AFCM

Association Française du Contract Management

N°11

Décembre 2022

LE JOURNAL DU CONTRACT MANAGEMENT

03 ÉDITO

04 ACTU

05 ÉPISODE 2/2. LE MANAGEMENT DES RISQUES CONTRACTUELS

24 ÉVÉNEMENTS

28 LE COIN DES EXPERTS

40 AGENDA

LE JOURNAL DU CONTRACT MANAGEMENT EST PUBLIÉ PAR :

AFCM
Association Française du Contract Management

Fondée en 2014, l'Association Française du Contract Management a pour mission de rassembler les contract managers, de participer activement au développement, à la professionnalisation, à la promotion du Contract Management et à l'amélioration de son positionnement dans l'entreprise.

Renseignements et adhésion : www.afcm-asso.fr

En collaboration avec l'ADUCMA :
Créée en 2015, l'Association du Diplôme Universitaire de Contract Management d'Assas (Paris II) a pour principaux objectifs de rapprocher les entreprises d'un vivier de contract managers motivés, de favoriser l'insertion professionnelle des étudiants, de communiquer sur le métier, de promouvoir les événements et activités des étudiants, de maintenir un annuaire des anciens étudiants et de construire des partenariats avec des passionnés.

Renseignements et adhésion : www.aducma.com

ADUCMA
Association du DU de Contract Management d'Assas

Isabelle Cretenet, Présidente AFCM - Peter Rosher, Avocat, Partner, Reed Smith - Louis Cointreau, Directeur régional France et pays francophones, Systech International - Vincent Leclerc, Senior Contract Manager, ENGIE - Frédéric Berjot, Consultant Expert chez Karbet Consulting - Jean-Charles Savornin, Projects Advisor, Projectence - Marine Maffre Maucour, Directrice des Opérations, Driver Trett • Édition et mise en page : La Machine à Écrire - www.lmae.fr • Photos : Adobe Stock, DR.

UNE PAGE SE TOURNE... UNE AUTRE S'ÉCRIT !

Il y a plus de six ans nous sommes partis en voyage au gré du vent de nos idées et réflexions. Au fil du temps d'autres personnes ont rejoint notre périple en orientant sa trajectoire et en transformant les souhaits en réalité. Ces voyageurs ont consacré une grande partie de leur temps de trajet à façonner et polir ce projet, et nous leur en sommes extrêmement reconnaissants : il y a un peu de chacun de ces passagers dans chaque journal.

Je tiens tout particulièrement à remercier l'AFCM et l'ADUCMA, c'est-à-dire les associations qui ont permis à notre journal de voir le jour et de perdurer. J'ai aussi une pensée profonde pour le comité éditorial du Journal du Contract Management. Merci pour vos articles, vos relectures et nos moments d'échanges passionnés autour de notre socle commun. À leurs côtés, ce sont 11 numéros du Journal qui ont été publiés autour de thématiques telles que les livres français sur le Contract Management, le planning et l'extension de temps, la médiation, la mise en place du Contract Management, les différents types de contrats standardisés, les indicateurs de mesure du Contrat Management, la sous-traitance, l'évolution de la fonction de Contract Management entre 2014 et 2021, et enfin le management des risques contractuels.

Plus de 150 articles déjà publiés

D'autres aspects liés au Contract Management ont aussi été aperçus dans le fameux « coin des experts ». Des livres ont aussi été présentés dans notre « coin des lecteurs ». Et bien évidemment les événements ont eu droit à leurs pages dédiées.
Au total ce sont plus de 150 articles qui ont été publiés grâce au groupe de travail composé de Coralie Bouscasse, Isabelle Cretenet (Présidentes AFCM), Antoine Papegaey (Président ADUCMA), Rolland Terrin (rédacteur en chef du Journal du Contract Management, Contract Manager Onet), Peter Rosher (Avocat, Partner, Reed Smith), Louis Cointreau (Directeur régional France et pays francophones, Systech International), Vincent Leclerc (Senior Contract Manager, ENGIE), Frédéric Berjot (Consultant Expert chez Karbet Consulting), Jean-Charles Savornin (Projects Advisor, Projectence), Marine Maffre Maucour (Directrice des Opérations Driver Trett). Je tiens aussi à remercier notre éditeur La Machine à Écrire (www.lmae.fr).

Fort heureusement, le voyage continue. Caroline El Medjoubi et Xavier Furst ont proposé de récupérer le flambeau de la rédaction en chef. Alors si vous souhaitez continuer de voyager, n'hésitez pas à les contacter. Tout article, idée ou pensée ayant trait au contract management sera accueilli chaleureusement et avec bienveillance.

Rolland Terrin, rédacteur en chef, Contract Manager Onet

AFCM MENTORING

Vous êtes Contract Manager et vous avez des questions sur votre métier, recherchez des conseils ou une écoute pour prendre du recul sur votre parcours ou votre pratique ?
Vous avez cumulé depuis plusieurs années de l'expérience voire développé une expertise dans un des domaines de pratique du Contract Management et vous souhaitez partager votre expérience ou votre vision du métier avec une personne en recherche d'échange ?
L'AFCM vous propose un accompagnement professionnel de mentoring par son service de mise en relation pour constituer un binôme mentor / mentoré.
Vous souhaitez devenir mentor ou mentoré ? N'hésitez pas à candidater ou poser vos questions à **mentoring@afcm-asso.fr**

A TOUT MOMENT DANS L'ANNÉE, RENDEZ-VOUS SUR :

www.afcm-asso.fr

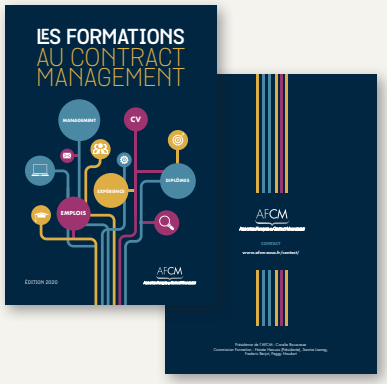
VOTRE SITE DE RÉFÉRENCE SUR **LE CONTRACT MANAGAMENT !**

RETROUVEZ EN LIBRE ACCÈS :

LA COLLECTION COMPLÈTE DU JOURNAL DU CONTRACT MANAGEMENT

LES GUIDESDE L'AFCM

LE CATALOGUE DES FORMATIONS AU CONTRACT MANAGEMENT



EN EXCLUSIVITÉ DANS L'ESPACE ADHÉRENT :

- L'ANNUAIRE DES MEMBRES
- LES OFFRES D'EMPLOIS DE NOS PARTENAIRES

Inscrivez-vous vite !

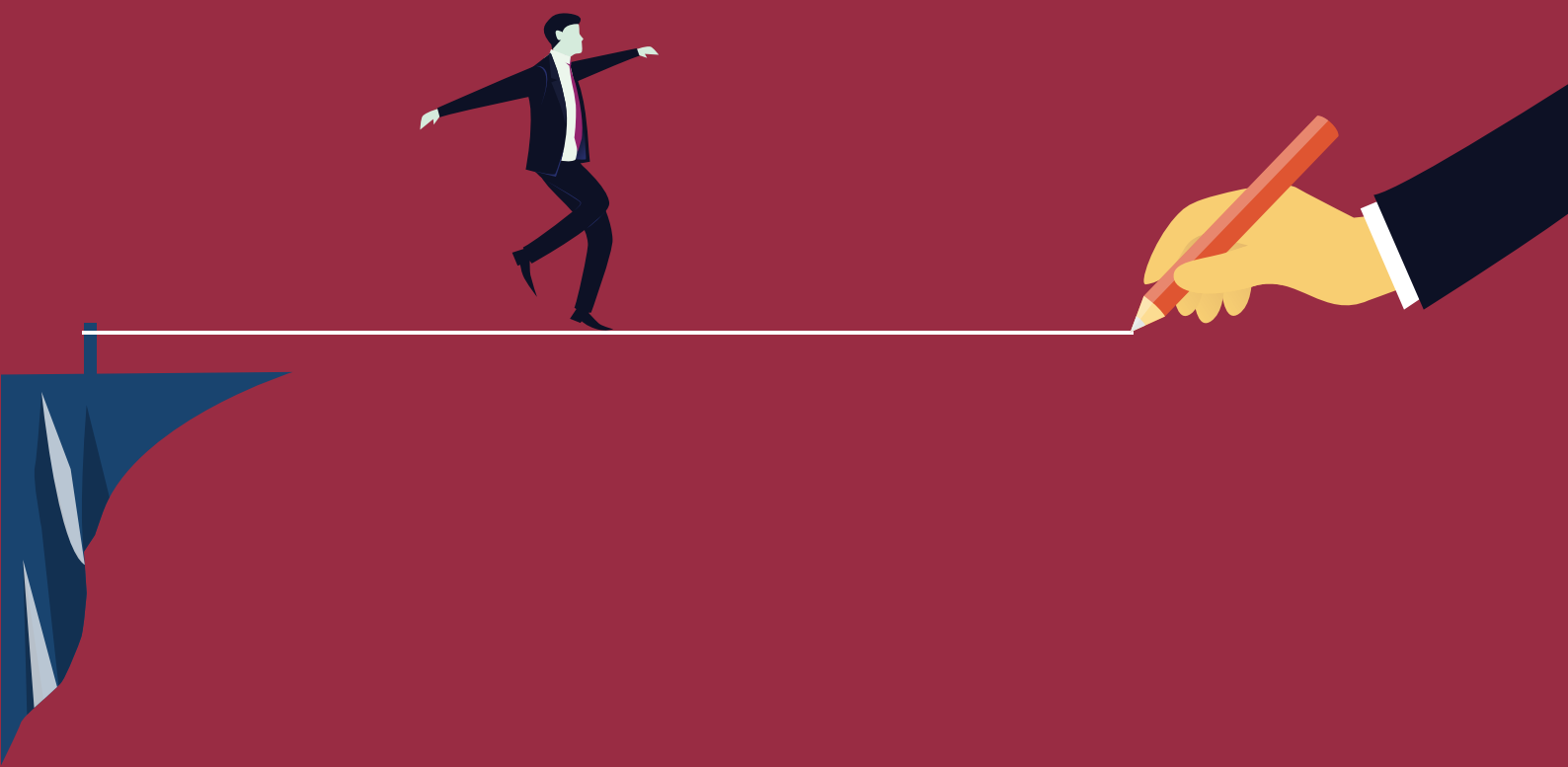
ÉPISODE 2/2

LE MANAGEMENT DES RISQUES CONTRACTUELS

Rolland Terrin,
Rédacteur en chef,
Contract Manager
Onet Technologies

"DE NOS JOURS, LES ENTREPRISES SONT CONFRONTÉES À DE NOMBREUX RISQUES POUVANT PROVENIR DE FACTEURS EXTERNES HORS DE CONTRÔLE (CATASTROPHES NATURELLES, INFLATION...) OU DE FACTEURS INTERNES ISSUS DE L'ENTREPRISE OU DU PROJET CONCERNÉ (RISQUES CONTRACTUELS, TECHNIQUES...). LA GESTION DES RISQUES (ET OPPORTUNITÉS) EST DEVENUE UNE COMPOSANTE ESSENTIELLE DANS LA STRATÉGIE DES ENTREPRISES AFIN DE MAÎTRISER LE RISQUE POUR NE PAS LE SUBIR. UNE GESTION EFFICIENTE DES RISQUES PERMET DE PRENDRE LES BONNES DÉCISIONS AU BON MOMENT, D'AMÉLIORER LA MAÎTRISE DES PROJETS, D'ANTICIPER LES DIFFICULTÉS ET LES OPPORTUNITÉS ET, ÉVIDEMMENT, DE RÉALISER DES ÉCONOMIES POTENTIELLES. CETTE GESTION DES RISQUES ET OPPORTUNITÉS AU TRAVERS D'UN PROCESSUS DE MAÎTRISE DES RISQUES (IDENTIFICATION, ÉVALUATION, TRAITEMENT ET SUIVI) EST DEVENUE UN ÉLÉMENT PRIMORDIAL DU MÉTIER DE CONTRACT MANAGER.

À LA SUITE DES PREMIERS ARTICLES PUBLIÉS DANS NOTRE PRÉCÉDENT NUMÉRO, LE COMITÉ ÉDITORIAL VOUS PROPOSE D'APPROFONDIR ENCORE LE SUJET DU MANAGEMENT DES RISQUES (ET OPPORTUNITÉS) À TRAVERS UNE NOUVELLE SERIES E CONTRIBUTIONS EXPERTES. BONNE LECTURE !"



LE RISK MANAGEMENT DANS LE QUOTIDIEN D'UN CONTRACT MANAGER

Michaël Savel,
Contract Manager,
Axima, Equans

Sébastien Muller-Feuga,
Directeur Risques & Contrats,
Ineo Nucléaire, Equans

RENCONTRE AVEC MICHAËL SAVEL ET SÉBASTIEN MULLER-FEUGA : TOUS DEUX TRAVAILLENT AU QUOTIDIEN SUR LES RISQUES ET NOUS OFFRENT UN TÉMOIGNAGE DE LA MISE EN APPLICATION DES PRINCIPES DE GESTION DU RISQUE (RISK MANAGEMENT) CHEZ DES CONTRACTANTS.

Pouvez-vous présenter votre rôle vis-à-vis des risques ?

Michaël Savel : j'exerce ma fonction de Contract Manager principalement dans le cadre de l'exécution de contrats de marché public, dans le domaine du transport ferroviaire, sur des activités liées à l'installation de systèmes électriques et/ou électromécaniques à destination des infrastructures de transport.

Sébastien Muller-Feuga : je supervise l'identification, le suivi et la gestion des risques pour une filiale dédiée à l'ingénierie électrique et multi-technique pour les acteurs du nucléaire. Notre activité se caractérise par une exigence industrielle et de grands donneurs d'ordre souvent publics. Elle se répartit à parts égales entre export, grands projets France, agences de proximité et contrats de maintenance autant de domaines qui ont des profils de risques très différents.

Pourquoi faire du Risk Management (RM) dans votre entreprise ?

MS : Couramment, le management des risques s'articule autour de la mise en place d'un registre des risques qui répertorie l'ensemble des risques identifiés sur le projet. Une analyse détaillée initiale avec l'ensemble des spécialistes et des méthodes parfois sophistiquées permettent d'établir ce registre, généralement associé à une provision budgétaire. Les équipes du projet réalisent ensuite des revues périodiques pour mettre à jour ce registre en fonction de l'évolution du projet. C'est ce qui ressort de la norme NF ISO 31000 (relative au management du risque) qui recommande, notamment, l'enregistrement des risques et définit également des méthodologies d'évaluation du niveau de risque.

