'est pas voulue dans ses modalités essentielles par les parties est une illusion »*<sup>101</sup>.

Même si la réforme du droit commun des contrats apparaît comme l'arlésienne du droit privé, il est tout de même permis d'espérer que la loi évoluera très prochainement en matière d'imprévision.

---

98 Proposition de loi n°3563, consultable sur le site Internet [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

99 F. Rome, *Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi !*, D. 2011, p.1961

100 Voir par exemple E. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, RDC 2010, p.1057 ; T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, préc. note 73

101 T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, préc. note 73

Et quelle que soit la solution consacrée par le législateur, elle s'appliquera bien évidemment aux marchés de travaux. A ce propos, il faut rappeler -même s'il ne s'agit pas d'une loi mais seulement d'un texte officiel- que la norme NF P 03-001<sup>102</sup>, applicable aux marchés privés de travaux qui y font expressément référence, semble consacrer l'imprévision. En effet, l'article 9.1.2 de la Norme prévoit que « *Les prix du marché [...] rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles [...]* ». Cette disposition devrait permettre, dans certains cas, l'indemnisation liée aux augmentations imprévisibles des coûts supportés par les entreprises titulaires de marchés privés de travaux. La hausse des charges d'origine étatique étant traitée à l'article 9.3 de la Norme, il est permis de considérer que l'article 9.1.2 vise implicitement la hausse du prix des matériaux. On peut donc considérer que cette disposition ouvre bien la possibilité pour un entrepreneur d'obtenir une indemnité afin de compenser une augmentation imprévisible de ses coûts, ayant entraîné un bouleversement de l'économie de son marché. En effet, cet article, en précisant que l'engagement des parties est limité à ce qui était prévisible au moment où le marché a été conclu, vise à anticiper le traitement des déséquilibres contractuels postérieurs à la signature du marché. Il s'agit donc là d'une petite révolution instaurée par la Norme. Toutefois, on rappellera que cette dernière n'est applicable qu'aux marchés qui s'y réfèrent explicitement.

En tout état de cause, dans l'attente d'une évolution législative du droit privé en matière d'imprévision, les parties à un marché privé de travaux qui souhaitent sécuriser leurs relations contractuelles disposent du contrat comme outil d'anticipation des changements imprévisibles du contexte économique. En matière de marchés publics de travaux, les mécanismes contractuels d'adaptation du contrat aux aléas économiques sont un moyen de pallier à l'incertitude liée à l'application de la théorie de l'imprévision.

Dès lors, le traitement endogène de l'imprévision présente pour les parties à un marché de travaux, un intérêt qui n'est aujourd'hui plus à démontrer.

---

102 Préc. note 7

## **CHAPITRE 2 : LE TRAITEMENT ENDOGÈNE DE L'IMPRÉVISION**

Le droit des marchés publics, comme celui des marchés privés, offre aux cocontractants la possibilité d'aménager l'évolution de leurs relations contractuelles au sein même de la convention qui les lie, en utilisant des clauses destinées à prendre en compte les variations des conditions économiques. A ce titre, on peut citer les auteurs du *Traité des contrats administratifs* pour qui « *il est exact [...] de considérer le système des clauses de révision et de variation comme la consécration conventionnelle de l'imprévision* »<sup>103</sup>.

En recourant à de telles clauses -qu'on qualifiera génériquement de clauses d'imprévision-, les parties prévoient, en amont, le remède applicable face à une modification plus ou moins importante des conditions économiques d'exécution de leur marché. La faculté offerte aux cocontractants de recourir à des clauses d'imprévision permet ainsi, surtout dans les contrats de longue durée, d'allier force obligatoire du contrat et souplesse dans son exécution.

Il convient donc de s'intéresser au principe même de la pratique consistant à insérer des clauses d'imprévision dans les marchés de travaux (**Section 1**) avant d'étudier concrètement de quelle manière elles sont mises en œuvre (**Section 2**).

### **Section 1 : L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés de travaux**

Les clauses d'imprévision insérées dans les marchés de travaux peuvent être avoir l'une des deux finalités suivantes : soit elles permettent d'adapter automatiquement et directement le marché à un contexte économique défavorable au cours de son exécution, soit elles fixent les conditions et procédures d'une révision non-automatique et différée du contrat.

Quoi qu'il en soit, le droit des marchés publics encadre de façon précise le recours aux clauses d'imprévision (§1) tandis que le droit des marchés privés laisse aux cocontractants une grande liberté en la matière (§2).

---

103 A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2e éd., tome 2, p.248

## **§1. L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés publics de travaux : une pratique bien encadrée**

L'article 18 du Code des marchés publics prévoit que « *Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif* ». On précise que l'article 19 en question énumère les cas exceptionnels dans lesquels un marché public peut être conclu à prix provisoire. Le principe est donc que le prix d'un marché ou les modalités de sa détermination sont fixés initialement dans les documents contractuels.

Pour autant, poursuit l'article 18, « *Un prix définitif peut être ferme ou révisable* » et « *Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable [...]* ».

En clair et en bref, un marché public est conclu soit à prix ferme invariable, soit à prix ferme actualisable, soit à prix révisable.

L'article 18 précise également, pour guider le pouvoir adjudicateur dans son choix entre prix ferme et prix révisable, que le recours au prix ferme dans un marché public est limité au cas où « *cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché, du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ». Dans les autres cas, il faut donc recourir au prix révisable. Le Ministère de l'Économie et des Finances, dans son Guide *Le prix dans les marchés publics*<sup>104</sup>, a dressé une liste de données à prendre en considération pour déterminer la forme de prix à retenir.

Le **premier élément** a trait à la **nature même des prestations objet du marché** : sont-elles composées d'éléments dont le prix est susceptible de varier de manière importante et brutale ?

Le **deuxième élément** tient à la **durée du marché** : plus celle-ci sera longue, plus le risque de dérive des conditions économiques est élevé.

Le **troisième élément** réside dans l'existence de **références suffisamment pertinentes** pour constituer une formule de variation de prix.

Le **quatrième élément** est d'**ordre budgétaire et comptable** : les moyens financiers (capacité à prévoir des hausses de budget lorsque celui-ci n'a pas été provisionné) et techniques (effectifs, moyens de calculs, etc.) de l'acheteur public pourront le déterminer à

---

<sup>104</sup> Guide *Le prix dans les marchés publics*, avril 2013, version 1.1, consultable sur le site Internet [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)

choisir un prix ferme plutôt qu'un prix révisable.

En tout état de cause, que le prix soit ferme ou révisable, on a vu que l'article 18 du Code des marchés publics prévoit deux formes de variation des prix d'un marché qui sont l'actualisation (A) et la révision (B) et qu'il convient d'étudier plus en détail, étant entendu qu'elles sont toutes deux matérialisées par des clauses figurant généralement dans les documents particuliers du marché, le plus souvent dans le Cahier des clauses administratives particulières (CCAP).

#### **A) Les clauses d'actualisation des prix**

Avant de présenter le principe de l'actualisation, il faut souligner que cette forme de variation des prix n'est pas à proprement parler un moyen d'anticiper les situations d'imprévision. Cependant, elle permet de tenir compte dans une certaine mesure des variations économiques et c'est à ce titre qu'on en dira quelques mots.

L'actualisation peut se définir comme une méthode de calcul permettant de revaloriser globalement le prix d'un marché, lorsque s'écoule un délai anormalement long entre une estimation de prix et le commencement des travaux. Plus précisément, il s'agit d'une réinitialisation du prix fixé dans le marché, lorsque, aux termes de l'article 18 précité, « *un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations* ». Autrement dit, l'actualisation compense un décalage d'au moins trois mois entre la date de fixation du prix et le début d'exécution de la prestation. Elle n'a donc lieu qu'une seule fois, et avant le commencement des travaux. Ce sont là les deux différences majeures entre l'actualisation et la révision, puisqu'on verra plus bas que cette dernière a lieu périodiquement après la signature du marché et tout au long de son exécution.

L'actualisation a pour conséquence de transformer le prix ferme initial en un nouveau prix ferme, étant entendu que tout prix ferme n'est pas nécessairement actualisable mais que seul un prix ferme peut être actualisable. Ainsi le prix actualisé reste-t-il ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement final.

Après avoir présenté succinctement le principe de l'actualisation, plusieurs précisions s'imposent.

**En premier lieu**, la clause d'actualisation est obligatoire dans certains cas et facultative dans d'autres. En effet, l'article 18 du Code prévoit qu'elle s'impose dans les marchés portant sur des fournitures et services autres que courants et sur des travaux. *A contrario*, elle n'est pas requise dans les marchés de fournitures ou de services courants, mais peut cependant y être librement insérée par le pouvoir adjudicateur. Il résulte donc des dispositions mêmes du Code que tous les marchés publics de travaux doivent impérativement comporter une clause d'actualisation, quand bien même l'acheteur public estimerait qu'elle n'est pas utile. Toutefois, pour les marchés de travaux, lorsqu'aucune actualisation n'est prévue dans le CCAP alors qu'elle est rendue obligatoire par la réglementation en vigueur, le CCAG Travaux prévoit, dans son article 10.4.3<sup>105</sup>, une actualisation par défaut. En tout état de cause, le Ministère de l'Économie et des Finances conseille aux entreprises, lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux (ou d'un marché de fournitures ou de services courants), d'informer le pouvoir adjudicateur si elles constatent que l'obligation de prévoir une clause d'actualisation n'est pas respectée dans le marché. En effet, une fois le marché signé, aucun avenant ne sera possible pour insérer une telle clause, car cela constituerait une modification des conditions initiales de la mise en concurrence et serait susceptible de sanction par le juge des référés contractuels.

**En deuxième lieu**, toujours selon l'article 18, il faut mentionner le fait que dans les marchés à tranches conditionnelles, le prix de chaque tranche est actualisable. En effet, quand l'actualisation est prévue dans un marché à tranches, le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 qui est venu modifier l'article 18 du Code, prévoit que cette actualisation est de droit lorsque les tranches conditionnelles sont affermies plus de trois mois après la date de fixation du prix, ce qui est d'ailleurs souvent le cas en pratique. Cette règle est notablement plus avantageuse que celle qui prévalait jusqu'à l'adoption de ce décret et qui ne prenait pas en compte la date d'affermissement de chaque tranche conditionnelle mais exclusivement celle du début d'exécution du marché<sup>106</sup>.

---

105 CCAG Travaux, art. 10.4.3 : « *L'actualisation se fait en application des coefficients établis à partir d'index de référence fixés par les documents particuliers du marché. A défaut, l'actualisation se fait sur la base de l'index BT 01 pour les travaux concernant majoritairement le bâtiment et sur la base de l'index TP 01 pour les travaux concernant majoritairement les travaux publics* ».

106 Sur cette règle antérieure au décret n°2011-1000 du 25 août 2011, voir par exemple CE, 18 novembre 2009, *Société 2H Energy*, n°311179, inédit au Recueil Lebon ; CAA Nantes, 2 juillet 2010, *Société 2H Energy*, n°09NT03053, inédit au Recueil Lebon

**En troisième et dernier lieu**, on a vu que la clause d'actualisation ne peut être mise en œuvre que si un délai supérieur à trois mois s'est écoulé entre la date à laquelle le candidat attributaire a fixé le prix de son offre et la date de début d'exécution des prestations. Il convient donc de préciser ce qu'il faut entendre par « *début d'exécution des prestations* ».

