

# L'IMPACT DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS EN FRANCE EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION



L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée au Journal Officiel du 11 février 2016 (l'«Ordonnance»). Il faudra attendre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 pour que cette réforme entre en vigueur. Les contrats de construction de droit privé sont de fait impactés. Toutefois, si l'Ordonnance modifie le régime général des contrats elle ne touche pas aux règles spéciales applicables en matière de construction d'ouvrages, marchés à forfait, garanties décennales et autres responsabilités spécifiques des constructeurs. Les aspects clés de l'Ordonnance en la matière concernent notamment la période de négociation du contrat, le déséquilibre contractuel, la consécration de la violence par abus de dépendance, la consécration de la théorie de l'imprévision et la clarification des remèdes à l'inexécution contractuelle.

## 1. Négociation du contrat

**Exigence de bonne foi** – Le nouvel article 1112 prévoit que *“l’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres”* sous réserve de satisfaire *“impérativement (...) aux exigences de la bonne foi”*. Tout manquement à l'exigence de bonne foi engagera la responsabilité de son auteur. Plus largement, les parties seront responsables des fautes commises durant la phase de négociation. Consacrant la jurisprudence *Manoukian*, le nouvel article 1112 exclut du préjudice réparable, en cas de faute, les pertes résultant des avantages attendus du contrat non conclu. En pratique seuls les frais directs liés à la période de négociation seront pris en compte dans le calcul du préjudice réparable.

**Devoir d'information précontractuelle** – Le nouvel article 1112-1 généralise le devoir d'information – désormais d'ordre public – à tout type de contrat et à toute partie à la négociation



(maître d'ouvrage, constructeur, entrepreneur / professionnel ou non). Ce devoir vise l'«*information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre*» partie, étant précisé que seules sont concernées les informations «*qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*». Tout manquement à ce devoir engagera la responsabilité de son auteur et pourra entraîner l'annulation du contrat. Cette exigence devrait conduire les professionnels de la construction à davantage de prudence notamment vis-à-vis de leurs sous-traitants, lesquels n'ont souvent pas tous le même niveau d'information. L'obligation des constructeurs d'informer le maître d'ouvrage des difficultés auxquelles ils peuvent être confrontés dans l'exécution des travaux devrait également être renforcée.

## 2. L'encadrement du déséquilibre contractuel

**Clause privant de sa substance l'obligation essentielle** – Le nouvel article 1170 donne pouvoir au juge de qualifier de «réputées non écrites» les clauses qui videraient de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Cette solution, admise par la jurisprudence sur le fondement de la cause, désormais disparue du Code civil, devrait pouvoir s'appliquer non seulement aux clauses limitatives de responsabilité prévues dans les contrats de construction, mais à toute clause qui porterait atteinte à la «*substance de l'obligation essentielle*». Ainsi, un plafond de responsabilité trop bas ou des obligations de performance ou de délais exprimées de manière trop large devraient pouvoir être sanctionnés plus systématiquement par le juge.

**Clause créant un déséquilibre significatif** – L'Ordonnance introduit dans le Code civil un régime de droit commun sanctionnant les clauses dites «abusives», qui sont celles qui créent un «*déséquilibre significatif*» entre les

droits et obligations des parties (nouvel article 1171). Ce dispositif est toutefois limité aux «contrats d'adhésions» définis comme ceux «*dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par une partie*» (nouvel article 1110 alinéa 2). Il pourra ainsi concerner des petites entreprises qui se voient imposer les conditions générales de la part de leur cocontractant dans l'hypothèse où le contrat proposé et non négocié ne garantissait pas l'équilibre contractuel. Cette disposition pourrait s'appliquer à certains marchés privés de travaux qui sont, en général, négociés à la marge par les entrepreneurs. La question peut se poser pour des modèles de marchés privés type NF P 03-001.

**Fixation unilatérale du prix** – Le nouvel article 1165 prévoit, dans les contrats de prestation de service, que le prix pourra être fixé unilatéralement par le créancier lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord avant l'exécution du contrat. Cette solution n'est pas nouvelle et consacre la jurisprudence admise en la matière. Surtout, l'Ordonnance sanctionne l'abus dans la fixation du prix, ce qui devrait décourager les entrepreneurs de fixer des prix excessifs au risque d'engager leur responsabilité. En pratique, il conviendra de s'assurer de façon plus systématique que le prix n'a pas été imposé par l'entrepreneur et que son cocontractant a bien donné son accord en amont lors de phase de négociation.