Or les projets sur lesquels nous intervenons rassemblent de multiples acteurs créant de fait de multiples interfaces, aux enjeux et objectifs parfois antinomiques. Les nombreuses interactions augmentent les probabilités « d'interaction délicate » conduisant à des problèmes. De plus, ces projets se déroulent sur plusieurs années, introduisant une dimension aléatoire importante (imprévisibilité à long terme des évènements). La récente crise sanitaire et le conflit armé en Ukraine en sont des exemples indéniables. En plus d'être un outil de pilotage en phase d'exécution des contrats, c'est aussi un outil décisionnel, en particulier en fin de phase d'offre, où le RM prend tout son sens pour caractériser et évaluer le niveau de risque d'un projet avant de s'y engager.

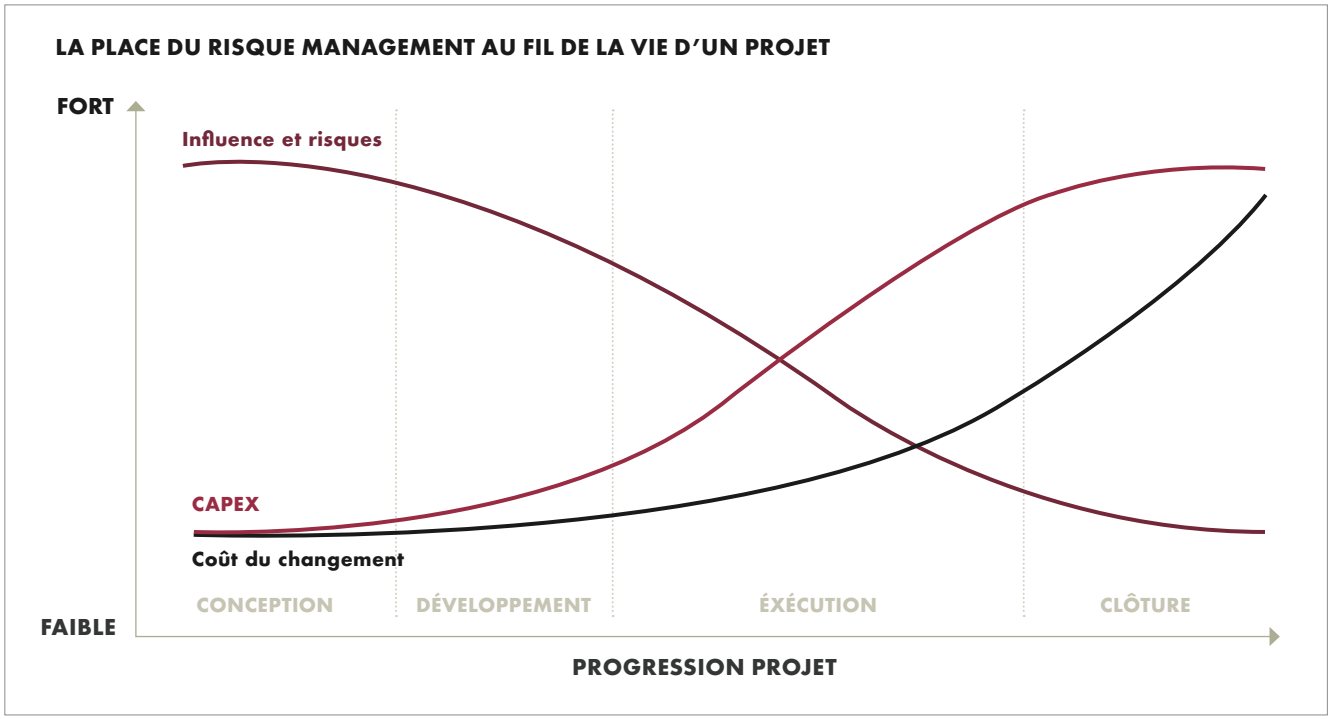
SMF : Notre environnement est très concurrentiel et nos clients donnent souvent la priorité au budget, sur les délais par exemple, ce qui amène à de faibles marges qui réduisent notre capacité à absorber les imprévus. De plus, en tant que contractants, notre activité consiste à réaliser la trilogie périmètre / prix / délai associée à un portefeuille de risques (sol, coactivité, inflation, etc.) transférés par le biais du contrat.

Un pilotage fin des risques est donc essentiel et il imprègne nos processus en phase avant-vente comme en réalisation. Cela pour toutes nos lignes d'activités. Consolidé au niveau de notre filiale, cela permet à la Direction Générale de contrôler le niveau de risque accepté, d'intervenir sur les incidents majeurs et in fine d'assurer la profitabilité voire la survie de l'entreprise.

Comment organisez-vous le RM en phase offre, avant l'attribution des marchés ?

SMF : La phase avant signature de nos contrats est en réalité la phase où notre levier sur le risque est le plus important. Tout commence par une prise de conscience des risques auxquels une consultation nous expose. Cette analyse mobilise des ressources expertes et nous la réalisons donc au juste besoin en fonction du profil de risque général de l'affaire. Par expérience, on peut approcher le niveau de provision pour risques associé aux différents types de marché.

Mais à partir d'un montant seuil, par exemple 1 M€, ou pour des affaires jugées sensibles, toutes les offres font l'objet d'une analyse de risque détaillée qui couvre les clauses contractuelles (CCAP, CGA et CCTP), en équipe pluridisciplinaire projet / études / contrat / juridique.



Après cette phase d'identification, nous appliquons ensuite les principes de gestion de risques (par ex. PMBOK® Guide 6th ed. 11.5.2.4), par ordre de priorité :

- **Accepter :** pour des risques jugés mineurs ou dans notre cœur de savoir-faire (productivité, disponibilité de personnel) ;
- **Transférer :** à nos assureurs, nos sous-traitants ou nos partenaires de groupement ;
- **Réduire :** en atténuant la probabilité (par ex. suivi renforcé) ou l'impact (par ex. provision financière, qualification de l'offre) ;
- **Éviter :** en qualifiant nos offres, incluant la renégociation de termes contractuels clés (risque sol, périmètre, révision de prix...) ;
- **Escalader :** demander validation au niveau requis pour des risques élevés (dommages immatériels) ;
- **Supprimer/exclure :** en décidant un « no go », c'est-à-dire décliner la réponse à l'appel d'offres !

In fine nous définissons une provision financière destinée à couvrir les risques et associée à des qualifications, insérées dans notre offre (exclusions / modifications / hypothèses), qui viendront préciser le portefeuille de risques acceptées. Avant négociation...

La combinaison prestation / prix / délai / risques / qualifications de notre offre est alors validée, parfois ajustée, lors d'un comité d'engagement (Risk Committee) au niveau approprié.

Nous avons l'obligation de trouver le meilleur compromis pour couvrir les risques tout en préservant la compétitivité de nos offres car chaque pourcent de provision est aussi une menace pour le succès de notre candidature. Nous préférons bien souvent exclure le risque par une qualification que provisionner. C'est finalement une mise en pratique des quatre principes énoncés par Nael Bunni[1] pour affecter le risque. Il ne faudrait pas imaginer, en tout cas, que nos chiffrages incorporent de larges provisions : nous travaillons à l'échelle du point de pourcentage.

On associe souvent les risques à leur pendant positif : les opportunités. Si notre approche cible principalement les risques au sens de « menaces », elle permet parfois d'identifier aussi des opportunités. Chaque entreprise aura alors sa philosophie de gestion, par exemple selon l'agressivité concurrentielle de son marché, en autorisant ou pas, dès la phase d'offre, la compensation des pertes liées aux risques par les gains issus des opportunités.

MS : Dans la phase d'offre, un des axes de sécurisation du projet repose sur l'analyse des exigences notamment techniques du marché, afin d'identifier celles comportant des risques importants ou non acceptables (par ex. : performances, planning). Certains clients en phase d'offre exigent des candidats une analyse des risques formelle avec une hiérarchisation et une évaluation financière de ceux-ci, ce qui permet dans la discussion avec le contractant d'appréhender les répercussions que chaque risque peut avoir sur le montant de l'offre.

Durant la réalisation de vos contrats, quelles sont vos méthodes de RM ?

MS : Nous appliquons bien sûr les méthodes usuelles de RM sur projets évoquées ci-dessus. Mais, en pratique, l'exécution des contrats impose souvent des temps de réaction incompatibles

> « En plus d'être un outil de pilotage en phase d'exécution des contrats, le risk management est aussi un outil décisionnel, en particulier en fin de phase d'offre. »

avec les durées courantes de traitement de ces méthodes, en particulier avec des équipes multidisciplinaires peu disponibles. C'est pourquoi, dans de nombreux cas, le risque identifié n'est pas formellement enregistré, sans que cela fasse pour autant obstacle à son traitement. La réception d'un Ordre de Service (OS), imposant une réponse rapide sous peine de forclusion, pourra donner lieu à l'identification d'un risque (comme une modification des modalités d'exécution, la communication d'un nouveau planning...) qui sera très souvent traité directement via les réserves à cet OS le courrier de réserves étant la première action de mitigation.

La logique voudrait que ce risque soit inscrit a posteriori dans le registre, mais l'expérience montre que ce n'est qu'exceptionnellement le cas. Le risque sera néanmoins enregistré dans les correspondances.

Comme on le constate, les méthodes standardisées ne sont pas toujours strictement applicables, et d'autres chemins de traitement s'imposent. Par analogie avec la théorie qui attribue le traitement des tâches « normées » au « cerveau droit » et les ressources de l'imagination au « cerveau gauche », la gestion des risques doit faire preuve d'adaptabilité et considérer également les approches moins normées. Les méthodes standardisées sont donc un point de départ incontournable, mais la pratique rappelle au quotidien le besoin de s'adapter à tous les moyens permettant de traiter, d'une manière ou d'une autre, le risque. C'est bien au final, l'objectif recherché de la gestion du risque.

SMF : En tant que contractant, les maîtres-mots sont bien agilité et pragmatisme dans l'application des méthodes théoriques. Nous partons de l'analyse des risques et du contrat réalisée en phase d'offre pour établir nos plans de gestion de projet. L'initiative est ensuite laissée au chef de projet mais, pour les principales affaires, les risques sont régulièrement présentés au management en revue périodique. Lorsqu'une dérive est signalée ou détectée indirectement (par analyse de type « valeur acquise / earned value », par exemple), des actions sont décidées selon la situation et l'affectation des risques prévus au contrat, comme par exemple : renfort d'équipe, action contractuelle, re-séquençage, etc.

Qu'en est-il de l'adhésion des équipes ou du management à ces approches de spécialistes ?

MS : La « gestion du risque » apparaît bien souvent comme rébarbative et n'emporte pas spontanément l'adhésion des équipes. Je préfère donc bien souvent limiter volontairement la liste des risques (10 risques vraisemblables et spécifiques au projet) et m'attacher à essayer de les traiter complètement jusqu'à leur terme (actions de mitigation, estimation du risque résiduel...) plutôt que de tenter une identification exhaustive de tous les risques, dont le traitement sera inévitablement très long et à coup sûr abandonné par les équipes devant l'ampleur de la tâche. Je cible les risques spécifiques au projet car ils sont bien appréhendés et peuvent être associés à des actions de traitement à la main des équipes.
A contrario, une liste de 50 risques peut s'obtenir rapidement, surtout si l'on intègre des risques génériques (turn-over des équipes, risque de désorganisation ou de trésorerie négative de la société...), mais leur traitement échappera le plus souvent aux équipes projet (risque à transférer à l'entité mère). L'expérience montre alors qu'au final, la revue des risques se focalise sur les 10 risques principaux ceux que les équipes savent décrire et évaluer précisément, les autres dormant bien souvent « au fond » de la liste et échappant ainsi à la revue. C'est donc un réglage à ajuster au cas par cas, selon les équipes et les projets. Je rappelle aussi que la gestion des risques est avant tout un outil, à destination du projet, afin d'en faciliter sa conduite, et qu'il ne s'agit pas d'un exercice imposé visant à démontrer au client que nous avons pensé à tout.

SMF : notre objectif est d'amener le personnel à intégrer la démarche d'analyse des risques dans son pilotage de projet au quotidien. Nous privilégions donc une approche ultra pragmatique fondée sur la confiance plutôt que sur le contrôle, convaincus que le registre et la communication des risques seront d'autant plus représentatifs que les outils seront opérationnels et que les collaborateurs sentiront le soutien du management.

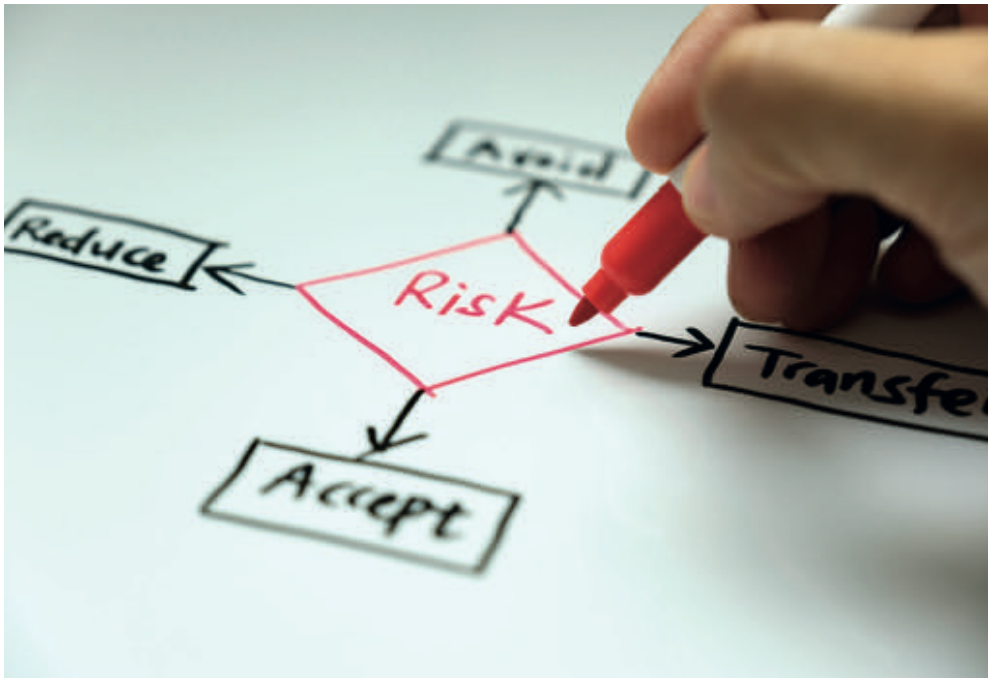
Cependant, le contrat ne laisse parfois pas la place au doute et aux interrogations sur la manière d'emporter l'adhésion des collaborateurs, car il impose un chiffrage des risques partagé avec le client (NEC3) !

Au final, qu'en concluez-vous ?

MS & SMF : L'expérience montre que les approches théoriques doivent être adaptées, en particulier pour les projets de taille plus modeste, afin d'assurer l'adhésion des équipes. Bien souvent celle-ci passe par le fait d'intégrer l'identification des opportunités dans la démarche RM. L'analyse des risques, dès la phase d'offre, est un outil essentiel pour maitriser nos projets.