Dans le cadre d'un marché unique -c'est-à-dire non alloti-, cette date est celle de la notification du marché au titulaire ou bien celle fixée, après notification, par ordre de service.

En cas d'allotissement, la date à prendre en compte est celle qui est fixée par le calendrier d'exécution pour l'intervention de chaque entreprise sur le chantier. En effet, s'il n'y a qu'un seul ordre de service pour le commencement de tous les lots, cet ordre de service doit préciser la date de début d'exécution de chacun des lots. S'il y a un ordre de service par lot, la date à retenir pour l'actualisation est celle prescrite par chacun des ordres de service.

Concernant la date à retenir pour l'actualisation des marchés à tranches, il convient de se reporter au paragraphe précédent.

Sur le principe, les clauses d'actualisation permettent donc de prendre en compte, avant le début de l'exécution des travaux, les variations des conditions économiques intervenues depuis la date de fixation du prix. Mais elles sont beaucoup moins efficaces, en la matière, que les clauses de révision des prix qui elles, ont véritablement pour objet de pallier à l'incertitude liée à l'exécution de marchés de longue durée ou à tout le moins, de marchés comprenant des prestations dont les prix sont sujets à de fortes fluctuations.

## **B) Les clauses de révision des prix**

La révision a pour objet de revaloriser périodiquement (en général mensuellement), le montant des prestations pendant toute la période d'exécution du marché. Selon le IV de l'article 18 du Code des marchés publics, « *Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques* ». Le Ministère de l'Équipement a d'ailleurs, dans une instruction du 25 janvier 2005<sup>107</sup>, encouragé les acheteurs publics à insérer des clauses de révision dans leurs marchés : « *dans le contexte économique actuel, les marchés de BTP mettant en œuvre des produits et matières dont les cours sont susceptibles d'évoluer*

---

<sup>107</sup> Instruction du 25 janvier 2005 (NOR : EQUE0500019J) relative à la prise en compte des évolutions des coûts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil, consultable sur le site Internet [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

*fortement et de manière erratique doivent comporter une clause d'ajustement ou de révision des prix* ». Et l'instruction de conclure : « *En raison de ces incertitudes économiques touchant les marchés de bâtiment et de génie civil, dont l'exécution porte généralement sur des durées relativement longues, il est donc recommandé aux maîtres d'ouvrage de ne plus recourir aussi systématiquement au prix ferme, mais de privilégier le recours aux formules d'actualisation, d'ajustement ou de révision de prix* ».

Le recours aux clauses de révision dans les marchés de travaux apparaît donc clairement comme un moyen de pallier à un contexte économique fluctuant et de garantir l'équilibre économique initial du contrat voulu par les parties. En effet, le prix révisable est un prix qui évolue à mesure de l'exécution de la prestation pour tenir compte des conditions économiques concrètes rencontrées. Il est destiné à prendre en considération les effets de l'inflation et des variations erratiques du prix des matières premières.

Comme précédemment pour les clauses d'actualisation, il convient ici d'apporter un certain nombre de précisions relatives aux clauses de révision.

**Premièrement**, la révision des prix est, comme l'actualisation, soit obligatoire, soit facultative. En effet, le V de l'article 18 du Code prévoit que « *Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix [...]* ». Autrement dit, le recours à une clause de révision est obligatoire lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- le marché en cause a une durée d'exécution supérieure à trois mois ;
- il nécessite le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières ;
- le prix de ces fournitures et matières premières est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

Dès lors, il est primordial que l'acheteur public se demande, pour chacun des marchés qu'il passe, si telle ou telle matière première, dont le prix est soumis à d'importantes fluctuations, intervient de manière prépondérante dans la formation du prix de la prestation. La difficulté réside donc dans la détermination de ce qu'est « *une part importante de fournitures* », d'autant plus que la jurisprudence ne fournit pas d'indication précise sur ce point. Toutefois, on peut

raisonnablement penser qu'en dessous de 10 % du prix total du marché, il est aventureux de parler de « *part importante* ». En tout état de cause, pour déterminer cette part, l'acheteur public pourra par exemple s'appuyer sur les quantités ou les montants des fournitures concernées.

Il résulte donc de ce qui précède que dans toutes les hypothèses où le marché ne répond pas aux trois conditions précitées, le pouvoir adjudicateur est libre d'insérer ou non une clause de révision des prix. Pour se déterminer sur ce point il devra, comme on l'a dit plus haut, prendre en compte un faisceau d'éléments que sont la nature des prestations achetées, la durée du marché, l'existence -ou l'inexistence- de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public et de l'entreprise, ainsi que l'absence d'incertitude budgétaire.

**Deuxièmement**, c'est en principe au pouvoir adjudicateur qu'il revient, le cas échéant, de prévoir et de rédiger les clauses de révision des prix. Celles-ci seront généralement inscrites, comme les clauses d'actualisation, dans le CCAP du marché. Aux termes du IV de l'article 18 du Code, « *Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre* ». La précision apportée à la rédaction d'une clause de révision est donc primordiale, d'autant plus qu'il s'agit d'un élément essentiel de l'offre remise par les candidats. En effet, ces derniers vont fixer leurs prix en fonction de l'existence d'une telle clause et de son contenu. La formule de révision des prix a donc un impact sur la mise en concurrence : si elle n'est pas prévue ou est inadaptée, elle peut limiter ou fausser la concurrence entre les opérateurs économiques. Par conséquent, lors de la procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un marché, l'absence irrégulière de clause de révision ou la stipulation d'une clause entachée de nullité constituent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont peut connaître le juge du référé précontractuel. Il en est ainsi, juge le Conseil d'État, « *compte tenu de l'incidence des clauses du contrat relatives aux prix et à leur révision sur la formation des offres des candidats, notamment en fonction des capacités financières respectives de ces derniers* »<sup>108</sup>.

---

108 CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n°328803, mentionné dans les tables du Recueil Lebon

**Troisièmement**, en ce qui concerne la périodicité de mise en œuvre de la clause de révision, il convient, afin de la fixer, prendre en considération la volatilité des prix des prestations du marché en cause. Dans un contexte où les prix évoluent très rapidement et où les acteurs économiques ne disposent d'aucune visibilité, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un rythme soutenu de révision de prix. En effet, des révisions de prix trop espacées ne permettraient pas de tenir compte des fluctuations réelles des prix entre deux révisions. L'acheteur public doit par conséquent trouver, en fonction des prestations en cause, un rythme de révision qui permette de conserver l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'une ou l'autre des parties. En pratique, la révision a souvent lieu à l'occasion du paiement des acomptes et suit ainsi une périodicité identique. En l'absence de stipulations sur le rythme des révisions dans les documents particuliers du marché, la clause de révision est par principe inapplicable. Toutefois, si le marché se réfère à un CCAG, la périodicité de mise en œuvre de la clause de révision sera fixée par défaut. Ainsi l'article 13.2 du CCAG Travaux prévoit-il que l'état d'acompte mensuel fait ressortir l'effet de la révision des prix. Il faut donc en déduire qu'en matière de marchés publics de travaux, la révision des prix interviendra, en l'absence de précisions sur ce point dans le CCAP, mensuellement.

**Quatrièmement**, il convient d'apporter quelques précisions sur l'application dans le temps de la clause de révision des prix. En principe, elle s'applique pendant toute la durée du délai contractuel d'exécution, y compris durant sa prolongation par avenant dès lors que l'avenant prévoit que les travaux restant à réaliser le seront conformément aux stipulations du marché. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt de 1976 : « *Considérant que, par convention en date du 10 janvier 1967 qui constitue un avenant au marché initial passé le 4 janvier 1965 entre le maire de Verdun et le sieur B... pour l'exécution de la charpente métallique de la piscine municipale, les parties ont stipulé, d'une part, que le délai d'exécution du marché était reporté au 1er février 1967 et, d'autre part, que les travaux restant à réaliser à la date de l'avenant seraient exécutés "conformément au marché signé par M. B..., c'est-à-dire aux prix des devis approuvés" ; que, par cette formule, les parties ont entendu qu'il soit fait application pendant la durée contractuelle d'exécution du marché qui expirait le 1er février 1967 de l'ensemble des clauses contractuelles relatives aux prix, notamment de la clause de révision qui figure à l'article 9 du marché initial* »<sup>109</sup>.

---

109 CE, 17 mars 1976, *Vuillemin*, n°96368, Lebon p.164

De même, l'application de la clause de révision se poursuit en cas de dépassement du délai contractuel imputable au retard pris par d'autres corps de métiers dans l'exécution de leurs prestations<sup>110</sup>, à l'exécution tardive par l'administration de ses obligations<sup>111</sup>, ou encore à des sujétions imprévues<sup>112</sup>. En revanche, il en va différemment lorsque le retard est imputable au seul titulaire du marché<sup>113</sup>.

**Enfin**, on rappellera que la clause de révision des prix peut produire ses effets à la hausse comme à la baisse, ce qui signifie que l'administration est en droit de la faire jouer en sa faveur en cas de baisse des prix. En effet, la clause de révision constitue un engagement contractuel et aucune des parties ne peut y renoncer ou en empêcher unilatéralement la mise en œuvre. Toutefois, les parties au contrat peuvent, d'un commun accord, renoncer à l'application de la clause de révision des prix pour l'ensemble ou une partie de la durée d'exécution du marché.

On vient donc de voir que, par le biais de clauses de révision des prix et, dans une moindre mesure, de clauses d'actualisation des prix, les parties à un marché public de travaux peuvent aménager leurs relations contractuelles afin de tenir compte des variations des conditions économiques pouvant affecter la vie de leur contrat. Cette pratique est très encadrée par le Code des marchés publics. En matière de marchés privés de travaux, une telle pratique existe également, mais elle est beaucoup moins encadrée.

## **§2. L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés privés de travaux : une pratique marquée par la liberté contractuelle**

Pour pallier au principe du rejet de la théorie de l'imprévision en droit des contrats privés, les parties contractantes ont développé des mécanismes contractuels destinés à anticiper d'éventuelles modifications imprévisibles des circonstances économiques. C'est ainsi que les

---

110 CE, 28 octobre 1964, *Société SEPEC*, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon, AJDA 1964, p.715 ; CE, 1er août 2012, *Société Scarpari*, n°342337, inédit au Recueil Lebon

111 CE, 11 mars 1959, *Société technique des appareils centrifuges industriels*, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon, AJDA 1959, p.94

112 CE, 13 décembre 1961, *Ministre des Travaux publics c/ Société nationale de construction*, inédit sur Légifrance, Recueil Lebon p.706

113 CAA Nancy, 24 septembre 2009, *Société Bour*, n°08NC00302, inédit au Recueil Lebon

parties à un contrat privé, et notamment à un marché privé de travaux, sont libres d'insérer dans leurs conventions deux types de clauses : les clauses de renégociation (A) -qui sont des clauses d'adaptation non-automatique du contrat- et, comme en matière de marchés publics, des clauses de variation automatique des prix (B).