## 3. La violence par abus de dépendance

Un nouveau cas de violence devrait pouvoir entraîner l'annulation du contrat (nouvel article 1143) : l'exploitation abusive d'une situation de dépendance de son cocontractant. Le texte ne circonscrit pas la violence à la seule dépendance économique et vise toute hypothèse d'état de dépendance de son cocontractant. Il conviendra toutefois de saisir un juge pour obtenir

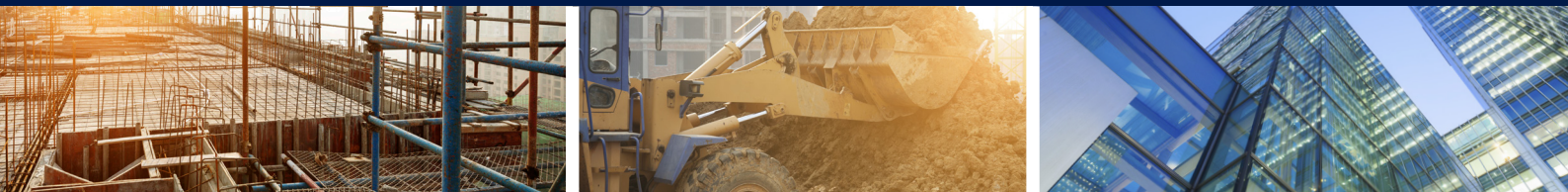
l'annulation du contrat en démontrant que le créancier a tiré de cette situation un «avantage excessif». Cette consécration vise un meilleur équilibre dans les relations contractuelles entre professionnels de la construction en protégeant davantage la «partie faible».

## 4. La révision pour imprévision

L'Ordonnance introduit en droit privé français la théorie de l'imprévision au nouvel article 1195, laquelle résulte d'un «*changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [et] qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque*».

**Le mécanisme prévu** – L'Ordonnance prévoit un mécanisme en trois temps : (i) la partie pour laquelle l'exécution est excessivement onéreuse peut demander à son cocontractant de renégocier le contrat, (ii) en cas de refus ou d'échec dans cette renégociation, les parties peuvent, d'un commun accord, décider de résoudre le contrat ou demander au juge de «*procéder à son adaptation*», (iii) en l'absence d'accord entre les parties «dans un délai raisonnable», une des parties peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin.

**Impact en matière de contrats de construction** – L'impact de l'introduction d'un régime de l'imprévision dans le Code civil sur les contrats de construction est à nuancer. En effet, des clauses encadrant le changement de circonstances imprévisible sont généralement prévues dans la majorité des contrats présentant des enjeux significatifs et dont la durée est assez longue. Il s'agit essentiellement de clauses dites de *hardship*, notamment dans les contrats internationaux. S'agissant plus particulièrement des marchés à forfait, la jurisprudence admet traditionnellement qu'il n'est pas possible d'obtenir un supplément de prix au motif que



des circonstances imprévisibles sont intervenues et ont bouleversé les conditions du marché. Le nouvel article 1195 pourrait à l'avenir servir, non pas à obtenir un complément de prix de la part de l'entrepreneur, mais un moyen de défense de la part du maître d'ouvrage pour renégocier, voire faire annuler le contrat sur le fondement de l'imprévision.

Toutefois, les contours incertains des notions de *"changement de circonstances"* et d'*"exécution (...) excessivement onéreuse"* et surtout, le large pouvoir laissé *in fine* au juge pour adapter, voire résoudre le contrat *"à la date et aux conditions qu'il fixe"*, devrait conduire les parties à un contrat de construction à écarter expressément ce mécanisme, supplétif de volonté, pour recourir de façon plus systématique aux clauses plus usuelles de *hardship*. Enfin, il faut noter que la partie qui subirait l'exécution devenue onéreuse, ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque.

## 5. Les remèdes à l'inexécution

Une nouvelle section du Code civil est consacrée à l'*"inexécution du contrat"*. L'impact de certains des remèdes proposés sur les contrats de construction mérite d'être analysé.

**L'exception d'inexécution par anticipation** – Le nouvel article 1220 permet à une partie de suspendre le contrat avant même que l'inexécution par l'autre partie de ses obligations soit caractérisée *"dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle"*. Ce nouveau remède à l'inexécution, s'il paraît a priori pragmatique, pourrait conduire à des situations de blocage sur de grands projets de construction extrêmement préjudiciables pour les parties en termes de coûts et de délais. L'incertitude quant au caractère

*"manifeste"* de l'inexécution potentielle de l'autre partie ainsi que l'appréciation *in concreto* de l'*"inexécution suffisamment grave"* pourrait également entraîner un contentieux important dans ce domaine. Afin de se prémunir de ces risques, il est donc fortement recommandé d'encadrer ce remède contractuellement.