Une nouvelle norme spécifique ISO 31000 a vu le jour, un processus de maîtrise des risques a été intégré dans les différents référentiels de gestion de projet et, peu à peu, la gestion opérationnelle des risques s'est développée et se développe encore chez les différents acteurs d'un projet.

(1) International Construction Law Review, Vol 20, 2009 – « celui qui le maitrise, ou celui qui peut le prévoir, ou celui qui est capable de le supporter ou celui qui en souffrira le plus »



L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS DE CONSTRUCTION EN FRANCE

Damien Lecadre,
Responsable Pôle Contrat
chez Euro Contrôle Projet (ECP)

DEPUIS UNE VINGTAINE D'ANNÉES, LA GESTION DES RISQUES A FAIT IRRUPTION DANS LA GESTION DE PROJET SUITE À DE NOUVELLES RÉGLEMENTATIONS VISANT À RENFORCER LES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE CONTRÔLE INTERNE, L'AVERSION AUX RISQUES DE PLUS EN PLUS FORTE DES ACTIONNAIRES ET BAILLEURS DE FONDS, L'ÉMERGENCE ET LA MULTIPLICATION DE NOUVEAUX SCHÉMAS CONTRACTUELS, LA RARÉFACTION DE L'ARGENT PUBLIC, LE DURCISSEMENT DES ENVIRONNEMENTS JURIDIQUES... UNE NOUVELLE NORME SPÉCIFIQUE ISO 31000 A VU LE JOUR, UN PROCESSUS DE MAÎTRISE DES RISQUES A ÉTÉ INTÉGRÉ DANS LES DIFFÉRENTS RÉFÉRENTIELS DE GESTION DE PROJET ET, PEU À PEU, LA GESTION OPÉRATIONNELLE DES RISQUES S'EST DÉVELOPPÉE ET SE DÉVELOPPE ENCORE CHEZ LES DIFFÉRENTS ACTEURS D'UN PROJET.

Cependant, cette gestion des risques reste généralement une pratique interne à chaque organisation et peu partagée entre les parties prenantes, et est source de relations contractuelles encore biaisées.

RISQUES ET ALÉAS

Si la définition opérationnelle d'un risque comme « *un événement incertain ou une condition qui, s'il se produit, a un effet positif ou négatif sur les objectifs du projet* » fait aujourd'hui référence, la notion de risque est cependant assez floue dans le droit des contrats français. Elle peut néanmoins se préciser par distinction de la notion d'aléa.

En synthèse des débats juridiques autour de ces deux notions, il peut être résumé qu'un risque est l'une des deux formes d'aléas. Il correspond aux situations incertaines mais prévues par les parties et exclut donc les aléas imprévisibles. L'aléa serait donc subi alors que le risque est couru. Ainsi, il pourrait être formulé la définition suivante : « *le risque est un événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant.* »

Dans le cas de certains contrats (administratifs, par exemple), il faudrait ajouter les situations raisonnables que les parties auraient dû normalement prévoir mais cela est une autre histoire.

INCOMPLÉTUDE DES CONTRATS ET INTENTION DES PARTIES

Un contrat est forcément incomplet dans l'impossibilité de prévoir et spécifier toutes les éventuelles conditions futures et les contingences susceptibles de se produire dans l'exécution d'un contrat. Il n'en demeure pas moins qu'il est essentiel dans la définition d'un contrat qu'un effort soit porté sur l'identification d'un maximum de risques que peuvent encourir les parties ainsi que sur leur répartition entre elles afin que le contrat soit le plus complet possible.
Généralement, un certain nombre de risques classiques auxquels un projet est exposé sont adressés sur l'ensemble des conditions d'un contrat : révision de prix, monnaies de paiement, dommages divers, garanties, force majeure, sécurité, environnement...

Cependant, un certain nombre d'autres pas toujours précisément identifiés, font l'objet de rédactions par le prescripteur de clauses plus ou moins générales et/ou confuses pour reporter ces risques sur un cocontractant, en créant l'illusion que le risque lui a été transféré, sans pour autant que celui-ci ait clairement accepté de l'endosser dans son offre.
Il convient de rappeler à cet égard que le code civil (Art 1188) prévoit que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

En matière de gestion des risques, la commune intention des parties pourrait se traduire d'abord par la volonté de courir un risque et rejoint ainsi la commune prévision des parties, comme l'indique une vieille jurisprudence (Conclusions Blum sur C.E. 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways) : « *à côté d'éléments certains, le contrat comporte des éléments aléatoires, il comporte un risque pour l'avenir, risque que les cocontractants connaissent et qu'ils courent parce qu'ils veulent le courir.* »

L'intention des parties est donc indissociable de la question de la répartition des risques. Le risque est destiné à être réparti et un contrat doit répondre à la question : sur qui doit-il peser ?

> “un contrat doit identifier les risques d’un projet et définir à qui ils incombent.”

LE CONTRAT : UN OUTIL DE RÉPARTITION DES RISQUES

Selon le vieil adage, « celui qui ne risque rien, ne perd ni ne gagne ». Les risques sont inhérents à toute entreprise humaine. Ils forment une composante intrinsèque de la mise en œuvre de tous projets, et donc de tous contrats. Encore faut-il que les risques encourus soient clairement identifiés ainsi que leur répartition entre les parties contractantes. Outre la définition d’un besoin, d’objectifs et de moyens pour y parvenir, un contrat doit donc identifier les risques d’un projet et définir à qui ils incombent en les répartissant clairement entre les parties contractantes.
La question de répartition des risques n’est pas une affaire d’équité mais fondamentalement une question de performance contractuelle, dans la mesure où celle-ci incite notamment les co-contractants à allouer des ressources et des moyens pour maîtriser ces risques.

IDENTIFICATION DES RISQUES EN PHASE PRÉCONTRACTUELLE

Les risques peuvent être organisés et structurés de différentes façons via une RBS (Risk breakdown Structure), calquée sur le modèle d’une WBS (Work Breakdown Structure) pour les tâches d’un planning. Le niveau supérieur correspond aux grandes familles de risques et doit permettre de s’assurer que l’ensemble du spectre de risques est couvert. Des ateliers de brainstorming ou toutes autres méthodes, avec des experts de chaque domaine, permettent d’alimenter les niveaux inférieurs de la RBS de façon à cerner et préciser les risques dans leur expression la plus détaillée.

Cette analyse préalable des risques doit être faite dès le stade de la programmation ou des études de faisabilité ou d’avant-projet, afin qu’elle puisse être intégrée dans la rédaction de l’ensemble des documents contractuels. En effet, l’attribution des risques aux diverses parties dans un contrat a une incidence importante sur le type de contrat qui pourrait être utilisé, sa forme, son mode de rémunération... Une fois les incertitudes et les risques identifiés, évalués et analysés, ils doivent être attribués afin d’être gérés par l’une (parfois plusieurs) des parties prenantes au projet de construction, y compris les assureurs.

CRITÈRES DE RÉPARTITION DES RISQUES

Un contrat peu clair quant à la répartition des risques pourrait être l’objet de nombreux différends, tensions et blocages qui altèreraient la performance globale du projet. Un contrat déséquilibré en termes de répartition des risques, notamment lorsque ceux-ci sont difficiles à évaluer, pourrait être inutilement onéreux, les entreprises pouvant s’auto-assurer au travers de la multiplication de provisions que le Maître d’Ouvrage paiera que le risque se matérialise ou pas.

Aussi, quels pourraient être les critères objectifs d’attribution d’un risque ?
Chez les anglo-saxons et dans les contrats de construction, l’allocation des risques est principalement basée sur le concept de contrôle du risque et/ou de ses conséquences selon les principes[1] qu’une partie au contrat devrait assumer un risque si :

- il en a le **contrôle** (causes et/ou conséquences) ;
- l’avantage **économique** prépondérant (pour le projet) de courir ce risque lui revient ;
- il est dans l’intérêt de l’**efficacité** du projet de lui faire courir le risque (prévenance et / ou mitigation) ;
- il peut le **transférer** par l’assurance ;
- la **perte** la concerne en principal.

Une autre approche pourrait être celle de Nael G. Bunni[2] qui, se plaçant du point de vue d’un arbitre ou d’un tribunal, dans le cas où un risque ne serait pas attribué dans

(1) Risk Management”, Max W. Abrahamson, [1983] ICLR 241

(2) Chartered Engineer, Mediator & Registered Chartered Arbitrator, Managing risks Seminar organised by IBC/FIDIC

un contrat et qu'un litige surviendrait entre les parties quant à la survenance de ce risque, définit comment pourrait être examinées les responsabilités, outre en fonction de l'intention des parties, mais également à la lumière de certains critères comme ceux qui suivent :

- quelle partie pouvait le mieux **prévoir** ce risque ?
- quelle partie pouvait le mieux **contrôler** ce risque et les dangers qui y sont associés ?
- quelle partie pouvait le mieux **assumer** ce risque ?
- quelle partie **profite** le plus ou souffre le plus lorsque ce risque survient ?

Quels que soient les critères retenus (et il peut en exister d'autres), l'allocation des risques doit être une démarche consciente, évaluée et – pourquoi pas ? – transparente.

PRÉREQUIS

La prise en compte ouverte des risques dans les contrats génère la convergence des intérêts si chacun estime ses espérances de gains supérieures aux risques de pertes. Il faut pour cela que :

- les enjeux soient clairement **définis** ;
- la stratégie à l'égard des risques du projet soit **explicitée** ;
- la **prise de risque** d'un acteur soit accompagnée d'une **stratégie** (assurance, mesures préventives et compensatoires) et d'une rémunération adaptée.

La simplicité et la clarté du libellé dans la définition d'une répartition des risques est primordiale. Cela signifie que les dispositions contractuelles, les règles juridiques du droit applicable et la documentation technique, y compris les spécifications et les dessins, doivent être claires et, dans la mesure du possible, énoncées explicitement dans un langage simple afin qu'elles puissent être pleinement comprises et non sujettes à interprétation.

En outre, la contractualisation du management des risques doit prévoir un processus de gestion dynamique des risques et désigner sans ambigüité les responsabilités de chaque acteur. Cela nécessite :

- un plan de management des risques portés par chacun des acteurs ;
- une répartition équilibrée des engagements de chaque acteur dans son domaine de compétence, de responsabilité et de capacité à assumer les risques.

DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE : EXEMPLE D'UN CONTRAT DE CREUSEMENT D'UN TUNNEL

Des expériences fleurissent notamment dans le cadre de projets souterrains, poussés par le fascicule 69 du CCTG Travaux 2012 relatif aux travaux en souterrain. L'aspect qui nous intéresse en particulier ici est la contractualisation du Plan de Management des Risques (PMR), lequel a pour objectif de gérer les risques résiduels « *contre lesquels le maître d'ouvrage souhaite se prémunir et de définir les procédures tant techniques que contractuelles à mettre en œuvre lors de la réalisation du marché en cas d'occurrence d'évènements redoutés nécessitant des adaptations techniques aux dispositions constructives prévus au CCTP et au détail estimatif. Il s'agit donc de risques identifiés, soit dont les conséquences sont difficiles à apprécier, soit dont la connaissance de l'événement redouté n'est pas suffisante au moment des études, soit dont la vraisemblance est faible.* »

La démarche du fascicule 69, sans être citée, a inspiré un récent marché de conception / réalisation d'une galerie souterraine en Ile-de-France. Au DCE était joint un Registre des Incertitudes et des Risques (RIR) établi par l'Assistant au Maître d'Ouvrage, structuré autour de 3 familles de risques :

- les risques administratifs ;
- les risques de programme et d'interfaces ;
- les risques techniques, eux-mêmes répartis en quatre catégories:
  - risques géotechniques ;
  - risques liés aux avoisinants ;
  - risques liés au voisinage ;
  - risques liés aux méthodes de construction mises en œuvre et aux matériels utilisés.

> « L'attribution des risques aux diverses parties a une incidence importante sur le type de contrat qui pourrait être utilisé. »

Il appartenait aux soumissionnaires de compléter le RIR en phase Avant-Projet (AVP) et au Titulaire, de le mettre à jour suite à la phase Projet (PRO), tant quant aux incertitudes et risques eux-mêmes, que dans la définition des mesures préventives et de détection au plus tôt à inclure dans l'offre, que dans les mesures correctives à mettre en œuvre si le risque s'avérait. Ces mesures correctives faisaient l'objet d'un Bordereau de Prix Unitaires (BPU risques), qui a par ailleurs permis au MOa d'estimer ses provisions pour risques. Pour définir le niveau de criticité de chaque risque technique, la probabilité d'occurrence et la gravité devaient être évalués en fonction d'une échelle prédéterminée :

- les risques **inacceptables** devaient être réduits ou supprimés par une modification du projet ou la mise en œuvre de mesures préventives dès la phase AVP de la conception ;
- les risques **importants** devaient être traités et réduits par la mise en œuvre de mesures préventives incorporées au projet de réalisation ;
- les risques **significatifs** devaient être surveillés, avec des mesures de détection au plus tôt et correctives en cas de survenance prédéfinies ;
- les risques **mineurs** étaient acceptables et devaient faire l'objet d'un simple suivi.

> La coopération entre acteurs est un préalable indispensable à tout management des risques d'un contrat.

Ainsi, et pour la prise en charge des mesures correctives, les risques résiduels étaient classés selon 3 types :
Ainsi, et pour la prise en charge des mesures correctives, les risques résiduels étaient classés selon 3 types :

- **Type 1 :** prise en charge des mesures correctives par le Titulaire ;
- **Type 2 :** prise en charge des mesures correctives par le Maître d'Ouvrage selon le BPU risques ;
- **Type 3 :** lorsqu'il n'était pas possible de définir a priori les conditions de rémunération des mesures correctives, voire les mesures correctives elles-mêmes. La rémunération était à négocier sur la base du BPU risques et PU issus de la DGPF.

A titre d'exemple, tous les risques géotechniques étaient de type 2 et donc à la charge du Maître d'Ouvrage. Evidemment, un certain nombre de difficultés ont vu le jour durant le creusement du tunnel, comme la qualité des déblais versus le scénario de référence, une venue d'eau en galerie, l'usure des outils de coupe du tunnelier... Mais la grande majorité de ces écarts ou événements avait été identifiée dans le PMR.

Si cette démarche de management et de répartition des risques n'a pas affranchi les parties de discussions et de négociations, elle a néanmoins permis de poser un cadre aux argumentaires, de fixer un schéma de prises en charges des conséquences des risques et une base pour l'évaluation des droits à rémunération du Titulaire.
L'essentiel des différends a porté sur la(les) cause(s) première(s) de ces évènements, sur la catégorisation de certains risques (types 2 ou 3) ouvrant droit à des conditions d'indemnisation différentes et sur le contenu des prix forfaitaires des mesures correctives du BPU risques.
Néanmoins et d'un point de vue extérieur aux parties, malgré ses imperfections, le retour d'expérience de cette démarche proactive et transparente d'allocation des risques apparait globalement positif pour le projet dans son ensemble. Elle a permis de prendre en compte des mesures préventives dans le prix du Titulaire, de mitiger les conséquences de certains risques avec des actions correctives prédéfinies, de minimiser les tensions quant à la responsabilité des parties lors de la survenance de certains événements et d'éviter des situations de blocages avec une certaine confiance pour le Titulaire d'obtenir une (juste ?) rémunération. Elle a en outre permis aux parties de mieux maîtriser leurs incertitudes budgétaires en ramenant les risques résiduels à des niveaux acceptables et avec l'établissement de provisions sur des critères plus fiables et justifiables auprès de leurs financeurs ou actionnaires.