### **A) Les clauses de renégociation**

Un auteur écrivait récemment la chose suivante : « *Dans un contexte de crise économique tel que celui dans lequel nous sommes entrés, la faculté d'adaptation, synonyme de flexibilité, devient parfois une question de survie pour les agents économiques. Elle est d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de contrats à exécution successive à moyen terme, a fortiori à long terme. Cette recherche de flexibilité peut passer, notamment, par la mise en œuvre de clauses de rencontre et de renégociation. Celles-ci permettent à l'un des agents d'exiger de l'autre l'ouverture de discussions aux fins d'envisager les éventuelles modifications à apporter à leur relation, selon différentes modalités plus ou moins contraignantes et avec, à la clef, différentes issues et sanctions possibles* »<sup>114</sup>. Voici donc résumé efficacement tout le principe et l'enjeu des clauses de renégociation. Celles-ci, que l'on appelle selon une terminologie anglo-saxonne, clauses de *hardship*, sont très fréquemment utilisées dans les contrats internationaux d'affaires, mais il est tout à fait concevable qu'elles soient librement insérées dans des contrats privés à dimension simplement nationale, et notamment dans des marchés privés de travaux. En effet, on rappelle que le droit privé des contrats repose en grande partie sur le principe de liberté contractuelle.

On peut définir les clauses de renégociation ou de *hardship* comme celles aux termes desquelles les parties contractantes s'entendent pour réaménager le contrat qui les lie, si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles se sont engagées vient modifier l'équilibre contractuel au point de faire subir à l'une d'elles, une rigueur injuste. Autrement dit, il s'agit de clauses permettant aux cocontractants de se prémunir contre un changement brutal des circonstances économiques, qui modifie profondément l'équilibre initial de leurs obligations réciproques. Les modalités, prévues au contrat, qui permettront aux cocontractants de surmonter l'imprévisible, sont très diverses et ne connaissent comme limite que l'imagination des parties puisque, encore une fois, le principe en la matière est celui de la

---

114 F. Magar, *Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation*, D. 2010, p.1959

liberté contractuelle.

La mise en œuvre de ces clauses doit en principe permettre de rétablir l'équilibre contractuel initial en procédant à une répartition du risque entre les cocontractants, permettant ainsi la poursuite de la relation commerciale. En effet, même si une situation de bouleversement des circonstances économiques est par nature, imprévisible et difficile à appréhender lors de la conclusion du contrat, il est cependant envisageable de déterminer dès la négociation du contrat le niveau de risque que chaque partie entend prendre en contrepartie de son engagement contractuel, et ce notamment par des indicateurs de performance qui seront contractuellement définis : marge, coûts de production, prix des matières premières, etc. Dès lors, le franchissement du seuil de risque ou de performance minimale attendue pourra entraîner la mise en œuvre de la clause de renégociation, c'est-à-dire d'un mécanisme d'adaptation du contrat selon des modalités prédéfinies. On verra plus bas que, malgré le principe de liberté contractuelle, il est nécessaire que les clauses de renégociation comportent un certain nombre d'éléments sans lesquels elles s'avèreraient inefficaces.

Il faut en outre préciser qu'en dépit de l'obligation de rapprochement que la clause de renégociation fait peser sur les parties, rien ne les oblige à parvenir effectivement à un accord. Autrement dit, l'obligation de négocier est une obligation de résultat mais celle de parvenir à une solution n'est, en revanche, qu'une simple obligation de moyens. Dans ces conditions, il est possible de prévoir que la partie lésée pourra obtenir, en cas d'échec de la révision du contrat, la résiliation de ce dernier.

En tout état de cause, dans les contrats à exécution successive de longue durée, y compris dans les marchés de travaux, il est vivement recommandé aux parties contractantes de stipuler des clauses qui organisent et encadrent l'impact juridique et financier d'une modification du contexte économique qu'elles n'ont pu totalement anticiper. De telles clauses permettront ainsi de fixer une nouvelle répartition des charges et obligations découlant d'une situation d'imprévision, ou d'inciter les parties à renégocier les termes de leur contrat.

On conclura ces brefs développements sur les clauses de renégociation, par les considérations suivantes, que l'on doit à l'auteur précité, et qui démontrent avec force l'utilité, voire la nécessité de recourir à de telles clauses : « *Se rattacher à la sacro-sainte force obligatoire du contrat, c'est finalement faire peser en totalité sur l'un des contractants l'intégralité des affres du hasard qui l'a choisi comme victime, là où l'autre n'y a échappé que par fortune. Est-ce là faire justice que de faire peser les conséquences de choix (rendus impossibles du fait de*

*l'imprévision) sur l'un plus que sur l'autre alors que les deux n'y sont pour rien ? C'est en outre contraire à la réalité de la raison (présumée) pensante de la plupart des opérateurs économiques rationnels pour lesquels un partage, une mutualisation du risque imprévisible, vaut souvent bien mieux qu'un quitte ou double laissé à la discrétion du hasard. Rappelons en effet que les contrats d'affaires ont, dans leur ensemble, vocation, par une synergie entre deux ou plusieurs parties, à la création de richesse et leur partage entre les parties. Le meilleur contrat n'est d'ailleurs sans doute pas celui qui répond à la plus rigoureuse technique juridique mais plus simplement -et plus utilement aussi- celui qui en maximise la création de valeur ajoutée et donne aux parties le sentiment que chacun y retrouve tout du long son compte »<sup>115</sup>.*

En droit privé français, on a vu que le principe de la force obligatoire du contrat s'impose aux parties même si l'une d'entre elles subit, en raison d'une modification importante du contexte économique, de grosses pertes en lieu et place des profits escomptés. Face à la rigueur de cette règle, les parties à un contrat privé ont donc tout intérêt à stipuler dans leurs conventions des clauses de gestion de l'imprévision afin de ne pas se retrouver complètement démunies puisque, on le rappelle, ni le juge judiciaire ni le législateur n'admettent pour le moment une règle générale de révision pour imprévision. Dans ces conditions, on vient de voir que les parties contractantes peuvent elles-mêmes prévoir contractuellement le principe d'une renégociation des termes conventionnels. Elles peuvent également recourir à des clauses de variation automatique des prix, comme cela se pratique dans les marchés privés de travaux.

## **B) Les clauses de variation automatique des prix**

Comme en marchés publics de travaux, il est, en ces temps d'instabilité du cours des matières premières, fortement conseillé aux parties à un marché privé de travaux de bannir les prix fermes et de stipuler des clauses de variation automatique des prix. Mais contrairement aux marchés publics, les parties à un marché privé peuvent en principe stipuler librement les modalités de variation des prix. Il est donc possible de convenir d'une clause permettant d'actualiser les prix mais aussi de les réviser en fonction de certains indices ou index. En effet,

---

<sup>115</sup> F. Magar, *Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation*, préc. note 114

les marchés privés de travaux font fréquemment référence à la norme NF P 03-001<sup>116</sup>, dont l'article 9.4.1.1 prévoit que « *Les pièces contractuelles indiquent la formule de variation de prix, les paramètres de référence et leur valeur initiale* ». L'article 9.4.1.2 rappelle que « *L'actualisation est la mise à jour du ou des prix d'origine à la date déterminée par le paragraphe 9.4.1.2.4, en fonction des variations économiques intervenues depuis la date de référence des prix* ». Quant à l'article 9.4.1.3, il dispose que « *Les prix du marché, le cas échéant actualisés en vertu du paragraphe 9.4.1.2, sont révisés, par application de la formule de variation visée au paragraphe 9.4.1.1, dans les conditions ci-après, sauf disposition contraire du cahier des clauses administratives particulières* ».

Ainsi résulte-t-il de toutes ces dispositions que l'actualisation par la mise à jour des prix d'origine au début de l'intervention de l'entrepreneur sur le chantier peut se cumuler avec la révision des prix au cours de l'exécution du marché. On rappelle qu'un tel cumul n'est pas possible en matière de marchés publics de travaux. La liberté contractuelle des parties à un marché privé de travaux est donc bien réelle, comme en témoigne d'ailleurs le faible encadrement, par la norme NF P 03-001, du recours aux clauses d'actualisation et de révision des prix.

**En ce qui concerne les clauses d'actualisation**, l'article 9.4.1.2.2 de la Norme prévoit que « *L'actualisation est faite par application de la formule de variation visée au paragraphe 9.4.1.1, sans incidence de la partie fixe ou de toute autre disposition limitative* ». Autrement dit, les parties ont toute latitude pour fixer dans leur marché le principe et les critères de l'actualisation : ils ont libre choix des paramètres de référence, dans la mesure toutefois où ils respectent les dispositions -codifiées dans le Code monétaire et financier- de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 relative à l'indexation automatique des prix<sup>117</sup>. En outre, alors qu'en marchés publics de travaux, l'actualisation ne peut avoir lieu que si un délai minimum de trois mois s'est écoulé entre la date de fixation du prix et celle de commencement des travaux, l'article 9.4.1.2.4.1 de la Norme prévoit, sans aucune contrainte que « *Sauf indication contraire dans le cahier des clauses administratives particulières, la date de l'actualisation est la date d'intervention de début des travaux sur le chantier fixée par l'ordre de service* ». Autrement dit, la Norme permet d'actualiser le prix quel que soit le délai écoulé entre la

---

116 Préc. note 7

117 Sur cette ordonnance et sur les dispositions du Code monétaire et financier, voir Section 2, §1., A), p.87

conclusion du marché et le début des travaux, sous réserve que les parties n'aient pas librement choisi de soumettre l'application de la clause d'actualisation à l'écoulement d'un certain délai depuis la date de fixation du prix initial.

**En ce qui concerne les clauses de révision des prix**, la formule de révision doit, comme en matière d'actualisation, faire l'objet d'une clause dans les documents particuliers du marché, où les parties précisent les paramètres de référence et leur valeur initiale.

Il faut ajouter par ailleurs que, contrairement à ce qui se passe pour les marchés publics de travaux, si les parties à un marché privé n'ont pas prévu de clause de révision lors de sa conclusion, il sera toujours possible de négocier et signer, en cours d'exécution des travaux, un avenant dont l'objet serait l'introduction d'une formule de révision des prix.

Enfin, on précisera que pour les contrats de construction de maison individuelle et de vente d'immeuble à construire, régis par les articles L.231-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, la pratique des clauses de révision est beaucoup plus encadrée. En effet, selon l'article L.232-11, la révision des prix dans ce type de contrats *« ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment, publié par l'autorité administrative, et, au choix des parties, selon l'une des deux modalités ci-après :*

a) *Révision du prix d'après la variation de l'indice entre la date de la signature du contrat et la date fixée à l'article L.231-12, le prix ainsi révisé ne pouvant subir aucune variation après cette date ;*

b) *Révision sur chaque paiement dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de l'indice défini ci-dessus entre la date de signature du contrat et la date de livraison prévue au contrat, aucune révision ne pouvant être effectuée au-delà d'une période de neuf mois suivant la date définie à l'article L.231-12 lorsque la livraison prévue doit avoir lieu postérieurement à l'expiration de cette période.*

*Ces modalités doivent être portées, préalablement à la signature du contrat, à la connaissance du maître de l'ouvrage par la personne qui se charge de la construction. Elles doivent être reproduites dans le contrat, cet acte devant en outre porter, paraphée par le maître de l'ouvrage, une clause par laquelle celui-ci reconnaît en avoir été informé dans les conditions prévues ci-dessus.*

*La modalité choisie d'un commun accord par les parties doit figurer dans le contrat.*

*A défaut des mentions prévues aux deux alinéas précédents, le prix figurant au contrat n'est pas révisable ».*

On voit donc que la révision des prix dans les contrats de construction de maison individuelle est très strictement encadrée par le Code de la construction et de l'habitation. Ce dispositif rigoureux est clairement destiné à protéger la partie faible au contrat (le maître d'ouvrage, qui est un particulier) face à la partie dominante (le constructeur, qui est un professionnel).