**L'exécution forcée en nature** – Le nouvel article 1221 devrait conduire les professionnels de la construction à recourir de façon plus systématique à l'exécution forcée en nature, pour demander, par exemple, la destruction d'un ouvrage non conforme aux exigences du maître d'ouvrage. Jusqu'alors, les tribunaux se fondaient sur l'article 1142 du Code civil pour condamner l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire en lui préférant la condamnation du débiteur aux dommages et intérêts. Le nouvel article 1221 ne distingue plus entre les obligations de faire/de ne pas faire et les obligations de donner. Toutefois ce remède n'est possible que s'il ne conduit pas à une *"disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier"*.

**La réduction du prix** – Le nouvel article 1223 prévoit la possibilité pour le créancier d'*"accepter une exécution imparfaite du contrat et de solliciter une réduction proportionnelle du prix"*. Cette solution permet aux parties de convenir, d'un commun accord, et sans devoir saisir le juge, d'une réduction du prix contre réception imparfaite de l'ouvrage. Au préalable, le créancier devra avoir mis en demeure le débiteur de s'exécuter. La réduction du prix devra être *"proportionnelle"* à l'importance de l'inexécution. En pratique, un expert devra être saisi pour chiffrer précisément ce montant.

**La résolution unilatérale** – Le nouvel article 1226 introduit la résolution unilatérale aux *"risques et périls"* du créancier aux côtés de la clause

résolutoire (article 1225) et de la résolution judiciaire (article 1227). Des précautions ont certes été prises (inexécution suffisamment grave de l'autre partie, mise en demeure préalable du débiteur de satisfaire son engagement, délai raisonnable qui lui est imparti, notification de la résolution et obligation de motivation, possibilité pour le débiteur de recourir au juge), mais la consécration d'un tel remède est incontestablement dangereuse en matière de contrats de construction. Surtout, quel serait le pouvoir du juge saisi par le débiteur qui contesterait la résolution ? Et quid du sort du contrat injustement résolu ?

La nouvelle réglementation entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Il est dès à présent recommandé d'anticiper les impacts de ces nouvelles règles pour les contrats qui seront conclus postérieurement à cette date. Les interrogations qui demeurent devront de la même façon être anticipées et discutées afin de prévenir de potentiels contentieux.



Pour plus d'information sur le sujet, vous pouvez contacter les auteurs de ce briefing :

**Hugues de La Forge**

Avocat Associé, Paris

T : +33 1 44 94 40 50

E : hugues.delaforge@hfw.com

**Soraya Salem**

Collaboratrice, Paris

T : +33 1 44 94 40 50

E : soraya.salem@hfw.com

HFW compte plus de 450 avocats en Australie, en Asie, au Moyen-Orient, en Europe et en Amérique Latine. Pour plus d'information sur des problématiques liées aux constructions dans d'autres juridictions, vous pouvez contacter :

**Michael Sergeant**

Partner, Londres

T : +44 (0)20 7264 8034

E : michael.sergeant@hfw.com

**Amanda Davidson, OAM**

Partner, Sydney

T : +61 (0)2 9320 4601

E : amanda.davidson@hfw.com

**Max Wieliczko**

Partner, Londres

T : +44 (0)20 7264 8036

E : max.wieliczko@hfw.com

**Carolyn Chudleigh**

Partner, Sydney

T : +61 (0)2 9320 4620

E : carolyn.chudleigh@hfw.com

**Robert Blundell**

Partner, Dubaï

T : +971 4 423 0571

E : robert.blundell@hfw.com

**Nick Watts**

Partner, Sydney

T : +61 (0)2 9320 4619

E : nick.watts@hfw.com

**Nick Longley**

Partner, Melbourne/Hong Kong

T : +61 (0)3 8601 4585/  
+852 3983 7680

E : nick.longley@hfw.com

**Matthew Blycha**

Partner, Perth

T : +61 (0)8 9422 4703

E : matthew.blycha@hfw.com

**Richard Abbott**

Partner, Sydney

T : +61 (0)2 9320 4621

E : richard.abbott@hfw.com

Lawyers for international commerce

hfw.com

© 2016 Holman Fenwick Willan France LLP. Tous droits réservés.

Nous veillons à envoyer les informations les plus précises possibles, néanmoins, elles ne constituent aucunement un avis juridique.

Holman Fenwick Willan LLP est responsable du traitement de vos données personnelles. Pour les mettre à jour ou modifier les listes de diffusion auxquelles vous êtes inscrit, veuillez contacter Craig Martin au +44 (0)20 7264 8109 ou [craig.martin@hfw.com](mailto:craig.martin@hfw.com).

São Paulo   Londres   Paris   Bruxelles   Genève   Le Pirée   Beyrouth   Riyadh   Koweït   Abu Dhabi   Dubaï  
Singapour   Hong Kong   Shanghai   Tianjin   Perth   Melbourne   Sydney