L'autre retour d'expérience qui pourrait en être tiré rejoint les prérequis du paragraphe précédent et l'importance de décrire avec précision et clarté les risques et toutes leurs conséquences ainsi que l'étendue des éléments de coûts à inclure dans les Prix Unitaires forfaitaires du BPU risques.

FREINS ET CONDITIONS DE SUCCÈS (I HAD A DREAM : DES PROJETS GAGNANT/GAGNANT !)

Le management des risques (et leur répartition) doit promouvoir la coopération entre l'ensemble des acteurs, au bénéfice individuel de chacune des parties mais aussi de la performance de l'ensemble d'un projet. Il repose sur trois piliers :

- les méthodes et outils (le **contrat**) ;
- les pratiques professionnelles (la **culture**) ;
- les acteurs (les **comportements** individuels).

Les risques d'un projet avec sa multiplicité d'acteurs sont collectifs et devraient être traités collectivement, tout en gardant en tête la dimension humaine et individuelle. La coopération entre acteurs est un préalable indispensable à tout management des risques d'un contrat. Elle repose sur la conviction que l'intérêt collectif, c'est-à-dire le succès du projet, converge avec les intérêts particuliers. Il s'agit là d'un changement de paradigme et la route est encore longue.

	CONDITIONS DE SUCCÈS	FREINS
MÉTHODES ET OUTILS	• Le contrat comme un outil partagé de management des risques et clair quant à leur répartition • Une définition précise des risques, de leurs conséquences et des conditions de prise en charge • ...	• Notion de risques assez floue en droit français, • Standards de contrats peu portés sur la notion de risques et leur gestion, • Transfert de risques non explicite • ...
PRATIQUES PROFESSIONNELLES	• Une gestion des risques non plus seulement interne mais partagée Confiance rime avec transparence • ...	• Transfert implicite ou par défaut des risques Limitation/édulcoration/contournement des engagements, jouer sur les failles des contrats comme autant d'opportunités Croyance que le flou profite toujours • ...
COMPORTEMENTS INDIVIDUELS	• La conscience que veiller à l'intérêt général d'un projet, c'est veiller à son propre intérêt, • Compréhension et respect de l'autre • ...	• Défense des intérêts particuliers avant tout, Détournements des règles à son profit • Méfiance, jouer contre, • Tensions sur les coûts et les incertitudes • ...

LA GESTION DES RISQUES JURIDIQUES

LA GESTION D'UN PROJET NE DOIT PAS SE LIMITER QU'AU FAMEUX TRIPTYQUE COÛT-DÉLAIS-QUALITÉ MAIS ENGLOBER ÉGALEMENT LES RISQUES JURIDIQUES QUI PEUVENT SURVENIR À TOUT MOMENT DE L'EXÉCUTION DU PROJET PAR EXEMPLE EN CAS DE VIOLATION DE LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE AU PROJET, EN CAS DE RETARD DANS LA LIVRAISON DU PROJET ET QUE LA RUPTURE DU CONTRAT SE PRODUIT, OU EN CAS DE LITIGES POTENTIELS SUR L'APPLICATION DES CLAUSES CONTRACTUELLES AVEC LES CLIENTS, LES FOURNISSEURS ET LES SOUS-TRAITANTS.

Suganjah Shanthipan,
Contract Manager
chez Ponticelli Frères

Se pose alors la question de savoir comment les parties prenantes peuvent-elles sécuriser efficacement ces risques juridiques dans la gestion de leur projet dès lors que ces risques peuvent faire dérailler un projet tout bien préparé ?
Dans cet article, je tenterai d'apporter un éclairage sur les risques juridiques les plus probables et les plus importants que l'on peut rencontrer dans un projet basé sur mon expérience certes limitée et subjective (I) et sur les éventuelles solutions à adopter pour limiter ces risques juridiques ? (II).

PARTIE I
QUELS SONT LES RISQUES JURIDIQUES QUE L'ON PEUT RENCONTRER DANS UN PROJET ?

Il est question ici de relater les principaux types de risques juridiques, qui sont évidemment issus des clauses essentielles d'un contrat, pouvant entraîner des répercussions sur la gestion d'un projet.

1. Le respect de la loi

Dans le cadre d'un projet national, identifier le système juridique applicable permet de mettre en place un système de gestion du projet (peu importe sa durée) qui garantira le respect des lois en vigueur. En effet, même si le droit est figé à la signature du contrat, certaines obligations légales, qui ne sont pas forcément évidentes pour les parties, peuvent venir impacter le déroulement du projet du fait de l'évolution de la loi qui était plus ou moins prévisible au cours du projet (en effet, nous nous souvenons tous des mesures gouvernementales inédites et exceptionnelles qui ont été prises par le gouvernement français pendant l'épidémie du covid 19, auxquelles les parties qui ont réalisé des chantiers sur le territoire français ont dû se soumettre), ou pour d'autres raisons car d'autres régimes juridiques vont également s'appliquer aux activités du projet du fait de la nationalité d'une des parties par exemple. A titre d'illustration, une obligation de déclaration d'utilisation et de traitement de données personnelles du maître d'ouvrage ou encore une obligation de garantie du paiement par l'entrepreneur principal allemand au sous-traitant polonais par un cautionnement peuvent échapper à la vigilance des parties prenantes lors de la préparation du projet et venir peser sur le projet durant sa réalisation en France. C'est pourquoi, il est nécessaire, avant même le lancement du projet, d'identifier et d'analyser le cadre juridique externe du projet afin de connaitre au plus tôt les règles à respecter lors de l'exécution du projet. L'identification du ou des régimes juridiques applicables permet d'anticiper ces obligations et ainsi de garantir que le projet ne sera pas interrompu pour cause de non-respect d'un texte de loi.
D'ailleurs, le non-respect de ces obligations légales peut impacter financièrement le projet, si cela a entrainé le paiement d'une amende et/ou de dommages-intérêts. Ce qui peut, dans le pire des cas, fragiliser le budget du projet ! Fort heureusement, il n'est pas rare que la majorité des projets comportent des dispositions relatives aux risques de changement de loi. Il est donc important de bien négocier cette clause et de travailler avec des cabinets d'avocats locaux (si besoin) pour aider les industriels à anticiper l'évolution probable de la législation du secteur d'activité dans lequel ils opèrent.

2. Le respect du contrat

L'article 1103 du Code civil français issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 définit « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. » Si le contrat oblige les parties, c'est parce qu'il résulte de la négociation et du libre consentement des parties et sans entrer dans un débat sémantique et juridique, la réussite d'un projet sera donc conditionnée simplement par le respect des termes du contrat qui est le point de départ essentiel à cette relation contractuelle. S'il a valeur de loi à l'égard des parties dès lors qu'il définit la manière dont les parties prenantes vont collaborer entre elles, le non-respect du contrat entrainera incontestablement des conséquences lourdes pour celles qui se sont engagées et mettra en péril l'atteinte des objectifs du projet. En cas de non-respect d'une obligation contractuelle, si celle-ci a causé un dommage à une partie au contrat et que ce dommage est la cause directe du non-respect du contrat, alors la responsabilité civile contractuelle du débiteur de l'obligation pourra être engagée.

> “Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité !”

Partant de ce constat, on comprend vite que le contrat n'est pas qu'un ensemble de droits et d'obligations, il est avant tout clairement conçu comme une mise en relation de deux contractants. Un bon contrat, c'est celui qui permet aux parties de développer des relations de coopération et d'une confiance mutuelle favorable à la résolution des difficultés de gestion du projet. Si les parties sont sûrement les meilleurs juges de leurs intérêts, encore faut-il qu'elles soient en mesure ou en capacité de tout bien négocier... Toute question juridique susceptible de se poser dans le cadre d'un contrat de droit commun se pose également dans le cadre d'un contrat de projet de chantier. Il s'agit notamment des questions relatives à la formation du contrat, à la validité juridique du contrat, à l'exécution du contrat, à l'effet de la force majeure, à la cession du contrat, aux dommages et intérêts, etc. Toutefois, certaines de ces questions, qui se posent peuvent devenir cruciales et assez complexes suscitant ainsi une attention particulière.
De toute évidence, la négociation et la rédaction de toutes les clauses d'un contrat de projet de chantier sont une étape cruciale du bon déroulement d'un projet. C'est souvent lors de cette étape que les parties prenantes vont définir les conditions du succès ou les germes de l'échec !

3. Les risques de responsabilité

« Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité ! » : Victor Hugo ne pensait sans doute pas à la liberté contractuelle des parties concernées à la réalisation d'un projet en proclamant cette parole. Les questions de responsabilité contractuelle et de transfert de risque sont importantes dans tout projet, et sont susceptibles d'être complexes selon les paramètres définis et/ou non définis dans le contrat. Pendant la réalisation des travaux, on peut être tenu responsable de plein de choses. Si un sous-traitant travaille mal et qu'un sinistre survient, l'entrepreneur principal peut en être tenu responsable.
C'est pourquoi, il est important de bien délimiter sa responsabilité pour mieux la contrôler. En vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent prévoir dans leur contrat une clause qui limite leur responsabilité si elles n'exécutent pas leurs obligations contractuelles. En réparation de son inexécution du contrat, la partie peut payer des dommages et intérêts à son cocontractant, elle peut demander l'intervention d'un tiers ou l'exécution forcée du contrat. Et cela devient tout simplement des risques acceptés aux termes du contrat.

Par expérience, la matrice RACI est l'outil incontournable pour définir les rôles et les responsabilités des membres de l'équipe projet.

4. Les risques d'assurance

Lorsque la responsabilité est mise en cause, les litiges peuvent mettre à mal la poursuite du projet. Pour pallier ces difficultés, il faut contracter des assurances de chantier suffisantes.
Dans le cadre de la réalisation des projets, les risques de sinistres sont nombreux et l'entrepreneur principal peut ne pas être en mesure de supporter seul un risque lié au projet. Ainsi, une façon de transférer le risque, c'est d'utiliser des assurances. L'assurance est en effet un mécanisme de partage des risques, de sorte qu'ils se compensent entre eux. C'est ce que l'on appelle le principe de la mutualisation des risques. C'est pourquoi, il est important que les parties prenantes souscrivent les « bonnes » assurances (obligatoires ou non) prenant en charge les risques associés au chantier afin de minimiser leurs coûts lorsqu'un sinistre survient. Cependant, les assurances ne peuvent couvrir tous les risques notamment pour des raisons de risque moral et/ou d'ordre public, telle que la responsabilité découlant d'une faute intentionnelle.

La meilleure solution est de discuter avec les parties prenantes du projet et de s'entendre sur les risques que les différentes parties doivent supporter. Le maitre d'ouvrage et l'entrepreneur principal (avec ses sous-traitants et ses fournisseurs) doivent décider entre eux des risques que chaque partie est prête à assumer. De cette manière, les parties sont préservées d'avoir à payer des sommes souvent conséquentes, ce qui pourrait en pratique conduire l'entrepreneur principal à sa faillite personnelle en fonction de l'ampleur du sinistre avant la fin du projet.

5. Les risques liés aux litiges

Lors de l'exécution d'un chantier, il y a des litiges autour du paiement des travaux supplémentaires que le maître d'ouvrage a commandés. Comment faire pour que l'entrepreneur puisse en obtenir le paiement ? Et comment négocier les pénalités de retard ? A quelles dispositions doit-on prendre garde, pour que le maître d'ouvrage ne

rajoute pas des dommages et intérêts aux pénalités de retard ? Que faire lorsque le maître d'ouvrage refuse de réceptionner les travaux réalisés et confond les réserves avec les désordres de la garantie contractuelle ?

Il est clair que les litiges dégradent la coopération entre les parties nécessaire à la recherche de solutions avantageuses pour tous. Mais, tant que la confiance et le dialogue sont présents, les litiges peuvent encore se régler à l'amiable, mais, si le dialogue est rompu, les phases de discussion et négociation prennent alors fin. La solution est donc de passer à des modes alternatifs de résolution de conflit, qui sont plus rapides et moins coûteux que les recours judiciaires.

Si finalement aucun accord n'est trouvé, le dernier moyen est de mener une action en justice qui présente toutefois un facteur de risque incertain, qu'il faut prendre en considération, avant de se lancer dans une procédure judiciaire. C'est pourquoi, il est dans l'intérêt du projet de limiter ce type de risques. En effet, même s'ils n'aboutissent pas à un recours judiciaire, les litiges peuvent porter atteinte aux relations commerciales et à la réputation d'une partie prenante.

PARTIE II
COMMENT LIMITER LES RISQUES JURIDIQUES DANS UN PROJET DE CONSTRUCTION ?

En matière juridique, le risque zéro n'existe pas, dès lors que nul ne peut se prévaloir du caractère prévisible d'un risque juridique non certain. Néanmoins, plusieurs approches de solutions sont possibles pour limiter les impacts négatifs de ces risques juridiques sur le projet compte tenu de l'impératif de sécurité juridique et mon attention s'est portée sur les trois solutions suivantes.

1. Attribuer le risque à la partie la plus apte à le contrôler

En effet, avant le démarrage d'un projet, il est nécessaire que le client et son entrepreneur prennent des dispositions concernant les risques potentiels et en attribuent la responsabilité à la partie appropriée en insérant des dispositions qui répartissent les risques ou les responsabilités correspondantes dans les contrats. Pour limiter les risques de projet, il est important que les risques soient attribués à la partie la plus à même de les contrôler.

2. Gérer les risques par les assurances

L'assurance est un moyen fondamental de gérer le risque. Le principe de l'assurance est effectivement fondé sur la notion de risque, c'est-à-dire « l'exposition à un danger potentiel, inhérent à une situation ou une activité et dont on ne pourrait affronter les conséquences financières, qu'elles soient liées aux biens ou aux personnes ».
Par conséquent, lors de la préparation des assurances pour les projets, il est important d'identifier et de traiter les obligations de risques associées à chaque discipline du projet et de s'assurer que les limites sont adéquates pour faire face aux pertes éventuelles. S'assurer que la subrogation soit mise en place garantit que de nombreux risques du projet sont correctement transférés des parties contractantes (qui évitent les litiges) à leurs assureurs. D'ailleurs, certains assureurs interdisent à leurs assurés de signer des renonciations à la subrogation qui empêchent la compagnie d'assurance d'une partie de poursuivre une réclamation contre l'autre partie au contrat pour tenter de récupérer l'argent payé par la compagnie d'assurance à l'assuré ou à un tiers pour résoudre une réclamation couverte par la police. C'est pourquoi, il est important de veiller à ce que le risque du projet transféré reste in fine, entre les mains des assureurs.

