

# Révision des prix en période d'incertitude (économique) : comment gérer au mieux les fluctuations de prix dans les marchés publics et privés ?



S'il y a une leçon à tirer de l'histoire récente, c'est qu'une société mondialisée comme la nôtre est particulièrement sensible aux crises mondiales et internationales. Alors que la lutte contre le Covid-19 a donné lieu à des mesures de soutien financier sans précédent du « côté de la demande » de l'économie, la crise ukrainienne a profondément perturbé le « côté de l'offre » de l'économie. Le déséquilibre entre l'offre et la demande, associé aux prix actuels de l'énergie, a créé une tempête inflationniste parfaite ces derniers mois, qui a ébranlé la confiance des consommateurs et des entreprises.

Aujourd'hui, en tant qu'entreprise de construction, il est donc plus important que jamais de conclure des accords clairs, sur la façon dont (et dans quelle mesure) les prix des contrats actuels et futurs peuvent être révisés. Mais comment s'y prendre exactement ? Quelle est la meilleure façon de faire face aux fluctuations de prix dans les marchés publics et privés ? Nous passons en revue ci-dessous les grands principes et les possibilités.

## Comment anticiper les fluctuations de prix dans les nouveaux contrats ?

### MARCHÉS PRIVÉS (B2B et B2C)

#### • En général

Dans un contrat privé, les parties peuvent anticiper les fluctuations futures des prix de diverses manières, tant positives que négatives. Plus précisément, les parties peuvent choisir

de (1) prévoir la possibilité de réviser le prix en cours d'exécution d'un contrat en fonction d'un certain nombre de paramètres économiques objectifs, (2) facturer à des prix journaliers variables ou (3) inclure une clause qui encourage les parties à renégocier certaines conditions (telles que le prix, l'échéance de l'exécution ...) en cas de circonstances imprévues,

#### • La clause de révision des prix

Dans les contrats de construction privés, des « clauses de révision des prix » sont souvent utilisées. Il s'agit de clauses dans lesquelles le coût de certains matériaux est ajusté au moment de la facturation en fonction d'un index officiel (Index I ou Index I-2021), qui est basé sur un certain nombre de paramètres économiques objectifs.

**ATTENTION :** le 1er janvier 2023, l'Index I classique (qui existe depuis 1955) sera remplacé par une version modernisée (Index I-2021). A partir de ce moment, l'index classique ne sera plus publié sur le site de la Mercuriale.

Bien qu'une clause de révision de prix mène souvent à la solution optimale et la plus équilibrée pour les deux parties contractantes, dans la pratique, on constate malheureusement que certaines clauses de révision de prix ne peuvent pas être appliquées parce qu'elles ne remplissent pas les (strictes) conditions légales qui leur sont attachées. Dans les contrats privés, les clauses de révision de prix ne peuvent être utilisées légalement qu'à condition (1) qu'elles portent sur un maximum de 80% du prix final (ce qui signifie que 20% du prix final

doit toujours être fixe et invariable), (2) que les paramètres utilisés se réfèrent aux coûts réels et (3) que la clause soit rédigée de manière claire et équilibrée, ce qui signifie que le prix doit toujours pouvoir être modifié à la hausse ou à la baisse (et dans la même mesure).

**CONSEIL :** en période d'incertitude économique, une entreprise a tout intérêt à moduler la mesure dans laquelle le prix peut être révisé. De cette façon, on peut imaginer une clause de révision des prix dans laquelle l'ajustement des prix (à la hausse comme à la baisse) est limité à un certain maximum (par exemple 10 %) et/ou que la révision des prix n'est appliquée qu'à partir d'un certain montant limite.

Les clauses de révision de prix qui ne remplissent pas les conditions susmentionnées sont nulles de plein droit, ce qui signifie qu'elles ne peuvent plus être appliquées. Dans la pratique, cela signifie souvent que le prix convenu ne peut plus être révisé et qu'il est donc devenu « fixe et immuable », avec toutes les conséquences qui en découlent.

**ATTENTION :** les clauses de révision de prix dans les contrats soumis aux dispositions de la loi Breyne (lire : la loi sur le logement) sont assorties d'un certain nombre de conditions supplémentaires, qui peuvent être consultées sur le site web de la Confédération Construction.

• **Contrats à prix journaliers variables**  
Contrairement à une clause de révision des prix, où le prix est ajusté en fonction d'un index, dans le cas de

contrats à prix journalier variable, il est convenu que l'entrepreneur facturera les matériaux sur la base du prix d'achat actuel, majoré d'un pourcentage prédéterminé. Si une telle formule de prix est choisie, l'entrepreneur doit toujours faire preuve d'une transparence totale quant aux coûts des matériaux et à la marge qu'il applique sur ceux-ci, ce qui n'est pas toujours évident ou souhaitable dans la pratique.

**ATTENTION :** la tarification d'un contrat à prix journalier variable doit toujours être transparente et prévisible (du moins à l'égard d'un particulier). Si tel n'est pas le cas, la clause est nulle.