Après avoir présenté brièvement le principe des clauses d'imprévision, il convient de s'intéresser plus en détail à la mise en œuvre concrète de ces clauses.

## **Section 2 : La mise en œuvre des clauses d'imprévision dans les marchés de travaux**

Au titre de l'étude de la mise en œuvre des clauses d'imprévision dans les marchés de travaux, on détaillera le contenu de ces clauses (§1) avant d'évoquer les difficultés liées à leur application (§2).

### **§ 1. Le contenu des clauses d'imprévision**

Les clauses de variation automatique des prix (A) et les clauses de renégociation (B) ont des contenus très différents, qu'on évoquera séparément, ce qui permettra d'avoir un aperçu de la manière dont elles sont appliquées en pratique.

#### **A) Le contenu des clauses de variation automatique des prix**

Avant d'étudier en détail le contenu des clauses de variation automatique des prix, il convient de rappeler que cette dernière est soumise, tant dans les contrats publics que dans les contrats privés, aux prescriptions de l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958, dont les dispositions ont été codifiées aux articles L.112-1 et suivants du Code monétaire et financier. Ainsi l'article L.112-2 dudit Code interdit-il les indexations fondées sur le Salaire minimum de croissance (SMIC), le niveau général des prix ou le niveau général des salaires ainsi que

celles fondées sur des prix ou des références de prix n'ayant pas de rapport direct avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties. Ce rapport direct implique que la référence choisie corresponde au prix ou au coût d'un élément substantiel de la prestation, ait un rapport étroit avec l'objet du contrat ou, ce qui est en pratique le plus souvent le cas, ait un lien direct avec l'activité de l'un des cocontractants. Autrement dit, dans les marchés privés comme dans les marchés publics, le choix des paramètres de variation des prix est en principe libre ; une seule condition est exigée : il faut que les éléments choisis pour la variation soient en rapport avec l'objet du contrat, conformément aux articles L.112-1 et suivants du Code monétaire et financier.

En tout état de cause, il est presque inutile de préciser que les clauses de variation automatique des prix dans les marchés de travaux -qu'il s'agisse de clauses d'actualisation ou de révision- doivent être rédigées avec une grande attention. En effet, il est nécessaire que la formule de variation choisie soit la plus pertinente possible afin de garantir une application optimale de la clause. Les parties peuvent choisir de se référer à différents paramètres permettant de calculer l'évolution du coût de la ou des prestation(s) objet(s) du marché. Ainsi le calcul de la variation des prix peut-il se faire soit par référence à des paramètres élémentaires que sont les indices, soit par référence à des paramètres composites que sont les index, soit par référence à une formule paramétrique créée sur mesure par les parties, soit par une combinaison de ces différentes modalités. Il convient de définir ces différents termes avant d'étudier comment procéder concrètement à une actualisation et surtout à une révision des prix d'un marché de travaux.

Les **indices** sont des nombres qui représentent l'évolution dans le temps du prix d'un produit, d'un service ou d'un facteur de coût particulier. On recense classiquement six catégories d'indices : salaires et charges ; matériel ; matériaux (spécifiques à chaque activité : aciers, ciments, barres crénelées ou nervurées pour béton armé, etc.) ; énergies ; transports ; frais divers<sup>118</sup>.

Les **index** sont également des nombres, dont l'évolution dans le temps se doit de représenter l'évolution de la structure des coûts d'un type d'ouvrage donné ou d'une prestation donnée.

---

<sup>118</sup> Annexe 7, p.126

Dans le secteur de la construction, il existe une série de trente-huit index BT pour les travaux de bâtiment et dix-neuf index TP pour les travaux publics<sup>119</sup>. Ces deux catégories d'index constituent des références pour les marchés publics et privés de travaux, du fait de leur représentativité et de leur pérennité. Un index est composé de plusieurs indices -tels que définis ci-avant-, assortis de coefficients de pondération, en fonction de leur importance dans la prestation objet du marché<sup>120</sup>. Autrement dit, chaque index est composé d'une somme d'indices, qui sont les indices des prix des facteurs de production de l'ouvrage ou de la prestation objet du marché, chacun de ces indices étant pondéré par un coefficient représentant en pourcentage de la somme totale, l'importance du coût du facteur de production considéré, dans le coût global de construction de l'ouvrage. A titre d'exemple, voici comment était composé l'index TP 09 – Travaux d'enrobés, au 1er janvier 2004 :

| Code                  | Désignation                   | %  |
|-----------------------|-------------------------------|----|
| FM0D081204            | Sables et graviers d'alluvion | 13 |
| FB0D192003            | Bitume et braies              | 26 |
| FM0D351001            | Electricité basse tension     | 1  |
| 641311                | Fioul domestique              | 2  |
| FM0D192004            | Fiouls lourds                 | 3  |
| 641310                | Gazole                        | 3  |
| M00D291016-M00D283004 | Matériel                      | 9  |
| FD                    | Frais divers                  | 7  |
| TR                    | Transport                     | 12 |
| SC                    | Salaires et charges           | 24 |

Source : [www.developpement-durable.gouv.fr](http://www.developpement-durable.gouv.fr)

Il faut signaler que les index TP 01 et BT 01 sont des index globaux, permettant de calculer la variation des prix dans l'ensemble de la branche Bâtiment et de la branche Travaux Publics. Ils ont donc une finalité essentiellement statistique et sont avant tout pour les professionnels des indicateurs conjoncturels de l'activité de ces deux branches. Outre les index BT et TP, il

<sup>119</sup> Annexe 8, p.127

<sup>120</sup> Annexe 9, p.130

existe également des index -qualifiés de « divers »- relatifs à des activités économiques spécifiques (ingénierie, espaces verts, transports routiers, voies ferrées, etc.).

Les index BT et TP, ainsi que les index divers, sont désormais calculés et publiés mensuellement par l'INSEE, sous la direction du Ministère de l'Économie et des Finances, et non plus par le Service de l'économie, de l'évaluation, et de l'intégration du développement durable, qui dépend du Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie. Ce transfert de compétence entre les deux ministères a été réalisé *via* le décret n° 2014-114 du 7 février 2014 relatif à l'indice national du bâtiment tous corps d'état et la circulaire du 21 février 2014 (NOR : EFIS1404646C) du Ministère de l'économie et des finances, et intervient à partir des valeurs du mois de novembre 2013, connues au mois de février 2014. Toutefois, ce changement n'affecte en rien la méthodologie générale utilisée pour le calcul des index, les pondérations des différents indices, ainsi que la base de référence des index (année 1974 pour l'index BT et année 1975 pour l'index TP). Ce changement n'a également aucune incidence sur l'utilisation des index dans les marchés de travaux.

L'utilisation des index dans un marché présente un avantage de simplicité dans la mesure où l'évolution de leur valeur est régulièrement publiée : il suffit alors, pour connaître cette évolution, de consulter le site de publication. Toutefois, le recours à des index pour la variation des prix d'un marché n'est fiable que si les évolutions respectives des différents indices composant l'index restent homogènes entre elles. En effet, ce n'est que dans ce cas que la somme des variations des indices composant l'index reste, dans le temps, représentative de la structure des coûts du marché. Dans ce cas, le choix d'un index pour calculer les évolutions économiques d'un marché est judicieux. En revanche, lorsque les différents indices composant l'index varient de manière contrastée, voire en sens contraire, il est alors plus fiable de recourir à une formule paramétrique pour calculer correctement la dérive des prix d'un marché.

Les **formules paramétriques** sont des formules constituées sur mesure et intégrant plusieurs variables -indices et index- représentant la structure des coûts de la prestation objet du marché. A la différence des index -qui sont eux aussi en quelque sorte des formules paramétriques puisqu'ils comportent plusieurs indices-, les formules paramétriques laissent toute latitude dans le choix des indices appropriés et dans leur pondération respective. Elles peuvent dès lors apparaître mieux adaptées et plus représentatives de la réalité des prestations

que des références généralistes comme les index ou indices. Le recours à cette modalité de variation de prix est ainsi préférable lorsqu'il n'existe pas d'index correspondant aux prestations objet du marché (c'est le cas par exemple de prestations non standardisées), lorsque le marché comporte des prestations très différentes par nature, lorsque le délai d'exécution du marché est particulièrement long ou encore lorsque la situation économique fait craindre des retournements brusques de conjoncture.

Les notions d'indice, d'index et de formule paramétrique étant globalement définies, il convient de s'intéresser à la manière dont elles sont utilisées en matière d'actualisation et de révision des prix dans les marchés publics et privés de travaux, étant entendu qu'il n'y a pas de différence majeure entre les deux types de marchés. En effet, comme on l'a rappelé plus haut, le choix des paramètres de référence pour la variation des prix est libre, sous réserve de respecter les dispositions des articles L.112-1 et suivants du Code monétaire et financier. Toutefois, concernant les marchés de construction de maison individuelle, c'est en pratique presque exclusivement l'index BT 01 qui est utilisé<sup>121</sup>.

En tout état de cause, afin de déterminer la formule d'actualisation ou de révision, il est indispensable de procéder à une décomposition financière et technique du montant initial du marché. En effet, on ne saurait par exemple recourir à un index en se limitant à un rapprochement littéraire entre l'intitulé de cet index et la dénomination de l'ouvrage à construire. Il est également fortement déconseillé de recopier textuellement les clauses relatives au prix d'anciens marchés, sans avoir examiné au préalable leur régularité et leur adéquation au marché en cause. En outre, il n'est pas concevable d'utiliser un index global comme le TP 01 ou le BT 01, sous prétexte qu'un marché comprend des ouvrages de différentes natures. A ce titre, un communiqué publié le 3 juin 1999 au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (BOCCRF) indiquait que « *En cas de marchés regroupant plusieurs spécialités, il convient d'actualiser ou de réviser avec des index différents les parties d'ouvrages relevant de techniques différentes : si un contrat réunit des travaux importants de terrassements, bâtiments, ponts mixtes acier-béton,*

---

121 L'article L.231-11 du Code de la construction et de l'habitation, applicable aux contrats de construction de maison individuelle prévoit en effet que : « *Au cas où le contrat défini à l'article L.231-1 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment, publié par l'autorité administrative [...]* ». Or cet « *indice national du bâtiment tous corps d'état* » correspond à l'indice BT 01.