> “Le management d'un projet ne peut plus désormais se réaliser sans une gestion des risques juridiques.”

Adopter le statut d'assuré supplémentaire est aussi une bonne manière de gérer son risque, l'assureur devient ainsi obligé de défendre les assurés supplémentaires en cas de plainte contre eux. Ainsi, en tant qu'entrepreneur, il est important d'exiger que les clients et ou/sous-traitants les ajoutent comme assuré additionnel et présentent des preuves de leur assurance.

3. Inclure des clauses d'indemnisation dans vos contrats

Les clauses d'indemnisation permettent de s'approprier les risques et les coûts encourus en cas de manquement ou de mauvaise conduite d'une partie au contrat. La clause d'indemnisation permet à la partie qui indemnise d'assumer la compensation ou les coûts d'un risque potentiel du fait de son manquement ou de sa mauvaise conduite. L'indemnisation peut être mutuelle ou peut concerner qu'une seule partie. Lorsqu'elle est mutuelle, les deux parties acceptent d'être responsables de tout risque causé par les actions de la partie qui indemnise. Dans ce contexte, il est vivement conseillé d'accompagner toute clause d'indemnisation d'une couverture d'assurance, car cela garantit que la partie qui indemnise puisse continuer à remplir ses obligations contractuellement sans être pénalisé financièrement...

En conclusion, vous le savez maintenant, le management d'un projet ne peut plus désormais se réaliser sans une gestion des risques juridiques. Ainsi, là où une faiblesse pourrait apparaitre, une sécurité juridique devrait être renforcée. Il est donc essentiel de mettre en place un management des risques juridiques, cela permet d'identifier, de prévenir et de limiter ces risques en anticipant leur traitement grâce à la mise en œuvre d'actions adaptées.

UNFORESEEABLE GROUND CONDITIONS: CHALLENGES, SOLUTIONS AND TIPS

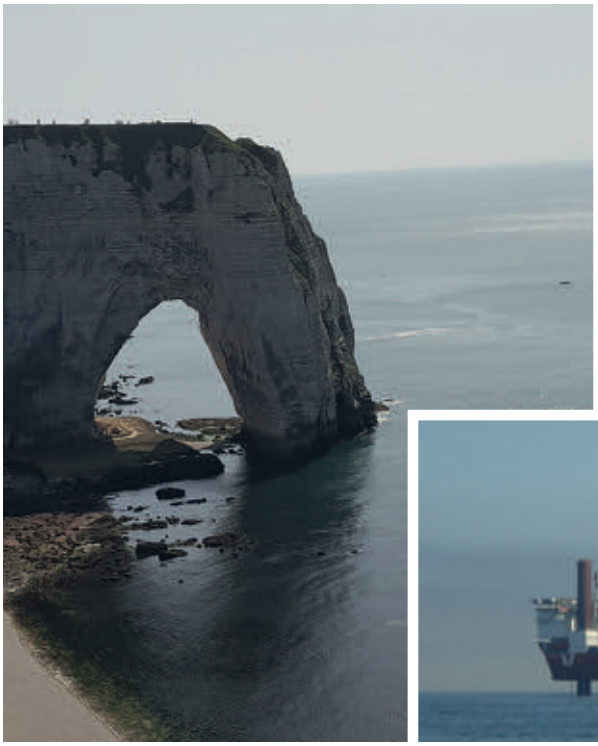
David Coyne,
Delay expert and Geotechnical Engineer

THE EARTH'S SOIL AND GROUND COMPOSITION IS A CONSTRUCTION MATERIAL WE DO NOT GET TO CHOOSE. IF THE GROUND CONDITIONS DIFFER FROM WHAT THE PARTIES WERE ANTICIPATING OR THE GEOLOGIC MATERIALS YIELD SURPRISES, THE PROPOSED PROJECT CAN BE SIGNIFICANTLY IMPACTED. OFTEN, THE IMPACT RESULTS IN A NEED TO CHANGE THE WORKING METHOD OR A COMPLETE DESIGN CHANGE. IN EXTREME CASES, THE WORK MAY EVEN NEED TO BE ABANDONED ALTOGETHER. IN ESSENCE, WE NEED TO WORK WITH THE EXISTING GROUND CONDITIONS.

This lack of choice does not occur for other engineering disciplines or the rest of the materials needed to construct a project, as the technical data exists to underpin their designs. For example, it is well-known what type of concrete and steel is required to ensure a safe structure. And structural engineers can procure a type of steel and concrete to suit their new project. The integrity of their construction can therefore be designed with a high degree of confidence. This is the same situation for architects, mechanical engineers, and electrical engineers.

When it comes to ground engineering, the risks become greater because every project's ground is unique and cannot be overcome by procuring a suitable material.

And the material is not transferrable to another site. You must build on the material on site. Such is the nature of the challenges faced when unforeseen ground conditions are encountered.



The white chalk cliffs at Etretat are undoubtedly picturesque. However, as a geotechnical manager at Humber Gateway Windfarm, it was challenging to design and build when we discovered the same fragile chalk material.

THE ENGINEERING SOLUTION TO MANAGE THE GROUND RISKS

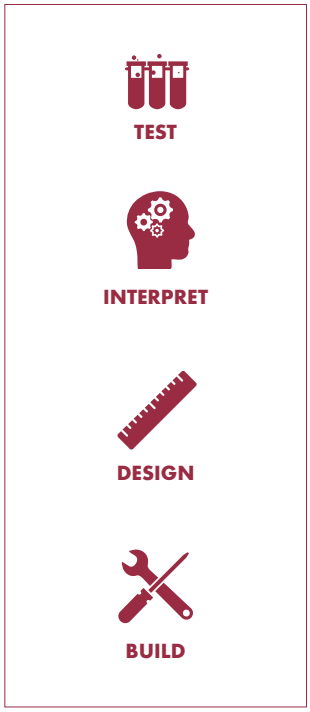
As a geotechnical engineer, I was told by my former Imperial College lecturer that you *"must spend the first 50% of your time testing, studying and figuring out your material before you can even start to do your engineering."* To best avoid the unexpected, this methodology applies to all projects; we must first assess, study, and figure out the ground conditions. Therefore, the geotechnical solution can be summarised as follows:

1. Investigate and test the ground by conducting a site investigation using equipment, specialists, and laboratory tests.

2. Interpret the test results. The geotechnical engineers will take the results of these tests to interpret and diagnose the ground.

3. Design or engineer the geotechnical solutions. Now that we understand the ground, geotechnical engineers can design the structure-ground interaction.

4. Finally, the contractor implements the geotechnics solution and constructs the proposed geotechnical design.



Whilst working on Crossrail in London, I saw the successful implementation of GBRs.

The first and most crucial step - site investigation and testing - could lead to long-term project cost savings, allowing designers and contractors to foresee potential issues or challenges and design accordingly before commencing construction. This is because a robust ground investigation provides for the early identification of ground conditions and associated constraints. This reduces ground risks and uncertainty and supports:

- Efficient design, where the designers are not overcompensating for the lack of uncertainty by over-designing structures such as deeper or broader foundations.
- A sustainable, viable solution to be adopted for the proposed project.
- Overall, a proactive management approach allows the project to be designed to take account of the challenging ground conditions, which increases the project viability.

However, any mobilisation before construction is often unpalatable due to costs and time. In an ideal geotechnical world, we engineers would be on site for months before the project commencement, carrying out the required ground investigation to ensure that the potentially significant technical, cost and programme risks are appropriately assessed at the project planning stage.

In reality, employers can only sometimes provide site access and significant investment, allowing the geotechnical engineers to mobilise early. In reality, employers often desire other options, i.e., could you not do the ground investigation and take the risk? Or, more commonly, manage the risk. Below are the contract and legal solutions to facilitate and manage this risk.

THE CONTRACTUAL SOLUTIONS TO MANAGE THE GROUND RISKS

The typical approaches to managing the risk for unforeseen ground or site conditions encountered by the contractor carrying out the works on site can be roughly classified into three groups: what I refer to as the traditional, the standard, and the baseline approaches.

Traditional Approach – responsibility lies with the contractor

The status quo is that the contractor is responsible for the ground risk. This approach assumes that the contractor is

> "Every project's ground is unique and cannot be overcome by procuring a suitable material."

> All groundworks should include geotechnical sampling and instrumentation.

the expert in determining the buildability of the works, and by promising to undertake works by the contract date and agreed price, then this is what the contractor must do. This approach seems simple; nevertheless, to address this risk, the contractor needs to tender sufficiently to cover the risk of extra costs. This typically results in an upfront premium at tender as the Contractor will need to take more money upfront to cover the risks it will encounter later in the project; hence it is undesirable from the employer's perspective. If the alternative happens, and the Contractor takes the risk without a premium, but the unforeseen ground condition occurs, then the contractor may no longer be able to finish the project due to financial problems. As a result of the above drawbacks, there is a need for alternative solutions.

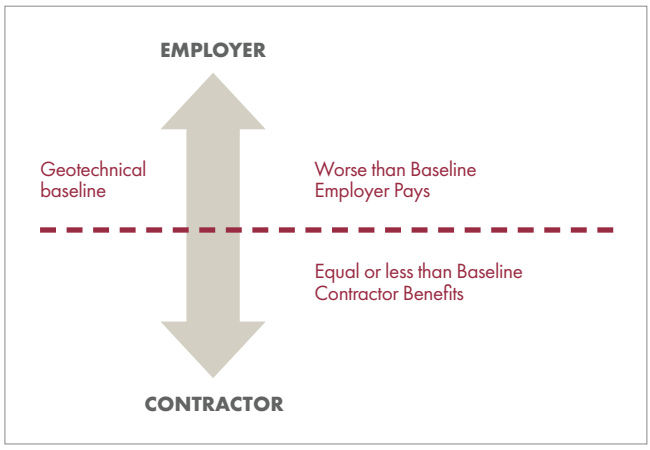
Standard Approach – attempt to split the risk between the contractor & the employer

The current standard approach includes specific, often negotiated provisions on ground conditions. For example, most standard form contracts now have a site condition clause which entitles the contractor to additional time and money for ground conditions that a reasonable and experienced contractor would not have foreseen. This approach may be more balanced in handling ground risk than the traditional status quo. Still, the concept of 'foreseeability' places the burden on the contractor to prove that an experienced contractor would not have foreseen the conditions. This

can be challenging to measure and therefore prove in a reasonable time. This is not ideal and is especially unsuitable for projects heavily reliant on groundwork, like tunnels, as they will likely require several unforeseen ground condition claims. As a result, the more sophisticated approach below exists.

Baseline Approach - Split the risk between contractor & employer and provide the mechanism to measure change

The more sophisticated solution is to equip the contract with a baseline into the contract. The employer draws a line in the sand, conducts ground investigation tests, states what it thinks the ground conditions are and produces the geotechnical baseline report (GBR). The employer will bear the costs if anything is found below this GBR. Anything equal to or better than this GBR becomes contractor profit.



The advantages are clear. It turns ground conditions from an expensive engineering and construction risk to a measurable contractual risk allocation. It appeals to the contractor because it no longer takes the entire risk. It is attractive to the employer because it no longer pays a premium to cover the risk initially. Overall, this is the most appropriate and natural solution for projects heavily reliant on groundwork.

THE FIDIC APPROACH

FIDIC provides for all the above approaches within its different model contracts. The Silver book (EPC turnkey contract) takes a traditional approach, and it is the contractor who is responsible for ground conditions. The contractor is responsible for verifying all ground data provided by the employer, and the employer is not responsible for the data.

The Red book and the Yellow book attribute risk to the employer for physical conditions that were not reasonably foreseeable by an experienced contractor at the time of the tender. Their approach is like the standard approach discussed earlier.

The Emerald book takes the most sophisticated approach and is most suitable for projects heavily reliant on groundwork. The Emerald book uses the baseline approach.

TIPS DURING THE PROJECT

Regardless of the construction method, all groundworks should include geotechnical sampling and

instrumentation, allowing the project team to observe and compare actual ground movement and changes to groundwater conditions against what was predicted.

This monitoring is essential to underground construction and ground contract assumptions. The broader project organisation must ensure adequate resources exist to gather and interpret monitoring data. With this data, unforeseeable ground conditions can easily be substantiated with facts.

TIPS FOR PREPARING THE CLAIM

If some ground risk is allocated to the employer in the contract and an unforeseen ground risk situation does occur, then the contractor is required to make a claim. This section sets out some general principles to apply when making a claim.
Preparing a claim starts with the following:

1. A research phase to gather the information.
2. An assessment of the impacts.
3. Confirm there is contractual entitlement.
4. Writing and presenting the claim report.

TEST

INTERPRET

DESIGN

BUILD

For unforeseen ground conditions, step (1) is the research phase, which can be specialised and technical. The research phase should seek to answer the following:

- Establish a level of knowledge of the nature of the soils at the start. To do this, find out if geotechnical studies were carried out and, if so, what they were.
  - Look for geotechnical data and interpretation reports.
  - Find out who oversaw the geotechnical studies and who did what. This should include checking if the employer transmitted any geotechnical information and whether it constituted Rely-upon-Data.
  - Check if the contractor carried out any investigations/verifications.
- Next, assess the degree of unpredictability of the soil encountered.
  - Check for any available monitoring and factual data such as photos, soil samples, water measurements, and data that can factually prove the unforeseen ground issues.
  - Look for documents that explain who did what in response to the unforeseen situation.

Step (2) requires measuring the variance between what was planned and what occurred to determine the extent and impact of the unforeseen ground conditions.

Step (3) requires the contract to be assessed to confirm the legal entitlement:

- Check the distribution of risks in the contract.
- Check if a risk matrix is shared, and if so, how it allocates the risk between the parties.
- Check if any contract variations might have modified the risk distribution.

After establishing an unforeseen ground condition and contractual entitlement, the final step (4) should be a clear, well-written document setting out the findings of the above three steps that will substantiate to the employer that the claim has merit.

CONCLUSION

Unforeseeable ground conditions provide a unique challenge to the construction industry. Nevertheless, the risk can be successfully allocated and managed by understanding the problem and combining engineering and contract management best practices. Lastly, I would like to end this article with some wise advice from Prof. Stuart Littlejohn in 1991: "You always pay for a site investigation whether you have one or not".

> "The risk can be successfully managed by combining engineering and contract management best practices."

GESTION DES RISQUES ET MAÎTRISE NÉCESSAIRE DES MÉCANISMES ASSURANTIELS PAR LE CONTRACT MANAGER

Isabelle Cretenet,
Directeur juridique et contract Management SI-nerGIE,
Directeur Juridique Risques Technologies de l'Information ORANO, Présidente de l'AFCM

DANS CE NUMÉRO SUR LES RISQUES ET LEUR GESTION, COMMENT NE PAS PARLER D'ASSURANCE ? LA GESTION DES RISQUES FAIT PARTIE DE LA STRATÉGIE DES ENTREPRISES ET LA MAITRISE DES RISQUES CONSTITUE UN ENJEU DE TAILLE.