• **Circonstances imprévisibles (la « clause de renégociation »)**

Alors que dans les cas précédents, il était question de réguler les fluctuations de prix, dans le cas d'une clause de renégociation, il s'agit d'anticiper des circonstances qui étaient imprévisibles au moment de la signature du contrat. Les « circonstances imprévisibles » sont des situations qui rendent l'exécution du travail convenu très « difficile » (mais pas : impossible) ou qui perturbent sensiblement l'équilibre économique entre les parties contractantes.

**CONSEIL :** à partir du 1er janvier 2023, la théorie sur les circonstances imprévisibles sera « d'application générale ». Cela signifie que les contrats conclus à partir de la date précitée seront toujours soumis aux principes généraux contenus dans l'article 5.74 du Nouveau Code Civil, sauf disposition contraire.

Si une telle situation se présente, la clause de renégociation permettra aux parties de se réunir pour renégocier certaines conditions contractuelles (tels que le prix, le délai d'exécution, etc.). Ce faisant, les parties devront essayer – sur la base des principes de bonne foi – de trouver un nouvel équilibre contractuel.

## MARCHÉS PUBLICS (B2G)

• **Général**

Contrairement aux marchés privés, les marchés publics peuvent – du moins en ce qui concerne la révision des prix et les circonstances imprévisibles – s'appuyer sur un cadre juridique spécifique, à savoir les articles 38/7 et 38/9 de l'AR Exécution.

• **La clause de révision de prix (article 38/7 AR Exécution)**

La clause de révision des prix est obligatoire pour les marchés et travaux figurant à l'annexe 1 de l'AR Exécution, à l'exception des marchés d'un montant inférieur à 120.000 euros et dont le délai initial d'exécution est inférieur à 120 jours ouvrables ou 180 jours calendaires, pour lesquels la clause de révision des prix est simplement facultative. Ce dernier point est également d'application pour les marchés et travaux qui ne figurent pas dans l'annexe susmentionnée.

• **Circonstances imprévisibles (imprévision) (article 38/9 AR Exécution)**

L'article 38/9 de l'AR Exécution prévoit la possibilité, en cas de circonstances imprévues, de demander au pouvoir adjudicateur (1) une prolongation du délai d'exécution ou, en cas de préjudice financier très conséquent, (2) d'insister sur une révision différente (généralement une compensation) ou même, éventuellement, la résiliation du contrat. Le préjudice financier très grave s'élève alors à 2,5% du montant initial du contrat. Le maître d'ouvrage peut donc demander la preuve de ces 2,5 %, sauf si (1) le préjudice est supérieur à 175 000 € lorsque le montant du marché est compris entre 7,5 et 15 millions d'euros, (2) 225 000 € pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 15 000 000 € et inférieur ou égal à 30 000 000 € ou (3) 300 000 € pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 30 000 000 €. Dans les 30 jours qui suivent l'apparition des circonstances imprévisibles ou au moins 30 jours après la date à laquelle le contractant aurait normalement dû connaître ces faits et événements, l'entrepreneur doit signaler les faits au pouvoir adjudicateur et indiquer l'impact de ces faits sur le prix de revient (ce qui n'est pas encore un calcul exact). L'entrepreneur doit présenter une justification chiffrée afin d'obtenir une compensation au plus tard 90 jours après la date de signification de la réception provisoire.

### Comment faire face aux fluctuations de prix dans les contrats en cours ?

## MARCHÉS PRIVÉS

En l'absence de base contractuelle : renégociation sur la base de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Dans l'hypothèse où un contrat en

cours ne prévoit pas la possibilité de révision ou de renégociation du prix (voir section A), la doctrine prévoit que la partie lésée peut tout de même demander la renégociation de certains aspects du contrat sur la base des principes théoriques de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit.

Sur ce point, nous vous renvoyons aux lettres types que la Fédération des Entrepreneurs Généraux de la Construction met à disposition à cet effet.

## MARCHÉS PUBLICS

Si les clauses de révision de prix prévues sont défaillantes ou ne reflètent pas exactement la hausse de prix en cours : renégociation sur la base de l'article 38/11 ou de l'article 38/7 de l'AR Exécution.

Dans l'hypothèse où les clauses de révision de prix dans les documents d'appel d'offres sont défaillantes (par exemple en cas d'erreur matérielle), l'article 38/11 de l'AR Exécution stipule que la clause de révision de prix peut être renégociée afin de corriger l'irrégularité. Si, par contre, la formule de révision des prix ne reflète pas correctement la structure réelle des coûts du marché, l'entrepreneur peut, sur la base de l'article 38/7, demander au pouvoir adjudicateur de réparer le préjudice subi.

Sur ce point, nous vous renvoyons également aux lettres types que la Fédération des Entrepreneurs Généraux de la Construction fournit à cet effet.

## CONCLUSION

Les circonstances économiques actuelles ont incité les entreprises et les particuliers à conclure des accords clairs sur la manière dont (et la mesure dans laquelle) les fluctuations de prix et autres circonstances imprévisibles doivent être traitées dès le début des négociations.

La Confédération Construction et la Fédération des Entrepreneurs Généraux de la Construction disposent des connaissances et de l'expertise nécessaires pour accompagner les entreprises affiliées dans la rédaction et la révision des contrats susmentionnés, auxquels il est possible de faire appel, et ce sans obligation. ■