*il convient de grouper les prix par technique et appliquer des index différents suivant qu'il s'agit de prix de terrassement, de spécialités du bâtiment, de béton armé ou d'ossature métallique. Pour certains travaux, il est possible également qu'aucun index ne convienne. Ceci peut se produire si aucune structure d'index n'est adaptée à l'ouvrage à construire ou si l'index de référence ne comporte pas l'indice correspondant au matériel utilisé. Il convient alors que le maître de l'ouvrage retienne une formule paramétrique d'actualisation ou de révision qu'il lui appartient de préciser dès le lancement de la consultation. Cette formule paramétrique peut aisément résulter d'une adaptation de l'index de référence au problème particulier, par exemple en substituant dans l'index type l'indice du matériau utilisé à celui prévu dans la grille »<sup>122</sup>.*

**En matière d'actualisation**, l'article 18 du Code des marchés publics ainsi que l'article 9.4.1.2.2 de la norme NF P 03-001 laissent à la libre appréciation des parties contractantes le choix de la formule d'actualisation du marché. On rappelle que cette formule permet de mettre à jour, avant le début des travaux, le prix initial fixé dans l'offre. Cette mise à jour est en pratique généralement effectuée par référence à des indices ou des index. Toutefois, les valeurs initiales et finales des paramètres utilisés pour l'actualisation ne sont pas les mêmes en marchés publics et en marchés privés.

**En marchés publics**, la valeur initiale de la référence choisie est celle du mois correspondant à la date d'établissement du prix. Quant à la valeur finale de cette référence, le III de l'article 18 du Code prévoit « *que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations* ». L'actualisation du prix initial se fait donc avec un décalage de lecture de trois mois, ce qui implique en tout état de cause que le prix initial reste intangible pendant trois mois.

On prendra ici un exemple pour illustrer le mécanisme de l'actualisation, avec le cas d'un marché public de travaux pour lequel la date de fixation du prix est le 18 janvier 2014 et dont la date de début des travaux est fixée au 22 juin 2014. Si une clause d'actualisation est prévue par le marché, prenant comme référence un index, le prix ferme est actualisé à compter du 19

---

<sup>122</sup> Communiqué du 3 juin 1999 (NOR : ECOC9910146X), relatif à la modification de la grille des index nationaux de prix du bâtiment (index BT) et des index nationaux de prix de génie civil (index TP), consultable sur le site Internet [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)

avril 2013, puisque l'actualisation ne peut avoir lieu que si trois mois minimum se sont écoulés entre la date de fixation du prix et celle de commencement des travaux. La valeur finale de l'index à prendre en compte est celle correspondant à une date antérieure de trois mois au mois de commencement d'exécution des prestations, soit au mois de juin. Cette valeur finale est donc celle du mois de mars 2014. Il en résulte que les valeurs de l'index à comparer sont celles de janvier et de mars 2014. Dès lors, c'est la formule suivante qui sera appliquée :

$$P_A = P_0 \times (I_{M-3} / I_0)$$

avec :

$P_0$  : prix initial du marché

$P_A$  : prix actualisé

$I_0$  : valeur de l'index de référence au mois d'établissement des prix (valeur de janvier 2014)

$I_{M-3}$  : valeur de l'index de référence trois mois avant la date de début d'exécution des travaux (valeur de mars 2014)

**En marchés privés**, la norme NF P 03-001 ne préconise pas le décalage de lecture de trois mois qui existe en marchés publics : la valeur initiale de l'index ou de l'indice choisi est celle indiquée dans les pièces contractuelles (à défaut, l'article 9.4.1.1 de la Norme prévoit qu'il faut retenir, pour les indices publiés mensuellement, les valeurs du mois précédant la remise de l'offre de l'entrepreneur et, pour les autres, celles du quinze du mois précédant la remise de l'offre) ; la valeur finale est celle de la date de commencement des travaux.

**En matière de révision**, -qui, on le rappelle, consiste en une réévaluation périodique du prix du marché pour tenir compte des variations économiques tout au long de son exécution-, les parties ont le choix, en marchés publics comme en marchés privés, entre trois modalités de calcul. La révision peut en effet se faire soit en fonction d'une référence unique -indice ou index-, soit en application d'une formule paramétrique représentative de l'évolution du coût de la prestation, soit en combinant ces deux modalités.

**En premier lieu**, le choix de recourir à une **référence unique**, qu'il s'agisse d'un indice ou d'un index, doit intervenir si le marché comporte des prestations simples, courantes et dont l'exécution ne comporte pas de difficultés particulières. Une référence unique est également

adaptée aux marchés de travaux pour lesquels un index unique suffit à bien représenter les prestations. Il faut préciser que, quel que soit l'indice ou l'index choisi, il convient de le décrire précisément dans les documents contractuels, de manière à ne laisser aucun doute sur son identification. On peut ainsi, s'il s'agit d'un index, faire référence à son appellation et/ou son numéro. En tout état de cause, on ne saurait utiliser pour la révision des prix d'un marché, les index TP 01 ou BT 01 puisque leur composition correspond à la structure globale de l'ensemble de la branche concernée. Si on prend l'index TP 01 par exemple, on comprend qu'il soit inutilisable pour réviser les prix d'un marché, puisqu'il est en pratique impossible qu'un marché regroupe toutes les activités des travaux publics : souterrains, terrassements, ouvrages d'art, canalisations, électricité, routes, charpente métallique, sondages et forages, etc.

Dans le cas d'un marché public, la formule de révision par application d'une référence unique peut se présenter ainsi :

$$P_R = P_0 \times (I_M / I_0)$$

avec :

$P_R$  : prix révisé

$P_0$  : prix initial du marché

$I_M$  : valeur de la référence du mois de révision du prix

$I_0$  : valeur de la référence du mois de remise des offres

**En deuxième lieu**, s'il est fait application d'une **formule paramétrique**, celle-ci doit représenter les coûts des éléments principaux constitutifs de la prestation objet du marché : salaires, produits et matériaux, énergie, etc. Une attention particulière doit ainsi être portée à la structure des coûts du marché, afin de les retranscrire dans les différentes références inscrites dans la formule de révision. La formule est créée avec les indices ou les index existants de manière à correspondre au plus près aux coûts de la prestation. Concrètement, l'élaboration d'une formule paramétrique a lieu de la manière suivante. Il faut d'abord analyser minutieusement la structure du coût total de la prestation et hiérarchiser les différents éléments la composant en fonction de leur importance. Il convient de préciser que les éléments représentant moins de 5 à 10 % du prix total de la prestation sont à négliger. En

effet, l'analyse ne doit pas être trop fine, afin de ne pas complexifier inutilement la mise en œuvre de la formule. Dans la plupart des cas, une formule comprenant trois ou quatre références est largement suffisante. Il ne s'agit pas de représenter, dans la formule de révision, la totalité des éléments de coût de la prestation, mais seulement les plus significatifs. L'expérience prouve en effet que tout élément dont l'importance est inférieure à 5 à 10 % du prix à réviser, doit être négligé car il aura un effet limité sur la formule, à condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'un élément spéculatif, c'est-à-dire qui risque d'évoluer de manière aberrante en doublant ou triplant de valeur d'un seul coup. Une fois les éléments du prix hiérarchisés, il convient de rechercher les indices ou index correspondant et de déterminer la pondération à leur affecter en fonction du type de prestation à réaliser. Ainsi pour les secteurs à forte intensité de main d'œuvre, l'indice salarial doit-il être pondéré avec un fort pourcentage : par exemple, dans le secteur de la propreté, cet indice est proche des 80 % du prix de revient. Enfin, il faut réfléchir à l'introduction dans la formule de révision d'une partie fixe et de sa pondération. Cette partie fixe n'est jamais obligatoire dans les formules paramétriques de révision, ni dans les marchés publics, ni dans les marchés privés. Cette partie fixe permet notamment de prendre en compte les frais fixes peu influencés par les variations économiques. L'existence d'une partie fixe dans la formule de révision implique que le calcul de la révision ne s'effectue pas sur la totalité des composantes du prix de la prestation. L'établissement d'une formule paramétrique est donc complexe mais il est en tout état de cause vivement déconseillé aux parties de reprendre une formule déjà utilisée précédemment, sans vérifier sa bonne adéquation au marché en cause.

A titre d'exemple, une formule paramétrique sans terme fixe peut se présenter ainsi :

$$P_R = P_0 \times [ a \times (I1_M / I1_0) + b \times (I2_M / I2_0) + c \dots ]$$

avec :

$P_R$  : prix révisé

$P_0$  : prix initial et réputé établi sur la base des conditions économiques du « mois zéro »

a,b,c, etc : coefficients à appliquer aux indices en fonction du poids respectif des composants correspondants dans le coût de la prestation

I1, I2, etc : indices retenus en fonction de la nature des prestations du marché

$I_{10}$ ,  $I_{20}$ , etc : valeurs des indices correspondant aux paramètres pour le mois zéro

$I_{1M}$ ,  $I_{2M}$ , etc : valeurs de ces mêmes indices afférentes au mois de révision

**En troisième lieu**, bien que rarement mise en œuvre en pratique, la **possibilité de combiner** utilisation d'une référence unique et d'une formule paramétrique est prévue tant par la norme NF P 03-001<sup>123</sup> que par le Code des marchés publics<sup>124</sup>. Une telle solution peut être mise en œuvre lorsque par exemple une partie de la prestation peut être représentée par un indice de prix ou par un index et que le reste de la prestation ne peut pas l'être.

Pour terminer, on signalera que, dans la pratique, les documents particuliers du marché prévoient qu'il est tenu compte, pour la mise en œuvre de la révision des prix, de la valeur des derniers indices ou index publiés. Or, il existe un décalage important entre la publication des indices et index et la période qu'ils couvrent. En effet, les indices de prix sont calculés après l'organisation d'enquêtes qui sont dépouillées, puis éventuellement complétées ou contrôlées avant que leurs résultats ne soient reconnus comme fiables et publiés. Ensuite, lorsque tous les indices nécessaires aux index sont connus, ces derniers sont à leur tour calculés, puis publiés. Ces différentes opérations, préalables à toute publication officielle, prennent entre deux et trois mois minimum. Il en résulte qu'il existe toujours ce décalage entre la période d'exécution des travaux, qui fait l'objet d'une demande de paiement dès la fin du mois, et la date de publication de l'index ou des indices qui permettront de calculer la variation des prix du mois considéré. Par conséquent, la pratique consistant à se référer aux dernières valeurs publiées n'est pas conforme à la réalité de l'évolution des prix des prestations, du fait du décalage évoqué. Il convient alors, pour pallier à ce phénomène, de préciser dans les documents particuliers du marché que le maître d'ouvrage procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues, puis procède au paiement définitif lors de la publication des valeurs finales correspondant aux valeurs réelles de la période d'exécution des prestations.

---

123 L'article 9.4.1.1 prévoit que « *Les pièces contractuelles indiquent la formule de variation de prix, les paramètres de référence et leur valeur initiale* ». Une telle formulation laisse donc une grande marge de manœuvre aux parties, qui peuvent très bien concevoir de recourir à la fois à une référence unique et à une formule paramétrique élaborée sur mesure.

124 L'alinéa 2 du IV de l'article 18 dispose que « *Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :*

*1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;*

*2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. [...] :*

*3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2° ».*

C'est d'ailleurs ce que préconisent les articles 13.2.1 du CCAG Travaux et 9.4.1.3.2 de la norme NF P 03-001.