L'assurance est un moyen de couvrir les conséquences financières des risques qui ne peuvent être éliminés par des mesures de prévention.
Il est donc indispensable que le contract manager soit bien informé de la politique d'assurance adoptée par l'entreprise, car cela permettra de définir avec plus de certitude le moment du transfert de responsabilité au cocontractant du ou des contrats que le contract management sera amené à définir, négocier et gérer.

Sans la prétention de couvrir tous les aspects spécifiques et techniques liés aux assurances, l'article suivant donne quelques clés pour mieux déchiffrer les clauses d'assurances permettant d'en décrypter l'utilité pour mieux les rédiger et pour un contract manager de mieux en cerner les enjeux.

En amont de toute contractualisation, le Contract Manager doit avoir compris la politique assurantielle de son entreprise

Les entreprises sont confrontées à des risques, des obstacles et ou des imprévus qui sont autant de menaces pesant sur leur existence et leur développement.

Pour bien gérer les risques qui pèsent sur l'entreprise, le chef d'entreprise doit effectuer une cartographie précise des menaces externes et des faiblesses internes. Parmi les risques identifiés, les risques opérationnels prennent une place importante : risques pesant sur le matériel de production, risques pesant sur les outils, risques pesant sur les fournisseurs, les sous-traitants ainsi que la chaine d'approvisionnement et de livraison, risques liés au client.

Faire appel au mécanisme d'assurance consiste pour une entreprise à faire porter à un tiers le risque. C'est le cas des assurances qui couvrent ainsi l'impact financier d'un sinistre dont le risque est couvert par l'assurance.

La politique d'assurance d'une entreprise est déterminante et dépend de son secteur d'activité. Cette dernière doit donc avoir une politique assurantielle qui lui permet de réduire ses risques au maximum et d'adapter au plus juste le montant de ses primes par rapport aux risques encourus.
Différentes assurances sont souscrites permettant l'indemnisation du patrimoine de l'entreprise, avec au premier chef des pertes matérielles directes (telles que l'incendie, bris de machine, avaries de marchandises transportées, vol, vandalisme, dégât des eaux, tous risques chantier et dommages ouvrage). En second lieu des pertes immatérielles dites indirectes, dont les pertes d'exploitation après un sinistre, frais de reconstitution de médias, etc.

Au rang des responsabilités couvertes par les assurances, il est possible de faire garantir par un assureur la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de tiers, et notamment :

- assurance de responsabilité civile exploitation ;
- assurance Responsabilité Civile (RC) après travaux ou après livraison ;
- assurances de responsabilités professionnelles ;
- assurances de responsabilité décennale en cas de construction.

Le mécanisme d'assurance repose sur l'aléa : le risque couvert dont le fait générateur entraine la garantie. Tous les risques ne sont pas garantis et chaque police d'assurance comprend une liste de risques non couverts, ou exclus et un niveau de franchise.

Le principe indemnitaire entraine plusieurs conséquences : l'assureur n'est tenu de verser une indemnité que dans la mesure où le dommage n'a pas été réparé directement par le responsable. L'assureur doit en outre pouvoir exercer un recours en remboursement contre l'auteur du dommage et son assureur éventuel : ce qu'on appelle le principe de subrogation.

Ce principe de subrogation permet de limiter le montant des primes, puisque l'assureur sera en capacité de récupérer, l'indemnité versée du fait du sinistre.

Le mécanisme assurantiel dans le cadre des contrats

Les entreprises ont pris conscience assez récemment de l'impact des risques générés par les contrats sur leur rentabilité, leur sécurité juridique, leur pérennité et leur image ou la continuité de leur activité. Ce phénomène s'est considérablement renforcé depuis que les entreprises concentrent leur management sur les activités constituant leur cœur d'expertise et qu'elles externalisent ce qui ne relève pas de leur métier.

Au cours du processus de gestion des risques contractuels et avant de conclure des contrats, les entreprises doivent se poser plusieurs questions pour évaluer les risques. Celles-ci incluent ce qui pourrait mal tourner dans l'accord commercial. C'est cette évaluation qui permet de déterminer qui est responsable de quoi. Il peut être décidé que les parties ne prennent pas le risque. Une assurance doit être souscrite pour compléter la gestion des risques du contrat.

La clause d'assurance rentre donc dans les mécanismes complémentaires de prise en charge de la responsabilité et de minimisation des risques.

Trop souvent, les clauses d'assurance sont négligées par les chefs de projets et les contract managers. Or, la gestion des risques passe nécessairement par l'évaluation de ce que l'assurance peut apporter. C'est une responsabilité collective de l'ensemble de l'équipe que de se préoccuper de l'assurance.

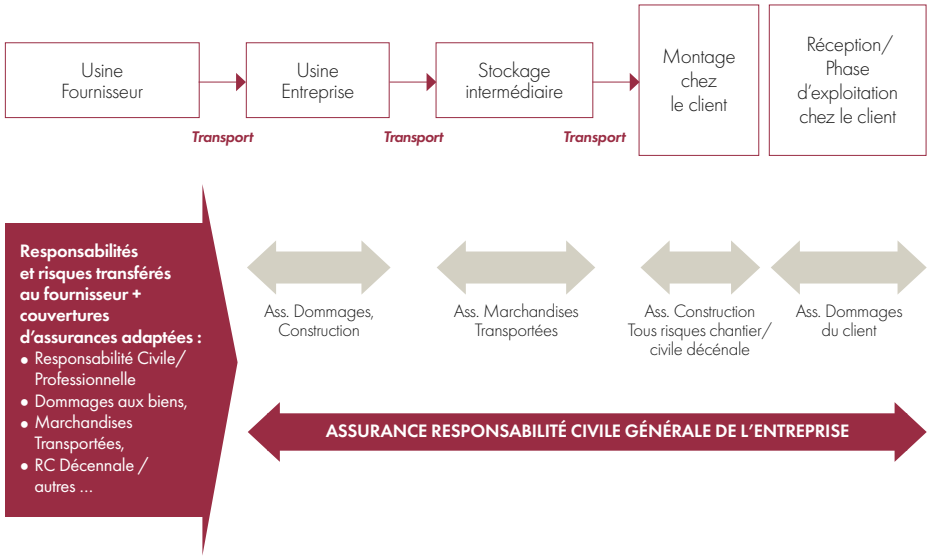
La politique d'assurance contient toujours un volet contractuel et c'est avec le département assurance que les conditions générales de vente ou d'achat ou contractuelles sont définies pour permettre de définir les souscriptions obligatoires demandées au Fournisseur ou Prestataire destinées à couvrir le risque de la prestation exécutée, ou sous-traitée. Le contrat d'assurance définit notamment les risques couverts, la limite contractuelle d'indemnité. Le montant qui reste à la charge de l'assuré, la prime et les modalités d'évaluation du montant des indemnisations et du règlement des sinistres ;

On distingue plusieurs dommages couverts par les mécanismes des assurances :

- les dommages aux personnes couverts par la garantie accident du travail ;
- les dommages aux biens dits dommages matériels ;
- une assurance perte de marge ;
- une assurance pollution ;
- des dommages à un cocontractant ;
- des dommages à des tiers ;
- une couverture perte d'exploitation.

> « Trop souvent, les clauses d'assurance sont négligées par les chefs de projets et les contract managers. »

SCHÉMA SIMPLIFIÉ D'UN PROCESSUS INDUSTRIEL ET DES ASSURANCES CORRESPONDANTES



> Les schémas contractuels sont de plus en plus complexes et les projets qui les entourent de plus en plus instables.

Ces mécanismes rentrent dans le schéma de responsabilité correspondant à la prestation, activité concernée et donc dans celui des assurances correspondantes.

Le contract manager devra avoir une bonne compréhension de ces clauses et vérifier que le prestataire est assuré par exemple en responsabilité civile pour un montant de couverture cohérent par rapport à la valeur du contrat. Le rôle du contract manager dans l'équipe est crucial, aux côtés des chefs de projets, des opérationnels et des juristes pour déterminer le niveau de cette responsabilité.

Le plafond de la responsabilité contractuelle sera essentiel et le niveau de risque à anticiper déterminant pour l'ensemble des dommages matériels et immatériels consécutifs (ou non), qu'il pourrait occasionner dans le cadre de la réalisation de sa prestation, car il aura de l'influence sur l'assurance nécessaire correspondante.

Les schémas contractuels sont de plus en plus complexes et les projets qui les entourent sont de plus en plus instables et complexes, dans la mesure où ils intègrent une pluralité de contrats, plus ou moins connexes dans différents métiers. Ils doivent intégrer une gestion des risques contractuels liés aux différents schémas envisagés, les entreprises devant procéder à un processus de gestion des risques avant toute contractualisation.

Illustration dans les contrats de construction

Deux assurances sont obligatoires dans les contrats de construction :

- assurance dite décennale ;
- dommage ouvrage.

Pour couvrir les maitres d'ouvrage, une obligation légale d'assurance a été mise en place à la charge du maître d'ouvrage qui fait réaliser des travaux de bâtiment mais aussi les constructeurs.

La non-souscription de ces garanties obligatoires est passible de sanction pénale.
Ainsi conformément aux dispositions de l'article 1792 et suivants du Code civil ainsi que le code des assurances (article 241-1, article 241-2, article 242-1), il existe une double obligation d'assurance à la charge du constructeur, une garantie d'assurance de responsabilité décennale d'une part, une assurance dommage ouvrage d'autre part.

L'assurance de responsabilité décennale est imposée à toute personne physique ou morale qui fait réaliser des travaux de construction et dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption de responsabilité établie par l'article 1792.

L'assurance dommage ouvrage quant à elle permet au constructeur de bénéficier d'un préfinancement rapide des travaux de reprise en cas de survenance d'un sinistre et ce, avant toute recherche de responsabilité. Subrogé dans les droits du maître d'ouvrage, l'assureur pourra se retourner contre le constructeur, si sa responsabilité est établie.

Les personnes soumises à l'obligation d'assurance décennale ou de dommage ouvrage doivent pouvoir justifier qu'elles sont en règle des déclarations d'ouverture du chantier.

D'où l'importance de faire la demande d'attestation avant le démarrage du contrat concerné par le client.

Illustration dans les contrats IT

Les contrats IT prévoient de faire supporter une responsabilité aux prestataires en cas de dysfonctionnement préjudiciable aux clients. C'est un enjeu pour les deux parties et en toute connaissance pour le contract manager.
La clause de responsabilité fera l'objet d'une négociation délicate permettant la prise en charge par le prestataire de la responsabilité adaptée à l'enjeu contractuel en cas de dysfonctionnement et la limite de cette responsabilité, pour rester équilibrée.

La clause d'assurance ne doit pas se réduire à une clause de style et le contract manager doit s'assurer que le prestataire a souscrit une assurance responsabilité civile professionnelle et en produit la preuve. Cette clause devra nécessiter l'examen précis des éventuelles exclusions de garantie.

Il existe sur le marché plusieurs offres d'assurances dédiées aux acteurs des technologie de l'information. Toutes comportent des exclusions de garanties à anticiper : au nombre de ces exclusions, l'inexistence des moyens mis en œuvre par le prestataire, ou la perte de données en l'absence de mesures de sauvegarde par exemple. Toute inexécution du prestataire risque non seulement de lui être reprochée par son client mais également de ne pas faire l'objet d'une couverture par son assurance civile professionnelle.

Le contrat manager doit donc vérifier que lorsqu'il travaille pour un client final, la négociation de la clause de responsabilité inclut une réflexion assurantielle. Le prestataire doit en effet engager sa responsabilité en cas de dysfonctionnement. Cependant cette responsabilité trouve sa limite dans la surface financière du prestataire d'une part, les risques inhérents à une prestation d'autre part et son impact sur le client enfin. Car bien évidemment, un montant élevé de réparation n'a d'intérêt que si l'assureur du prestataire accepte de couvrir ce risque, lorsqu'il advient un sinistre sans faire jouer une clause d'exclusion de garantie, ce qui empêchera le prestaire de supporter l'indemnité de réparation.

Une ligne de partage existe donc entre la réparation due par le prestataire et la part de préjudice que le client devra accepter. En cas de

défaillance totale du prestataire, le contract manager doit aider à cerner le risque encouru par son entreprise. Il apparait une séparation entre la réparation due par le prestataire et la part de préjudice que le client acceptera de faire supporter par son assurance dommage.

Le client et donc le contract manager associé doivent prendre connaissance de la police d'assurance car si le risque d'exclusion de garantie est avéré, le client a intérêt à vite le savoir.

Un mot de l'assurance cybersécurité qui a fait son apparition il y a déjà quelques années. C'est un contrat d'assurance visant à couvrir les dommages causés à la suite d'une cyberattaque. Le développement de malveillance informatique et d'espionnage deviennent les risques qui pèsent le plus sur les entreprises, l'utilisation des nouveaux outils numériques rendant les entreprises vulnérables. Toutes les clauses d'assurance qui concernent ces risques présupposent la mise en place par l'entreprise de mesures de sauvegarde et d'un plan de gestion de crise, notamment permettant de maintenir l'activité malgré l'attaque cyber sécurité.

Bien évidemment, la tentation sera grande pour chacun de reporter, transférer ce risque sur le cocontractant. Mais le plus important est de savoir ce que sa propre entreprise a prévu afin d'anticiper ce qui sera demandé de manière résiduelle au Prestataire ou au Client.

Quand le sinistre arrive...

Il faut organiser la déclaration du sinistre. Ce n'est en général pas au contract manager de le faire, mais il faut utilement veiller à ce que la déclaration soit faite.

Celui-ci aura en outre à charge de :

- vérifier que les mesures de protection des biens assurés soient bien effectuées pour que d'autres dommages soient évités ;
- produire les justificatifs en sa possession se rapportant à la réalisation du sinistre et son montant

Le contact avec le département assurance de l'entreprise est impératif et

doit être immédiat. L'évaluation de la responsabilité encourue par le Fournisseur/ Prestataire en fonction du type de sinistre et du domaine de responsabilité concerné.

Le département assurance aura aussi une analyse critique et comparative entre le sinistre et la franchise de la police d'assurance souscrite, ainsi que la responsabilité éventuelle qui sera celle de l'entreprise cliente si nous sommes dans le cadre d'un contrat d'achat de prestation (construction d'un bâtiment, livraison d'une pièce...). Le sinistre pour être pris en charge devra être déclaré dans des délais courts et signaler l'ensemble des dégradations subies.

