

Silke Nadolni et Aurélie Dauger (LPA-CGR avocats) analysent les conséquences des changements sur les CPI et Vefa

Guerre ukrainienne, inflation, explosion du coût des matières premières, flambée des prix de l'énergie, accroissement des délais d'approvisionnement, hausse des taux d'intérêts, ... difficile pour les professionnels du bâtiment d'établir leurs devis sans prendre le risque de travailler à perte et de s'engager sur des délais.

Le principe : des prix fermes pour CPI et VEFA

Or, c'est précisément ce qui est attendu d'un promoteur dans le cadre d'un contrat de promotion immobilière (CPI) ou d'un vendeur dans une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) : un engagement ferme et définitif sur l'objet et sur le prix et un délai d'achèvement prévisionnel qui ne se décale qu'en raison de causes déterminées contractuellement à l'avance, à savoir en cas de survenance des causes dites légitimes de suspension des délais.

Pour rappel, l'article 1831-1 du Code civil définit le contrat de promotion immobilière comme un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "promoteur immobilier" s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Le prix d'un CPI est donc, en vertu de la loi, fixe et n'est pas susceptible de varier dès lors qu'il est forfaitaire.

Pour ce qui est des VEFA conclus portant sur des actifs immobiliers relevant du secteur dit 'libre', à savoir le secteur tertiaire soit des bureaux ou entrepôts logistiques, la pratique d'avant la guerre ukrainienne a consisté à pratiquer des prix fixes, insusceptibles de variation ; le vendeur devant assumer le risque d'augmentation des prix et généralement le risque de la construction.

Force majeure et imprévision

Se pose donc la question de savoir s'il existe des mécanismes juridiques permettant aux promoteurs ou vendeurs constructeurs d'échapper au cadre contractuel convenu pour permettre une adaptation des prix.

Comme pour la pandémie du Covid-19, on peut en premier lieu penser à la force majeure qui permet à un débiteur de s'exonérer de ses responsabilités s'il démontre être confronté à un cas de force majeure, ce qui suppose qu'il démontre que l'évènement qu'il subit revêt les caractéristiques de l'article 1218 du Code Civil, à savoir qu'il est extérieur, imprévu et que ses « effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ». L'évènement doit échapper au contrôle du débiteur, et ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat.

Les difficultés actuelles d'approvisionnement ou les augmentations de prix liées au contexte géopolitique et économique n'empêchent pas les constructeurs de construire : sauf pour le constructeur à démontrer qu'aucune autre source d'approvisionnement existe, l'exécution de leur obligation n'en sera rendue 'que' plus

compliquée, plus longue ou plus chère, mais non impossible. Le seul fait d'augmenter le coût de la prestation attendue ne permet pas de retenir la qualification de force majeure pour permettre à un constructeur de s'exonérer de son obligation de construire.

Cependant, pour les contrats conclus avant le début du conflit ukrainien, et sauf disposition contractuelle contraire, la force majeure pourrait le cas échéant être retenue pour justifier un décalage du délai de livraison. Il appartiendra au juge d'apprécier le moment à partir duquel les conséquences induites par le conflit ukrainien auraient dû être connues par le constructeur souhaitant s'en prévaloir pour justifier un allongement des délais de construction.

Le seul mécanisme permettant aux constructeurs-vendeurs et promoteurs une négociation des prix contractuellement convenus est la théorie de l'imprévision, ancrée à l'article 1195 du Code civil : « 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. » En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

C'est d'ailleurs l'outil légal que recommande le Gouvernement aux termes de la circulaire du 27 mars 2022 « relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières » qui inclut une recommandation en ce sens pour l'exécution des marchés de travaux privés.

Pour des contrats conclus avant le conflit ukrainien, il pourrait être considéré que cette guerre constitue une circonstance imprévisible rendant pour les constructeurs l'exécution excessivement onéreuse, à condition toutefois de parvenir à déterminer le moment à partir duquel les circonstances ne pouvaient pas encore être connues. Toutefois, ce raisonnement peut se heurter à deux obstacles.