Après avoir étudié en détail le contenu des clauses de variation des prix dans les marchés publics et privés de travaux, il convient de s'intéresser à celui des clauses de renégociation qui, on le rappelle, sont presque exclusivement utilisées dans les contrats privés.

## **B) Le contenu des clauses de renégociation**

La faculté pour les parties contractantes d'insérer dans leurs conventions des clauses de renégociation est avant tout, on l'a dit, marquée par la liberté contractuelle. Il n'en demeure pas moins que ces clauses doivent être rédigées avec soin. En effet, pour garantir l'efficacité, voire le succès de leur mise en œuvre, les parties devront veiller à ne pas négliger certains points fondamentaux lors de la rédaction du contrat.

**En premier lieu**, il va de soi que les parties doivent définir le plus précisément possible la nature du ou des fait(s) générateur(s) de mise en application de la clause. Autrement dit, il est nécessaire, pour éviter toute incertitude et désaccords éventuels sur la mise en œuvre de la clause, de prévoir au préalable quels événements seront constitutifs d'une situation d'imprévision et pourront par conséquent déclencher la renégociation du contrat. Cette détermination des faits générateurs de l'imprévision peut se faire de plusieurs manières.

La clause peut soit viser des circonstances générales telles que « *l'évolution des circonstances économiques, commerciales, monétaires, voire juridiques* », dont le choix dépendra de l'objet du contrat et de sa nature, soit des événements spécifiques et limitativement énumérés, tels que la hausse exceptionnelle du prix des matières premières ou une modification fondamentale des circonstances juridiques ayant présidé à la conclusion du contrat, ce qui permettra ainsi d'éviter toute discussion ultérieure.

Il est également possible de restreindre la portée de la clause en excluant expressément certains événements de son champ d'application.

En tout état de cause, les parties devront éviter d'employer des formules trop vagues ou laissant une large place à l'interprétation. Il en est par exemple ainsi lorsque la clause définit l'événement comme « *tout fait de nature à bouleverser l'économie du contrat* » ou énumère

une liste de causes se terminant par une formule extensive telle que « *ou tout autre fait* ».

Les parties devront ainsi trouver un juste équilibre entre une définition trop large et une définition trop pointilleuse du fait générateur. En effet, une rédaction trop ouverte peut entraîner des demandes de mise en œuvre trop fantaisistes ou trop fréquentes, tandis qu'une rédaction trop fermée pourra ne pas appréhender une situation qui n'aura pas été envisagée.

Par ailleurs, les cocontractants peuvent également aborder, dans la clause, la question des modalités de preuve de l'existence de l'évènement déclencheur. A cet effet, peuvent être précisés le type de documents exigés pour justifier de l'existence du fait générateur, la nature des informations attendues, les délais de production de ces documents, etc.

**En deuxième lieu**, une fois les évènements déclencheurs définis avec précision, encore faut-il prévoir l'intensité du bouleversement que ces évènements peuvent produire sur l'exécution du contrat. En effet, seul un changement conséquent des conditions d'exécution des prestations doit pouvoir justifier la mise en œuvre de la clause de *hardship*. A défaut, on s'expose à des renégociations intempestives, qui placent le contrat en sursis permanent. Dès lors, les parties doivent stipuler un seuil à partir duquel la clause de renégociation pourra être mise en œuvre. Selon le même raisonnement que celui évoqué ci-dessus pour la définition du fait générateur, le seuil de déclenchement des renégociations peut faire l'objet soit d'une formule générale, faisant par exemple mention d'un « *bouleversement de l'économie du contrat* », soit d'un niveau de variation des prix à partir duquel la renégociation sera obligatoire : dans ce cas, il peut par exemple être fait référence à « *une hausse du prix des matières premières de plus de X %* ».

**En troisième lieu**, la clause doit rappeler les obligations des parties durant la période de renégociation. Ainsi peut-il être prévu que les cocontractants sont tenus de discuter de bonne foi, de faire des propositions et de faciliter la renégociation en se référant à des principes directeurs tels que l'intérêt légitime des parties, l'équité, etc. Cela ne signifie pas pour autant que les parties devront nécessairement conclure. En effet, il convient de bien garder à l'esprit que l'obligation de négocier est une obligation de résultat tandis que celle de parvenir à une solution est une obligation de moyen.

**En quatrième lieu**, il est bien évidemment nécessaire de fixer la durée des renégociations. Celle-ci ne doit être ni trop longue, pour ne pas mettre en péril le contrat, ni trop courte, pour ne pas priver les parties d'une chance de voir aboutir leurs discussions.

**En cinquième lieu**, il est primordial que soit réglé, dans la clause, le sort du contrat pendant la phase de renégociation. Ainsi les parties peuvent-elles convenir qu'il continuera à être exécuté, ou bien au contraire qu'il sera suspendu. A défaut de précision, il y a lieu de considérer que les parties sont tenues de poursuivre l'exécution du contrat jusqu'à l'issue des négociations.

**En sixième lieu**, les cocontractants doivent prévoir l'issue des renégociations. En effet, celles-ci peuvent se solder soit par un succès, soit par un échec. En cas d'échec, au moins trois solutions sont envisageables : la résiliation du contrat, la suspension provisoire conduisant à la résiliation si les circonstances exceptionnelles ne disparaissent pas, ou encore l'intervention d'un tiers selon des modalités prévues au contrat.

Lorsque les parties n'ont pas prévu l'issue du contrat en cas d'échec des renégociations, la question se pose de savoir si le contrat doit être maintenu dans ses termes initiaux ou s'il doit être résilié. Certains auteurs considèrent sur ce point que les parties doivent continuer à exécuter le contrat et que, au cas où l'une des parties se refuserait à le faire, sa responsabilité se verrait engagée.

**En septième et dernier lieu**, si les parties ont envisagé le recours à un tiers afin qu'il se prononce dans le cadre de la clause de renégociation, il est indispensable de définir au préalable et avec précision sa mission, ses pouvoirs et la nature de la décision qu'il est amené à rendre : s'agit-il d'un simple avis ou bien d'une décision à caractère normatif et s'imposant aux parties ? Le Professeur Bruno Oppetit considérerait que la mission assignée au tiers dépend de la volonté exprimée par les parties. Celles-ci peuvent simplement souhaiter qu'il les aide à parvenir à un accord en aplanissant les difficultés : le tiers se trouve alors dans la position d'un simple médiateur. Elles peuvent également souhaiter qu'il ait pour mission de recueillir leurs prétentions respectives afin de prendre une véritable décision s'imposant à elles<sup>125</sup>.

---

125 B. Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances – la clause de hardship*, JDI 1974, p.809

Toutefois, on peut légitimement s'interroger sur l'efficacité de l'intervention d'un tiers. En effet, en cas de désaccord entre les parties, il est souvent illusoire de penser qu'un tiers, aussi expert soit-il, pourra débloquer la situation. Sauf mauvaise foi des parties, c'est justement bien souvent la complexité de la situation qui voue les renégociations à l'échec. Dès lors, ce que les parties n'ont pas pu faire, il y a peu de chance pour qu'un tiers moins au fait y parvienne.

Il ne faut tout de même pas minimiser à l'excès le rôle d'un tiers dans les renégociations, qui pourra être salutaire et utile pour des problématiques simples ou dont la résolution se heurte simplement à un manque de technicité des parties sur un point spécifique.

Face au risque de rupture de l'équilibre économique sur la base duquel une convention a été conclue, l'ingénierie juridique consiste donc à construire le contrat, *via* des clauses d'imprévision, comme un mécanisme à même d'intégrer dans son exécution l'évolution des circonstances économiques. Mais malgré toutes les précautions que peuvent prendre les parties dans la rédaction des clauses d'imprévision, les difficultés liées à leur mise en œuvre sont parfois en pratique bien réelles.

## **§ 2. Les difficultés liées au jeu des clauses d'imprévision**

Les parties à un contrat peuvent se retrouver, parfois contre toute attente, confrontées à des difficultés sérieuses dans l'application des clauses d'imprévision, qu'il s'agisse des clauses de variation automatique des prix (A) ou des clauses de renégociation (B).

### **A) Les difficultés d'application des clauses de variation automatique des prix**

Quand bien même les parties à un marché ont fait preuve d'une extrême attention dans le choix de la formule de variation des prix, il peut arriver que cette dernière conduise à des résultats très différents de la réalité de l'évolution des coûts de l'ouvrage. En effet, le choix d'une mauvaise référence ou d'une référence insuffisamment représentative peut se traduire par une évolution des prix très différente de celle attendue et conduire à mettre les deux parties dans une situation difficilement maîtrisable et dangereuse pour la bonne exécution du marché. Cette situation peut se produire dans plusieurs cas de figure.

**En premier lieu**, la formule de variation, pourtant choisie avec soin par le rédacteur du marché, peut ne pas être représentative de la structure des coûts de l'ouvrage à construire. C'est le cas par exemple si on a choisi l'index TP 01 pour réviser les prix du marché. Or, on ne rappellera jamais assez que le choix d'un index généraliste peut rendre inefficace, voire néfaste, le jeu d'une clause de variation de prix. Un arrêt rendu en 2006 par le Tribunal administratif de Nice<sup>126</sup> illustre d'ailleurs l'inadaptation de l'index TP 01 pour la révision des prix d'un marché public de travaux. En l'espèce, les sociétés requérantes, titulaires d'un marché portant sur des travaux de renouvellement des couches de roulement en béton bitumineux des routes nationales du Var, demandaient une indemnité d'imprévision en raison d'un bouleversement de l'économie de leur marché causé par une augmentation exceptionnelle du prix des produits pétroliers. Les sociétés requérantes faisaient notamment valoir que la survenance d'une telle augmentation n'avait pas été limitée par l'application de la clause de variation des prix prévue par le marché, et invoquaient le caractère inadapté de l'index prévu par la clause, en l'espèce l'index TP 01. Or, dans ses conclusions sur cette affaire, Frédéric Dieu a justement estimé que *« s'il est vrai que l'indice retenu, l'indice "TP 01", faisait une trop faible place aux éventuelles variations du cours des produits pétroliers par rapport à d'autres indices qui eussent été plus pertinents, la responsabilité en incombe autant aux entreprises requérantes qu'à l'État puisque le choix de cet indice a résulté d'un accord entre les parties »*<sup>127</sup>.

Par ailleurs, le choix de l'index TP 01 est également vivement déconseillé, même si le marché en cause comporte toute une série d'ouvrages différents. En effet, on rappelle qu'en cas de marchés regroupant plusieurs spécialités, le Ministère de l'Économie et des Finances recommande d'actualiser ou de réviser avec des index ou indices différents les parties d'ouvrages relevant de techniques différentes. Si aucune référence n'est adaptée, le maître de l'ouvrage peut retenir une formule paramétrique d'actualisation ou de révision qu'il lui appartient de constituer sur mesure.

L'inadaptation de la formule de variation choisie peut en outre être constatée lorsque la pondération de l'indice d'un matériau ne correspond pas à la place réelle de ce dernier dans la composition du coût de l'ouvrage. Il en va également de même s'il est choisi un index ne comprenant pas l'un des matériaux utilisé pour les travaux objet du marché.