Si la responsabilité du cocontractant est engagée, l'assureur devra indemniser le client à l'exception de la franchise dont le montant en fonction du domaine de risque peut être très élevée. Cependant les experts en assurance des entreprises ont parfois la capacité de réclamer le montant de la franchise au cocontractant responsable du dommage. C'est en général l'expert en assurance qui aura confirmé la responsabilité d'un tiers et pourra fournir toutes les informations permettant de réclamer au cocontractant le montant de la franchise et parfois des montants non couverts par les assurances. Cette possibilité dépendra du domaine d'activité concerné de la police concernée et de l'implication d'un tiers dans le dommage déclaré.

> “Les experts en assurance des entreprises ont parfois la capacité de réclamer le montant de la franchise au cocontractant responsable du dommage.”

LA VIE DES COMMISSIONS AFCM

COMMISSION PROCESSUS ET OUTILS

Thierry Vidal,
Président

> « Si vous voulez participer à ses chantiers, la commission P&O vous invite à proposer votre candidature ! »

La Commission Processus et Outils de l'AFCM a notablement avancé cette année dans la rédaction des nouveaux guides promis en 2022 ! Elle a ainsi élaboré une liste de 152 activités de Contract Management pouvant générer une valeur-ajoutée pour sept fonctions essentielles de l'entreprise :

- Commerce / Vente ;
- Project Management ;
- Achats ;
- Juridique ;
- Contrôle de Gestion / Finance ;
- Risk Management ;
- Qualité.

Ce travail minutieux a permis de produire, comme premier résultat, sept fiches intitulées « TOP 10 », recensant les dix activités à forte ou très forte-valeur ajoutée apportées à chaque fonction. Ces fiches ont été distribuées à quelques heureux chanceux lors de l'événement « Les Rencontres du Contract Management » organisé par l'AFCM le 8 novembre dernier. Les retours positifs formulés, valorisant l'avancée des travaux de la Commission comme étant utiles au développement de la fonction et du métier (et ce quels que soient les écosystèmes et niveaux de maturité concernés) donnent du sens à notre engagement. Merci !
Sept fascicules et sept guides détaillés sont en cours de finalisation. Ils décriront chaque interface en termes d'attendus, de valeur ajoutée et de livrables. L'AFCM prévoit leur publication et leur diffusion au tout début de l'année 2023 (avant la prochaine édition de ce journal en juin prochain). La Commission y publiera un article et organisera une série de webinaires de présentation dans le courant de l'année prochaine.

La Commission a par ailleurs pour projet de :

- prendre contact avec les différentes organisations professionnelles représentant les fonctions précitées (afin de faire valoir à celles-ci tout l'intérêt que peut représenter la prise en compte et l'intégration du Contract Management dans leurs méthodes et leurs pratiques) ;
- mettre en place un rendez-vous régulier de la communauté de pratiques pour partager l'expérience des CM autour de leurs savoir-faire ;
- remettre en place une veille active des outils de Contract Management proposés par les éditeurs ;
- réaliser un travail de fond sur le calcul de la valeur ajoutée et du ROI de la fonction.

Ces nombreux résultats et projets sont le fruit de l'engagement bénévole d'une équipe d'une dizaine de professionnels du Contract Management, qui œuvrent collectivement, dans le devoir mais aussi la joie et la bonne humeur, à faire avancer la compréhension et la perception du Contract Management en France.
Si vous voulez participer à un ou plusieurs de ces chantiers, la Commission P&O vous invite sans délai à proposer votre candidature (via le formulaire de contact disponible sur le site de l'association). Cette candidature sera soumise à l'examen des membres la Commission afin de garantir la richesse, la diversité, la complémentarité d'expériences, le recul et l'approche multi-sectorielle qui permettent son action.

À bientôt pour de futurs échanges ou rencontres !

COMMISSION EMPLOIS, CARRIÈRES ET DÉVELOPPEMENT PROFESSIONNELLE

L'année 2022 a vu la Commission Emplois, Carrières et Développement Professionnel reprendre ses activités en présentiel après deux années en distanciel.

La Commission a permis à beaucoup de ses membres de publier des offres d'emploi et de bénéficier du réseau de l'AFCM. En parallèle, 2022 a permis à une dizaine de membres de l'AFCM d'être mentorés par des bénévoles experts de l'AFCM. L'année 2022 s'est clôturée par les Rencontres du Contract Management, où le thème de la « pénurie » de contract managers a été évoquée par des responsables du contract management de grands groupes.

DU NOUVEAU DANS LES COMMISSIONS !

La commission formation et développement professionnelle est née

C'est le nouveau nom de la Commission qui regroupe la Commission Formation et la Commission Carrière et Développement professionnel. Cette fusion a pour objectif un programme optimisé au service des contract managers et praticiens du contract management. Elle sera coprésidée par Didier Dalod, DGA Piman Group et Référent Contrat Claim, et Haiate Haouas, Contract Manager chez Safran. Son programme sera défini d'ici la fin de l'année.

Une nouvelle commission sectorielle IT va voir le jour. Elle sera présidée par latifa liot.

Haiate Haouas,
Co-Présidente

Didier Dalod,
Co-Président

L'ACTU DES COMMISSIONS RÉGIONALES

RÉGION PACA

L'AFCM PACA s'est réunie le 25 novembre 2022 dans les locaux du Groupe ONET à Marseille.

Ordre du Jour :
- 9h30 - 9h50 : Accueil café
- 9h50 - 10h : Mot de la Présidente AFCM Isabelle Crettenet
- 10h - 10h45 : Présentation des guides AFCM par la Commission Process et Outils
- 10h45 - 11h30 : Feuille de route 2023

L'AFCM PACA en quelques chiffres :
- 4 réunions dont 2 en présentiel à Aix-en-Provence et Marseille en 2022
- 14 membres d'horizons et secteurs divers :

- grands donneurs d'ordres, entreprises locales, antennes régionales de grands groupes, conseils, avocats ;
- secteurs : nucléaire, défense, construction, I.

Une responsable de Commission : Claire Tixador (EDF) a accepté de reprendre ce poste en remplacement de Rolland Terrin (Onet), qui souhaite laisser sa place. Ce dernier restera membre de la Commission. Merci à Rolland pour son dynamisme et sa résilience !

La feuille de route 2023 sera animée autour des thématiques formation, outils et interfaces, emploi. Des réunions trimestrielles devraient être mises en place afin d'échanger sur ces sujets.
La prochaine réunion est prévue le 10 mars 2023.

NOUVEAUTÉ
LA COMMISSION RÉGION AUVERGNE RHONE ALPES

L'AFCM a, parmi ses objectifs, de se déployer dans les régions. Elle participe pour cela au développement, à la promotion du contract management auprès des étudiants et des professionnels, ainsi qu'à l'amélioration de son positionnement dans les entreprises au plus près des acteurs. Une 2e commission régionale, après celle de (PACA), vient d'être créée : la commission Auvergne-Rhône-Alpes (AURA). Cette commission est présidée par Ahlem Ouersighni, Directrice Ethics et Compliance du groupe Piman et est animée par une « core team » :
- Cédric Augonnet, Contract Manager, Campenon Centre Est, Vinci Construction ;
- Valérie Gibert, Responsable PMO Projets Industriels & Knowledge Management, ENGIE;
- Sofia Hassed, Présidente, Contract manager, SINERGIE ;
- Aminata Ture, Responsable du pôle contract management INFRA, AXODYN.

Cette commission est un outil d'animation territoriale. Son objectif principal est d'animer le réseau de proximité du contract management par l'organisation d'événements sur différentes thématiques d'actualités et selon les orientations proposées par les participants. La Commission Région AURA a organisé son premier événement le 9 décembre 2022, dans un format « petit-déjeuner débat » sur le thème « Développer la fonction de contract management : quels enjeux, quels challenges ? ». Ce débat a été l'occasion de recueillir le témoignage d'acteurs locaux :
- Matthieu Sestier, Contract Manager Grands Projets, AREA-APRR ;
- Chloé Bowdler-Cotte, Responsable de la cellule Contract Management, CNR.

L'événement a eu lieu dans les locaux de Vinci à Villeurbanne.

SUCCÈS MASSIF POUR LES PREMIÈRES RENCONTRES DU CONTRACT MANAGEMENT

LE 8 NOVEMBRE 2022 SE SONT TENUES LES PREMIÈRES RENCONTRES DU CONTRACT MANAGEMENT ORGANISÉES PAR LES COMMISSIONS DE L'AFCM.

L'AFCM est fière d'avoir organisé cet événement pour l'ensemble de ses adhérents mais aussi pour la communauté des contract managers et praticiens du contract management dans leur ensemble. C'est avec plaisir que nous avons accueilli – grâce à la société Orange qui nous hébergeait - une population nombreuse et enthousiaste lors de la première édition de ces Rencontres. Plus de 110 professionnels en présentiel, et l'équivalent en distanciel, ont assisté aux échanges et présentations, accédé aux documents mis à disposition, et participé aux trois tables rondes proposées. Les praticiens ont pu également naviguer au sein du Forum des formations où le DU Assas, l'Aducma et plusieurs sociétés de formations avaient un stand, augmentant encore les possibilités d'échanges autour des formations disponibles. A noter que l'AFCM avait été la première association à organiser en 2019 le Forum des formations en contract management, et je suis très satisfaite que nous ayons renouvelé cette expérience et ces échanges avec les sociétés de formations répertoriées dans notre catalogue qui ont bien voulu participer à nos rencontres. Sept exposants (Green Conseil, IQO, Piman, le DU Assas, Axodyn, l'AFCM) ont reçu la visite de nos participants venus de tous horizons, et qui ont eu l'opportunité circuler au sein du Market Place disponible. Cet événement sera désormais un rendez-vous annuel majeur pour les contract managers. Nous souhaitons qu'il corresponde aux attentes de tous. En fonction des nombreux retours que nous avons eus, nous renouvellerons l'exercice en 2023, et vous donnons donc déjà rendez-vous pour les prochaines Rencontres du Contract Management !

TABLE RONDE #1

« HAUSSE DES PRIX, GRANDE DÉMISSION: COMMENT RECRUTER LA DENRÉE RARE – LE CONTRACT MANAGER ? »

Animée par Didier Dalod, Président de la Commission Carrières et Développement Professionnel et DGA et Associé du Groupe Piman. Intervenants : Isabelle Cretenet, Directeur juridique Orano– Directeur. juridique et Contract Management Si-nerGIE, Présidente de l'AFCM ; Sébastien Muller, VP Contracts & Customer Experience, Orange Business Services ; Hélène Verdier, Directrice des Contrats, Eiffage Energie Systèmes ; Xavier Furst, Senior Contract Manager, ENGIE.

Compte-rendu : Alors que l'enquête BMO de Pôle emploi, publiée en avril, annonçait un nombre record d'embauches en 2022, le contexte international incertain incite les employeurs à la prudence. Toutefois, un secteur semble en pénurie où l'offre est supérieure à la demande : la « denrée » contract manager se fait rare. Un phénomène valable tant dans le domaine de l'IT que dans l'industrie. Cela tient d'abord à la reconnaissance de plus en forte de ce métier dans les entreprises, qui, de confidentiel dans les années 2000, devient un métier à part entière, où le contrat est au centre des projets.

Cette rareté de la compétence est d'autant plus importante pour les fonctions confirmées, à savoir : plus de 5 ans d'expérience, et ce indépendamment de la formation d'origine – ingénieur, juriste ou autre.

Cela nécessite pour chaque entreprise d'anticiper les besoins au plus tôt. La formation interne, avec un recrutement interne, est une voie choisie par plusieurs acteurs incontournables.

La création de filières de Contract Management semble être une solution envisagée par certains. Le mentoring est fortement développé afin de pallier les besoins à court terme. Cette situation est d'autant plus développée que beaucoup de services RH ou de cabinets de recrutement ont du mal à apprécier cette nouvelle fonction et à qualifier des candidats.

L'enjeu majeur pour passer ce cap difficile est donc de développer de plus en plus de formations certifiantes pour attirer de nouveaux acteurs ; mais aussi travailler en interne pour faire émerger des vocations sur ce nouveau métier dont l'implantation dans les entreprises utilisatrices ne fait que croitre tant en France que dans le reste du monde. Pour faire face à la pénurie , adoptons la philosophie suggérée par Sébastien Muller : « imaginons des profils qui n'ont jamais pensé devenir contract managers ». Et le mentoring est un autre levier pour accélérer le développement de la fonction. Un outil proposé par l'AFCM et mis en œuvre dans certaines entreprises.

TABLE RONDE #2

« GUIDES DE L'AFCM : OÙ EN EST-ON ? QUID DES STANDARDS INTERNATIONAUX ? »

Animée par Thierry Vidal, Administrateur de l'AFCM, Président de la commission Process & Outils AFCM et Directeur du Contract Management, Naval Groupe, et Adeline Fedrizzi, Responsable de la BU Contract Management, Associée Green Conseil. Intervenants : Thibault Carette, Manager Transports & Mobilités, Contract Manager, ALGOE ; Frédéric Derail, Président Nexsys ; Jérome Hospital, Chargé de mission Contract Management, Direction du Contract Management, EDF ; Damien Lecadre, Responsable Pôle Contrat, Euro Contrôle Projet.

Compte-rendu : La commission Processus & Outils de l'AFCM a fait un point sur l'élaboration des guides de l'AFCM, et notamment des futurs Guides d'interfaces qui devraient être diffusés début 2023. Cela a été également l'occasion pour Thierry Vidal de présenter une analyse des standards internationaux et plus particulièrement des CMS *(Contract Management Standard)* et CMBoK *(Contract Management Body of Konoledge)*, tous deux rédigés par la NCMA (National Contract Management Association). La conclusion en a été que le référentiel constitué par les 14 guides de l'AFCM n'a rien à envier au standard américain ! Il complète même parfois avantageusement celui-ci sur certains aspects (pour les indicateurs/KPIs et les interfaces notamment). Ceci encourage l'AFCM à progresser dans la voie d'une meilleure définition du métier et se rapprocher, à ce titre, de la NCMA.

TABLE RONDE #3

« INDUSTRIE ? IT ? LES COMPÉTENCES DU CONTRACT MANAGER PAR SECTEUR CLÉ »

Animée par Latifa Liot, Présidente de la Commission Information et New Technology, Présidente du Cabinet LT et Associés. Intervenants : Eric Seassaud, Partner du cabinet d'avocats Squair, Vice-Président de l'AFCM ; Yasmina Mainard, Directrice du Contract Management et Customer Expérience Groupe Orange ; Guillaume Maatoug, Senior IT Contract Manager, GRDF ; Sonia Kherbourche, Présidente d'Annaké 360, Docteur en Droit.

Compte-rendu : Le rôle et la position du contract manager varient d'une industrie à l'autre, mais aussi d'une entreprise à l'autre selon son rattachement fonctionnel et opérationnel, d'une part, et son rattachement central ou local, d'autre part. A titre d'exemple, au sein d'Orange Business Services, le contract manager a trois fonctions principales :

- il garantit l'exécution des contrats en accompagnant le client tout au long du cycle de vie des contrats, en avant-vente mais aussi en après-vente ;
- il contribue au développement du chiffre d'affaires et à l'amélioration de la profitabilité ;
- il est aussi responsable de la mise en œuvre et du suivi du dispositif de mesure de la satisfaction client.