Le premier est factuel car la crise logistique actuelle préexistait à ce conflit, qu'elle n'a fait qu'aggraver et concerne spécifiquement les contrats conclus à partir du deuxième trimestre 2021. En effet, ce sont avant tout les mesures de confinement prises à l'échelle mondiale pour lutter contre la pandémie de la Covid-19 depuis le printemps 2020 qui ont provoqué à la fois un fort ralentissement de l'activité industrielle et l'effondrement de la demande finale, induisant, par voie de conséquence, dès le printemps 2021, de fortes tensions sur le marché de certains matériaux (PVC, polystyrène, acier, cuivre, etc) ; s'y sont greffés différents autres événements notamment météorologiques et accidentels (comme les feux de forêts aux Etats-Unis), qui ont déstabilisé la filière bois.

Le second est juridique car il est désormais courant d'exclure contractuellement l'application de l'article 1195 Code civil dans les CPI et VEFA, de sorte que son application risque d'être réduite en pratique. Par ailleurs, il ne serait déjà plus possible actuellement pour les constructeurs de se prévaloir de la théorie de l'imprévision, les circonstances et leurs conséquences étant désormais connues.

Mécanismes contractuels futurs

Face à la difficulté d'anticiper les coûts de construction, il est de plus en plus fréquent d'être confronté à des renégociations de prix ou encore des demandes tenant à l'insertion dans les contrats de clauses permettant l'adaptation future des prix.

Les clauses de hardship sont ainsi de retour, permettant la renégociation d'un contrat, à l'initiative d'une ou de toutes les parties, quand un événement économique déstabilise gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat. Si ces clauses se comprennent du point de vue des constructeurs, elles n'offrent aucune possibilité d'anticipation de l'évolution des prix aux acquéreurs et investisseurs et les mettent en risque.

D'autres mécanismes commencent à se voir, tels des clauses d'ajustement de prix, se référant par exemple à la marge du promoteur – qui doit alors être révélée et justifiée – ou encore des clauses d'indexation du prix qui variera selon les fluctuations d'un indice convenu.

Ces clauses peuvent être alternatives ou complétées par de nouveaux dispositifs qui peuvent permettre de faciliter (i) le recours aux substitutions de matériaux (ii) ou encore l'anticipation des approvisionnements au travers d'ajustement des échéanciers de paiement.

Par ailleurs, d'un point de vue temporel, une attention particulière devra être portée sur les délais de l'opération *stricto sensu*, qui doivent évidemment tenir compte des problématiques actuelles en envisageant une marge de sécurité.

De manière plus générale, la teneur des clauses légitimes de délais pourrait évoluer pour intégrer les guerres, hélas.

En conclusion, il est indéniable que les pratiques contractuelles sont chahutées depuis la survenance de la Covid-19 il y a deux ans.

Les difficultés et les solutions qui ont été mises en œuvre pour les surmonter constituent un substrat de raisonnement intéressant qui prône le dialogue et fait confiance à l'intelligence des parties puisque force est de constater que la crise sanitaire n'a pas eu raison des chantiers dont les surcoûts liés à cette crise sanitaire, ont, somme toute, été limités.

Si les surcoûts liés à cette crise des approvisionnements sont plus significatifs et les perturbations plus généralisées, rien ne s'oppose pour autant à ce que les parties échangent pour s'accorder sur les impacts réciproques que cette situation a pour eux, au travers de solutions pragmatiques et raisonnables ; la voie amiable est en effet à coup sur la seule pouvant permettre de ne pas bloquer les constructions en cours.



Silke NADOLNI

Avocate associée
LPA-CGR avocats - Paris
snadolni@lpalaw.com
T : +33 (0) 1 53 23 25 46



Aurélie DAUGER

Avocate associée
LPA-CGR avocats - Paris
adauger@lpalaw.com
T : +33 (0) 1 53 23 25 10