---

126 TA Nice, 20 octobre 2006, *Sociétés Eurovia Méditerranée et Appia Var Alpes*, AJDA 2007, p.424

127 Concl. F. Dieu sur TA Nice, 20 octobre 2006, *Sociétés Eurovia Méditerranée et Appia Var Alpes*, AJDA 2007, p.424

**En second lieu**, en cas d'utilisation d'un index unique pour la variation du prix d'un marché, la forte augmentation du prix de certains produits sensibles comme le pétrole ou l'acier, par rapport aux prix d'autres produits, peut avoir pour conséquence de changer la pondération elle-même de ces produits dans la composition globale de l'index qui est, par principe, celle des coûts du marché.

Par exemple, si on a un marché dont le coût initial est composé de la manière suivante :

$$P_0 = 0,38 S(\text{alaires}) + 0,34 A(\text{ciers}) + 0,28 D(\text{ivers})$$

avec :

$P_0$  : coût initial

S, A, D : indices composant l'index choisi

0,38 ; 0,34 ; 0,28 : coefficients de pondération des différents indices dans la structure de l'index choisi

et que S reste fixe, A augmente de 15 % et D diminue de 4 %, on a une évolution égale à :  
 $0,38 \times 1 + 0,34 \times 1,15 + 0,28 \times 0,96$

soit une structure de  $P_1 = 0,38 S + 0,39 + 0,27 D$

On voit donc bien que la structure de  $P_1$  n'est plus la même que celle de  $P_0$  et, de ce fait, la formule de variation initiale n'est plus applicable au marché puisque la structure de l'index choisi ne correspond plus à la structure initiale des coûts du marché.

En tout état de cause, il faut savoir que, dans la très grande majorité des cas, la mauvaise rédaction de la clause de variation ou son inadaptation à l'objet du marché, qui ne permet pas au titulaire de se prémunir contre certains aléas, ne constitue pas un événement extérieur à l'entreprise et peut faire obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. C'est notamment ce qu'a jugé la Cour administrative d'appel de Bordeaux en 2011. En l'espèce, la société Gagne, titulaire d'un marché public portant sur la construction d'ouvrages métalliques, avait subi un surcoût en raison d'une hausse du prix de l'acier et réclamait à ce titre une indemnité

d'imprévision. Mais les juges ont considéré que l'existence même d'une clause de révision dans le marché rendait inapplicable la théorie de l'imprévision, quand bien même cette clause n'aurait pas permis de couvrir suffisamment la hausse du prix de l'acier. La Cour a en effet estimé que la Société ne pouvait ignorer, en tant que professionnelle, que l'indice retenu dans la formule de révision ne concernait pas le cours de l'acier. Elle ne pouvait par suite prétendre à une indemnisation du fait de la hausse de ce cours alors qu'elle savait que la formule de révision était inadaptée. Le considérant concerné mérite d'être ici reproduit, afin de bien rendre compte du raisonnement des juges : « *Considérant que, d'une part, le cahier des clauses administratives particulières du marché comportait en son article 3-3-4 une clause de révision de prix prévoyant la répercussion sur les prix du marché, des variations des éléments constitutifs du coût des travaux et réglant ces variations par une formule de révision ayant pour référence l'indice TP 02 ouvrage d'art en site terrestre, fluvial ou maritime ; que si la société requérante soutient que du fait du caractère inadapté de l'indice auquel fait référence la formule de révision de prix, l'augmentation brutale du prix des aciers durant la période d'exécution des travaux n'a pas été prise en compte, elle ne pouvait ignorer en tant que professionnelle avisée que la formule de variation de cet indice, eu égard à sa composition, ne permettait de prendre en compte que de manière très partielle les hausses des prix de l'acier utilisé qui devaient ainsi entrer dans ses prévisions ; que, d'autre part, il résulte de l'instruction, en particulier du tableau INSEE, que la variation à la hausse de l'indice TP 02 qui a été de 6,54 % sur la période de 9 mois ayant précédé l'établissement des prix du marché n'a été, en comparaison, pendant les 21 mois de la période d'exécution du contrat de septembre 2004 à décembre 2006 que de 8,06 % ; que par suite, le moyen tiré d'une augmentation brutale et imprévisible du prix de l'acier postérieurement à la signature du marché ne peut qu'être écarté ; qu'en tout état de cause, la charge supplémentaire alléguée de 191 587 euros HT imputable à la hausse du prix de l'acier correspond à 3 % du montant global du marché [...] ; que cette augmentation de 3 % n'a pas modifié l'économie du contrat dans une proportion suffisante pour ouvrir droit, au profit de l'intéressée, à l'allocation d'une indemnité pour charges extracontractuelles ; qu'ainsi, la société requérante n'est pas fondée à obtenir une indemnisation de l'État à ce titre* »<sup>128</sup>.

On voit donc qu'en présence d'une clause de variation des prix, aussi inadaptée soit-elle, le juge est très sévère quant à l'application de la théorie de l'imprévision, ce qui signifie que le

---

128 CAA Bordeaux, 3 mai 2011, *Société Gagne*, n°10BX01996, inédit au Recueil Lebon

mauvais jeu d'une formule de variation est, dans la plupart des cas, irrémédiable. Par conséquent, il est de l'intérêt bien compris des parties de porter une extrême attention à la composition de la formule de variation qu'elles choisissent.

Toutefois, lorsque le jeu de la formule de variation ne correspond pas aux variations réelles des coûts de l'ouvrage, l'entrepreneur peut toujours essayer de démontrer l'impuissance de la formule à remplir la tâche pour laquelle elle a été choisie par les deux signataires du marché. En effet, en choisissant telle formule plutôt que telle autre, les parties ont pour commune intention de lui confier le rôle de refléter correctement l'évolution des coûts de l'ouvrage. Lorsque cette formule ne joue pas correctement son rôle, c'est cette commune intention qui se trouve mise à mal. La jurisprudence indique que la formule peut être modifiée, par voie d'avenant, de telle sorte que l'évolution réelle des coûts soit fidèlement retranscrite par la nouvelle formule. Mais cette solution avait été battue en brèche par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), au motif que modifier une formule de variation des prix d'un marché en cours constituerait une modification des conditions de la mise en concurrence initiale. Pourtant, cette affirmation ne résiste pas à l'analyse. En effet, les variations du prix des matières premières sont totalement indépendantes de l'identité du titulaire d'un marché. Leur prise en compte ne saurait donc créer une distorsion entre les différentes entreprises candidates à l'attribution d'un marché, puisqu'elles sont toutes soumises au même environnement économique. La DGCCRF a d'ailleurs fini par admettre officiellement qu'il était possible de modifier la formule de variation des prix d'un marché, bien qu'il soit commencé. En effet, un communiqué publié au BOCCRF le 3 juin 1999 précise que « *certaines utilisateurs peuvent estimer que les pondérations ou les références utilisées ne correspondent pas à la réalité des travaux à exécuter. Dans cette hypothèse, [il est possible de] remplacer l'index du contrat par une formule de variation nouvelle qui serait plus représentative des prestations à exécuter. Dans ces derniers cas, la conclusion d'un avenant est obligatoire* »<sup>129</sup>.

Il ressort donc de tout ce qui précède que les difficultés liées au jeu des clauses de variation automatique des prix dans les marchés de travaux existent. Il en est de même concernant les clauses de renégociation.

---

129 Préc. note 120

## **B) Les difficultés d'application des clauses de renégociation**

Dans une période de crise et de tension économiques comme celle que l'on connaît aujourd'hui, les parties contractantes peuvent se trouver confrontées aux limites de la clause de *hardship* stipulée dans leur contrat. Ces limites tiennent pour beaucoup à ce qu'on pourrait appeler le réalisme économique.

**En premier lieu** en effet, en présence d'un bouleversement imprévu des circonstances économiques, on a vu plus haut qu'une clause de *hardship* n'impose aucune obligation de modifier le contrat, mais simplement d'en renégocier les termes. Or, la réalité économique et la pérennité de l'activité des entreprises ne s'accommodent pas d'une simple obligation de moyens et exigent un résultat (le plus souvent une maîtrise, voire une diminution des dépenses). Il s'agit là d'une question de survie pour les opérateurs économiques confrontés à des changements brutaux du contexte économique.

**En deuxième lieu**, les clauses de *hardship* impliquent par nature des négociations dont les délais sont bien souvent incompatibles avec la nécessité d'adopter des mesures immédiates pour pallier au bouleversement des circonstances, la trésorerie de nombre d'entreprises ne permettant pas de patienter durant des mois de renégociations.

**En troisième lieu**, une entreprise est en général tenue par des dizaines ou des centaines de contrats, voire parfois beaucoup plus. On se heurte alors à une impossibilité matérielle de pouvoir engager simultanément autant de renégociations avec autant de partenaires et en si peu de temps.

**En quatrième et dernier lieu**, la sanction judiciaire que pourrait espérer tirer un cocontractant de l'échec de la mise en œuvre de la clause est illusoire, car encore faudrait-il qu'il puisse patienter et maintenir son activité pendant la durée de la procédure judiciaire. Et quand bien même il pourrait le faire, cette tentation de remettre en cause le jeu de la clause de renégociation et de solliciter une révision du contrat en dehors et au-delà des termes de la clause, au motif que celle-ci, notamment lorsqu'elle comporte les modalités précises de sa mise en œuvre (telles qu'une formule de calcul), aboutirait à un résultat insuffisamment

favorable ou conduirait à une solution inadaptée au bouleversement advenu, doit être rejetée. En effet, une clause de renégociation, volontairement négociée et insérée par les parties dans leur contrat ne saurait, sous couvert d'équité et/ou d'imprévision, être neutralisée ou, *a fortiori*, révisée par un tiers quel qu'il soit, qu'il s'agisse d'un juge, d'un arbitre ou d'un conciliateur. Dès lors, il apparaît primordial pour les parties, lorsqu'elles rédigent leur clause de renégociation, de bien peser les termes choisis et notamment de préciser si les exemples de bouleversement cités dans la clause ont vocation à être limitatifs ou simplement illustratifs.

## **CONCLUSION**

Dans un contexte de crise économique tel que celui dans lequel nous sommes entrés depuis plusieurs années, la question du traitement de l'imprévision dans les contrats publics et privés doit être placée au cœur des préoccupations des juristes. En effet, face au risque d'un bouleversement imprévu des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion d'un contrat, les facultés d'anticipation et d'adaptation deviennent parfois une question de survie pour les opérateurs économiques.

C'est ce qui permet au juriste, qu'il soit praticien ou juge, ainsi qu'au législateur, de justifier l'intérêt qu'ils portent à la théorie de l'imprévision et à la pratique des clauses d'imprévision.

**Pour le praticien** -entendu ici comme le rédacteur de contrat-, il est nécessaire de se comporter comme une sorte d'« ingénieur juridique » et de prévoir l'imprévisible dans ses contrats. En effet, l'expérience lui a appris que les crises existent, et qu'elles risquent de rompre à tout moment l'équilibre économique sur la base duquel le contrat a été conclu. C'est donc à lui de stipuler des clauses à même de gérer ce risque. L'« ingénierie contractuelle », cette façon de construire le contrat comme un mécanisme à même d'intégrer l'évolution des circonstances dans le cours de son exécution, est par conséquent au cœur de l'office du praticien et au cœur de la problématique du traitement endogène de l'imprévision.

**Le juge**, qu'il soit administratif ou judiciaire, a quant à lui eu à se préoccuper, de longue date, de la question des bouleversements de l'équilibre contractuel par suite d'une modification des circonstances économiques. Car au-delà de la théorie juridique, le juge est constamment animé par le désir de faire coïncider les exigences du droit avec celles de la justice. Et la notion de justice, pour le juge, comporte une grande part d'équité (et cela même si, aux termes des textes, le juge français ne doit jamais, ou presque, juger en équité). En matière contractuelle, la solution juste -donc équitable-, consiste à restaurer l'équilibre compromis par un changement brutal des circonstances. Le Conseil d'État a ainsi consacré la théorie de l'imprévision. Quant à la Cour de cassation, qui a longtemps persisté dans son refus d'imiter son homologue administratif, elle est en passe de revenir sur ses pas.

Par ailleurs, le juge n'est pas seulement là pour réparer l'inconséquence des parties qui n'auraient pas prévu l'imprévisible. Il est également là pour les responsabiliser dans le

traitement endogène de l'imprévision : il leur rappelle constamment la nécessité de porter la plus grande attention à la rédaction des clauses d'imprévision.

**Le législateur** enfin, a lui aussi un rôle à jouer concernant la question du traitement de l'imprévision. Il est en effet le seul qui, à ce jour, pourrait instaurer dans notre droit privé un dispositif légal d'imprévision, permettant ainsi au juge judiciaire d'abandonner sans atermoiements le sacro-saint principe d'intangibilité contractuelle. Les appels du pied récurrents de la jurisprudence judiciaire devrait l'inciter à intervenir le plus rapidement possible, afin que la consécration de la théorie de l'imprévision cesse d'être l'arlésienne du droit privé.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **➤ Articles de doctrine**

- S. Abattucci, B. Sablier et V. Sablier, *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*, AJDA 2004, p.2192
- J.-P. Ancel, *Table ronde : les remèdes jurisprudentiels – Le recours au juge*, RDC 2010, p.485
- J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties – Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*, RFDA 2004, p.80
- A.-C. Aune, *Le « fait du prince » en droit privé*, RLDC 2008/47, p.71
- L. Aynès, *Rapport introductif*, RDC 2010, p.380
- P. Boudrand, *Actualiser ou réviser les prix de son marché : méthode et conseils pratiques*, Mon.TP 17 septembre 2004, p.84 ; Mon.TP 24 septembre 2004, p.118 ; Mon.TP 1er octobre 2004, p.90
- S. Braconnier, *Les parades étatiques*, RDC 2010, p.444
- M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek, *Crise économique et révision des contrats – Une approche pratique des règles applicables*, Gaz. Pal. 16 juin 2009, n°167, p.2
- B. Cavalié, *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ?*, RLDC 2009/62, p.53
- F. Chénéde, *Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle*, AJDA 2009, p.923
- A.-S. Choné, *Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas*, LPA 24 décembre 2010, n° 256, p. 7
- L. Clouzot, *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*, RFDA 2010, p.937
- F. Dieu, *Les variations du prix du pétrole ne présentent pas un caractère imprévisible*, AJDA 2007, p.424
- D. Fenouillet, *Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible*, RDC 2006, p.67

- T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, D. 2010, p.2485
- T. Génicon, *Les traitements légaux : mesures préventives*, RDC 2010, p.456
- B. Guiderdoni, *Intangibilité du prix dans un marché à forfait*, JCP E 2004, n°1, p.31
- T. Gontard et N. Nevzi, *Les aspects corporate*, RLDC 2009/62, p.50
- K. Haeri et M. Razavi, *La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès*, Gaz. Pal. 30 décembre 2010, n°364, p.14
- P. Le Breton, *Que faire face à l'augmentation des prix du pétrole ?*, Mon. TP 20 juin 2008, p.104
- F. Luxembourg, *Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public*, JCP G 2008, I, n°8, p.119
- F. Magar, *Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation*, D. 2010, p.1959
- D. Mazeaud, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, D. 2004, p.1754
- D. Mazeaud, *L'arrêt Canal « moins » ?*, D. 2010, p.2481
- R. Noguellou, *Table ronde : les remèdes jurisprudentiels – L'imprévision en droit public*, RDC 2010, p.494
- A. Outin-Adam, *Table ronde : les remèdes jurisprudentiels – Que peut faire le juge quand l'équilibre contractuel est bouleversé, à la suite d'un changement de circonstances imprévisible au jour de la conclusion du contrat, dû à une crise économique ?*, RDC 2010, p.496
- H. Périnet-Marquet, *Les aspects économiques du contrat de construction*, RDI 2002, p.1
- J.-A. Robert et Q. Charluteau, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, RLDC 2009/62 p.49
- F. Rome, *Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi !*, D. 2011, p.1961
- A. Ruellan et A. Hugé, *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*, AJDA 2006, p.1597
- C. Samson, *La remise en cause du prix par les sujétions imprévues : oui, mais...(vers une régulation contractuelle du bouleversement de l'économie du marché)*, Constr.-urb. 2003, chron. 1
- E. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, RDC 2010 p.1057

- E. Savaux, *Frémissement en matière d'imprévision*, RDC 2011, p.34
- R. Schmitt, *Marchés privés de travaux de bâtiment – Toutes les nouvelles clauses types pour vos contrats*, Mon. TP 26 janvier 2001, p.206
- P. Stoffel-Munck, *Les répliques contractuelles*, RDC 2010, p.430
- G. Teboul, *La prévision en droit des affaires, utopie ou nécessité ?*, Gaz. Pal. 30 décembre 2010, n°364, p.4
- T. Titone, F. Coulon et M. Dary, *Circonstances économiques et déséquilibre contractuel*, JCP E 2011, n°23, p.1435

### ➤ **Codes**

- *Code civil*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- *Code de la construction et de l'habitation*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- *Code des marchés publics*, commenté sous la direction de F.Llorens et P.Soler-Couteaux, LexisNexis, 7e éd., 2014
- *Code monétaire et financier*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### ➤ **Ouvrages**

- G. Clamour, P. de Baecke, G. Delaloy, et al., *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Éd. du Moniteur, coll. Moniteur référence
- M. Long, P. Weil, G. Braibant et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009
- J.-L. Mouralis, *Imprévision*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003
- L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8e éd., 2012
- J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23e éd., 2010
- *Dictionnaire permanent Commande publique*, Éditions Législatives, 2014
- *Dictionnaire permanent Construction et urbanisme*, Éditions Législatives, 2014
- *Droit de la construction*, Dalloz, coll. Dalloz action, 2014/2015
- *Lamy Droit du contrat*, Lamy, coll. Lamy Droit civil

### ➤ **Sites Internet**

- [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)
- [www.bouygues.com](http://www.bouygues.com)
- [www.colas.com](http://www.colas.com)
- [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)
- [www.developpement-durable.gouv.fr](http://www.developpement-durable.gouv.fr)
- [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)
- [www.editions-legislatives.fr](http://www.editions-legislatives.fr)
- [www.efl.fr](http://www.efl.fr)
- [www.insee.fr](http://www.insee.fr)
- [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)
- [www.lamyline.lamy.fr](http://www.lamyline.lamy.fr)
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- [www.lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr)
- [www.lexisnexus.fr](http://www.lexisnexus.fr)
- [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr)
- [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

### ➤ **Textes et documents officiels**

- *Cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux*, textes en vigueur au 1er janvier 2010, Les éditions des journaux officiels, Direction des affaires juridiques, coll. Législation et réglementation

- Circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision), JORF 30 novembre 1974, p.11971
- Guide *Le prix dans les marchés publics*, avril 2013, version 1.1, publié par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances
- Instruction du 25 janvier 2005 (NOR : EQUE0500019J) relative à la prise en compte des évolutions des coûts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil
- Norme AFNOR NF P 03-001, *Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés*, version révisée de décembre 2000

## **TABLE DES MATIERES**

|                                  |             |
|----------------------------------|-------------|
| <b><u>INTRODUCTION</u></b> ..... | <b>p.15</b> |
|----------------------------------|-------------|

|                                                                             |             |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b><u>CHAPITRE 1 : LE TRAITEMENT EXOGENE DE<br/>L'IMPREVISION</u></b> ..... | <b>p.28</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------------|

|                                                                                                                     |             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b><u>Section 1 : Le traitement exogène publiciste de l'imprévision : la théorie de<br/>l'imprévision</u></b> ..... | <b>p.28</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|

|                                                                                      |             |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b><u>§1. La théorie de l'imprévision, une théorie aux assises solides</u></b> ..... | <b>p.28</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------|

|                                             |             |
|---------------------------------------------|-------------|
| <b>A) Un régime juridique pérenne</b> ..... | <b>p.28</b> |
|---------------------------------------------|-------------|

|                                           |             |
|-------------------------------------------|-------------|
| <b>B) Une application effective</b> ..... | <b>p.35</b> |
|-------------------------------------------|-------------|

|                                                  |             |
|--------------------------------------------------|-------------|
| <b>C) Un fondement juridique actualisé</b> ..... | <b>p.41</b> |
|--------------------------------------------------|-------------|

**§2. La théorie de l'imprévision, une théorie à la mise en œuvre ardue.....p.43**

**A) Une théorie concurrencée par les aménagements conventionnels.....p.43**

**B) Une appréciation prétorienne stricte des critères de mise en œuvre.....p.47**

**Section 2 : Le traitement exogène privatiste de l'imprévision : vers la consécration de la théorie de l'imprévision ?.....p.51**

**§1. Le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision.....p.51**

**A) La position traditionnellement catégorique de la Cour de cassation.....p.51**

**B) Les arguments doctrinaux défavorables à la théorie de l'imprévision.....p.54**

**§2. L'admission progressive de la théorie de l'imprévision.....p.56**

**A) Les arguments doctrinaux favorables à la théorie de l'imprévision.....p.56**

**B) Les assouplissements jurisprudentiels.....p.60**

**C) Les projets de réforme législative.....p.66**

**CHAPITRE 2 : LE TRAITEMENT ENDOGÈNE DE L'IMPRÉVISION.....p.73**

**Section 1 : L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés de travaux.....p.73**

**§1. L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés publics de travaux : une pratique bien encadrée.....p.74**

**A) Les clauses d'actualisation des prix.....p.75**

**B) Les clauses de révision des prix.....p.77**

**§2. L'insertion de clauses d'imprévision dans les marchés privés de travaux : une pratique marquée par la liberté contractuelle.....p.81**

**A) Les clauses de renégociation.....p.82**

**B) Les clauses de variation automatique des prix.....p.84**

**Section 2 : La mise en œuvre des clauses d'imprévision dans les marchés de travaux.....p.87**

**§ 1. Le contenu des clauses d'imprévision.....p.87**

**A) Le contenu des clauses de variation automatique des prix.....p.87**

**B) Le contenu des clauses de renégociation.....p.97**

**§ 2. Les difficultés liées au jeu des clauses d'imprévision.....p.100**

**A) Les difficultés d'application des clauses de variation automatique des prix.....p.100**

**B) Les difficultés d'application des clauses de renégociation.....p.105**

**CONCLUSION.....p.107**

**BIBLIOGRAPHIE.....p.135**

**TABLE DES MATIÈRES.....p.140**