Quels que soient son rôle et son positionnement, le Contrat Manager doit être la clé de voute de l'expression juridique de l'entreprise avec ses cocontractants, le garant des actifs et des pratiques de l'entreprise.
En matière de « soft skills », le contract manager doit :

- être polyvalent et curieux pour pouvoir piloter des périmètres variés ;
- avoir de l'appétence pour la relation et la satisfaction client ;
- avoir de grandes capacités relationnelles qui lui permettent de fédérer une équipe intégrée en interne et d'être à l'écoute des besoins de son client ;
- faire preuve de pédagogie - la qualité maîtresse du contract manager au sein de l'écosystème dans lequel il exerce son métier.

Pour plus d'informations sur la commission IT de l'AFCM : cint@afcm-asso.fr

GESTION DU RISQUE IMPRÉVISIBLE : HISTOIRE ET ACTUALITÉ

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

Anne Delorme,
Senior Contract Manager
Grands projets chez
Piman Executive

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

- **Imprévision et autres clauses :** si la clause d'imprévision s'apparente à la clause de *hardship, de change in law* ou à la clause de sauvegarde, elle est bien distincte des clauses de renégociation, de rencontre, de révision, d'indexation, ou de *Material Adverse Change.*

- **Imprévision et force majeure :** la force majeure entraîne la suspension légitime de ses obligations par la partie affectée qui se trouve totalement empêchée, quand la circonstance d'imprévision rend le contrat beaucoup plus onéreux et déséquilibré au détriment d'une partie sans toutefois la priver de toute action, ce qui ne permet pas de l'exonérer de ses engagements.

- **Imprévision et durée dans le temps :** l'imprévision concerne tous les contrats mais en pratique, ce sont tout naturellement ceux qui ont une certaine durée dans le temps qui y sont le plus exposés.

PANORAMA HISTORIQUE : LES CONSTRUCTIONS DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE DEPUIS LE XIXe SIÈCLE

I. EN DROIT ADMINISTRATIF

La théorie de l'imprévision est issue d'une longue jurisprudence du Conseil d'Etat initiée par l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" de 1916 (CE, 30 mars 1916, n°59928). Les évènements affectant l'exécution du contrat doivent être imprévisibles, extérieurs aux parties, bouleverser l'économie du contrat et, suivant le critère ajouté par la décision CE 9 décembre 1932, n° 89655, « Compagnie de tramways de Cherbourg », temporaires. La Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques prévoit et clarifie de nombreux éléments sur l'imprévision et précise notamment en article 2.2 que : «*Les juridictions administratives ont été conduites à tempérer, dans certains cas, les effets de l'obligation impérative qui pèse sur le titulaire d'un marché public d'en poursuivre l'exécution, sauf cas de force majeure. Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, elles ont admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes qu'il a subies, sans pour autant garantir un bénéfice au titulaire*. »

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

II. EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

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

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

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

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

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

C'est dans le prolongement de cette évolution, que s'impose finalement l'art. 1195 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui a drastiquement cristallisé le mouvement en introduisant directement la notion d'imprévision en droit civil. Il constitue donc une innovation majeure, qui n'a pas été sans peine puisque le projet s'est aussi heurté à la résistance du Sénat qui voulait limiter l'intervention du juge à la résolution du contrat, sans lui laisser le pouvoir de le réviser. « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LES RESSOURCES DU DROIT POSITIF DANS LE CONTEXTE ACTUEL

I. EN DROIT ADMINISTRATIF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

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

CONDITIONS	• circonstance imprévisible au moment de la conclusion du contrat ; • qui rend son exécution excessivement onéreuse ; • sans qu'aucune intention expresse d'assumer ce risque spécifique n'ait été manifestée lors de la signature par la partie qui en invoque la survenance. Ces critères sont sévèrement appréciés et l'imprévision ne peut pas être admise sans que son éventualité n'ait été envisagée contractuellement par une clause de renégociation et sans que la preuve d'une véritable mutation du marché ne soit apportée (CA Paris 17 janvier 2020). **Nota :** Au regard de l'actualité en matière de prix, il est intéressant de noter que certains contrats financiers sont exclus du champ d'application de l'art. 1195 car, de par leur nature même, ils intègrent les notions de spéculation et d'aléa (cf L211-40-1 du Code Monétaire et Financier)
EFFETS	• Droit de solliciter la renégociation du contrat • Pas de suspension des obligations • Si échec de la renégociation, résolution d'un commun accord ou demande au juge, d'un commun accord, d'adapter le contrat • A défaut d'accord à cet effet et dans un délai raisonnable, l'une des parties peut saisir le juge en vue qu'il révise le contrat ou y mette fin à la date et aux conditions qu'il fixe. **Nota :** Concernant la phase de négociation, il est radicalement essentiel de faire preuve de bonne foi. Elle est d'ordre public concernant l'exécution des contrats (article 1104 du Cod. Civ.) et exigée en ce qui concerne leur négociation (article 1112 Cod.Civ.)

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

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

Ce comportement un peu idéologique et incompatible avec l'ampleur catastrophique des crises qui se succèdent aujourd'hui, m'a parfois menée à des situations acrobatiques, consistant à écarter l'article 1195 afin d'exclure consciencieusement l'intervention du juge, tout en recréant ailleurs dans le texte et sous une autre forme, une clause absolument similaire parce que, fondamentalement, sa nécessité était impérative (par exemple pendant la période où le Covid 19 ne constituait plus un véritable cas de force majeure empêchant les parties de poursuivre leurs obligations, mais une entrave importante, pouvant engendrer des surcoûts et des délais très substantiels, dont il fallait anticiper le traitement.)

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

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

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

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

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

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

CONCLUSION

La relation verticale débiteur / créancier est obsolète.

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

Si cet équilibre est rompu par un évènement extérieur imprévisible, c'est très naturellement qu'aujourd'hui, il est attendu des parties qu'elles s'efforcent de le rétablir ou de le faire rétablir par le juge.
Que l'on se trouve alors en situation de négocier une clause pour anticiper l'imprévision en droit commercial ou qu'il s'agisse de gérer en commun une situation d'imprévision, les mots d'ordre sont : équilibre, consensualisme, équité, approche raisonnable et pragmatique, bonne foi et bonne volonté (cf « meilleurs efforts »).

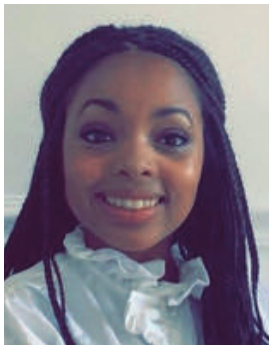
En cas de recours ultérieur au juge, la présence de ces axes directeurs essentiels dans nos comportements et nos manières de négocier, sera vérifiée et analysée.

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

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

LE CONTRAT RELATIONNEL AU SERVICE DU CONTRACT MANAGEMENT

LA GESTION D'UN CONTRAT, DE SA FORMATION À SA FIN, EST ÉGALEMENT CELLE DE LA RELATION ENTRE DES PARTIES. LORSQUE LA RELATION EST SOUFFRANTE, ELLE PEUT CONTAMINER LES INTÉRÊTS DES CO-CONTRACTANTS. DANS UNE TELLE SITUATION, LE CONTRAT RELATIONNEL PEUT SE PRÉSENTER COMME UN REMÈDE À UN CONTRACT MANAGEMENT EN SOUFFRANCE.



Fozyae Senoussi,
Juriste, formatrice et consultante en contract management, GREEN Conseil

Qui dit contrats dit partenaires, et qui dit partenaires dit relation parfois conflictuelle. À l'heure de la dématérialisation et du distanciel, les liens humains n'ont jamais été aussi virtuels. Si la rapidité des réponses et l'historisation des échanges en ont tiré profit, c'est bien aux dépens des liens de proximités voire d'amitié qui peuvent se créer entre les partenaires.

Mais alors, que faire lorsque la relation avec le partenaire contractuel va mal ? Comment dépasser un climat orageux pour en extraire un maximum d'efficience ?

C'est dans ce cadre que, le mal connu, contrat relationnel trouve tout son sens.

> « Le contrat relationnel est un fabuleux remède à de nombreux maux rencontrés dans le quotidien d'un contract manager ! »

Qu'est-ce que le contrat relationnel ?

A titre liminaire et comme le rappelle l'écrivain Georges Elgozy : « il faut débuter par définir pour ne pas finir par buter »[1]. Précisons donc l'origine et le sens du contrat relationnel. Née dans les années 1970 aux Etats-Unis du juriste et professeur Ian Roderick Macneil, la théorie du contrat relationnel est la suivante : il y a des contrats où l'écrit négocié et signé est le socle de la relation commerciale, mais celle-ci n'est, ne perdure et n'est efficiente que grâce à la dimension relationnelle qui l'entoure[2].

Le contrat y est considéré comme essentiellement incomplet ; il n'a ni vocation ni besoin à anticiper l'ensemble des contingences des transactions futures.

Le contrat relationnel est la situation où la relation de confiance et de solidarité entre les parties supplante l'écrit.

Il est fort lorsque « si quelque chose arrive, vous appelez l'autre au téléphone et vous réglez le problème »[3], sans lui rappeler ou lui lire la clause du contrat ou – pire encore – avoir recours à un avocat.
En deux mots, le contrat relationnel est l'état ou le contrat est socle mais où la relation est reine.

Si la philosophie du contrat relationnel est largement adoptée dans les systèmes anglo-saxons, le législateur français a eu à l'impulser dans notre système juridique : recherche de bonne foi et d'équilibre contractuel entre les parties ; sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; introduction de la théorie de l'imprévision en droit privé[4]...

Au-delà de la sphère purement juridique, c'est bien dans le contract management que cela prend le plus de sens.

Où et comment s'applique le contrat relationnel ?

Chez GREEN Conseil, notre expérience nous a amenés à observer deux cas majoritaires d'application du contrat relationnel :
- un déséquilibre entre les parties co-contractantes, source d'un relationnel inexistant ou en souffrance ;

(1) G. Elgozy, L'Esprit des mots ou l'Antidictionnaire, Paris, Denoël, 1981, p.15
(2) I.R. Macneil, The many futures of contract, Southern California Law Review, 1974, Vol. 47, pp.738-741 (le contrat impersonnel et le contrat relationnel)
(3) S. Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », American Sociological Review, Vol. 28, n° 1, February 1963, pp. 55-67.
(4) LOI n°2008-776 du 4 aout 2008 de modernisation de l'économie, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016

- une inimitié entre les cocontractants, créant un relationnel conflictuel et dangereux pour la bonne exécution du contrat.

Dans ces deux cas, le contrat relationnel s'impose comme un remède à un contract management difficile, si ce n'est en souffrance. Sa mise en place est conditionnée à une volonté commune d'amélioration de la situation. Viennent ensuite la tenue d'ateliers qui auront pour but, non pas de revenir sur les problèmes passés, mais de faire coïncider les besoins des participants tout en restaurant la relation et en y intégrant des mécanismes de confiance croissants. Chaque atelier doit embarquer un peu plus les participants, apporter l'adhésion de tous et faire converger les intérêts de sorte que, à l'issue de ceux-ci, il sera préférable mais surtout nécessaire de faire perdurer cette nouvelle relation de confiance et de solidarité pour la sauvegarde de ses propres intérêts.

Dans quel(s) but(s) mettre en place un contrat relationnel ?

A cette question, la réponse se veut plurielle. Dans un but de concision, nous en donnerons les trois principaux objectifs :

- **Faire évoluer la relation humaine :** développer la relation entre les co-contractants vers un niveau supérieur ou paralyser une souffrance relationnelle pour y installer une relation saine.

- **Améliorer l'exécution du contrat :** la convergence des intérêts des parties et l'amélioration de la relation humaine ont pour conséquence directe une meilleure exécution du contrat.

- **Augmenter la rentabilité contractuelle :** la relation et l'exécution du contrat allant mieux, les pénalités se réduisent, les ventes additionnelles et l'up-sell se multiplient, les sanctions contractuelles sont mieux négociées...

Nous pouvons conclure que le contrat relationnel est un fabuleux remède à de nombreux maux que l'on rencontre dans le quotidien d'un contract manager... et peut-être même le vôtre ! Le contrat relationnel pourrait-il vous être utile ? Si oui, comment l'appliqueriez-vous à vos écosystèmes ?

GREEN Conseil

Le contrat relationnel **késako ?**

Né dans les années 70 aux États-Unis du juriste et Professeur Ian Roderick Macneil

Le contrat relationnel est l'état où le contrat est socle mais où la relation est reine

Mais justement, dans quel(s) but(s) mettre en place un Contrat Relationnel ?

- Faire évoluer la relation humaine,
- Améliorer l'éxécution du contrat,
- Augmenter la rentabilité contractuelle

Deux cas majoritaires d'application du contrat relationnel chez GREEN Conseil :

- Un déséquilibre entre les parties co-contractantes source d'un relationnel inexistant ou en souffrance
- Une inimitié entre les co-contractants créant un relationnel conflictuel et dangereux pour la bonne éxécution du contrat.

CONTRACT MANAGEMENT ET NÉGOCIATION : FAUX AMIS OU VRAIS ALLIÉS ?

LE MOIS DERNIER, UN CONTACT SUR LINKEDIN M'A POSÉ LA QUESTION SUIVANTE : *« M. NOUBISSI, ÊTES-VOUS CONTRACT MANAGER OU NÉGOCIATEUR ? »*. VOTRE AVIS SUR LA QUESTION M'INTÉRESSE, MAIS EN ATTENDANT VOICI CE QUE J'EN PENSE...

Moïse Noubissi,
contract manager et acheteur,
Tractebel

LES DÉFINITIONS

Le contract management est, comme son nom l'indique, le management ou la gestion des contrats, généralement pendant la durée de vie d'un projet, dans les milieux tertiaires tels le transport, l'énergie, le BTP, etc.). Le contract management est le métier qu'exerce le contract manager. Cette définition, à l'évidence simpliste, est celle qui permet le mieux, d'illustrer de façon abordable au plus grand nombre, la distinction qui peut exister dans l'esprit de certains, entre le contract management et la négociation. Contrairement au contract management, la négociation désigne, au sens des théoriciens de l'Institut NERA, tout mode de prise de décision impliquant une tierce partie qui peut, en adoptant une position contraire à la vôtre ou à tout le moins sensiblement différente, vous bloquer et ainsi compromettre vos chances de succès. La négociation désigne au sens restreint, le métier du négociateur.

Ces définitions, que partagent une majorité de personnes et même certaines entreprises en France, sont pourtant, dans de nombreux cas, excessivement restrictives. Elles dressent une séparation trop rigide entre le contract manager et le négociateur. D'après elles, le négociateur interviendrait en amont du contrat, dont il participe à dessiner le contenu et les contours, et le contract manager, à partir de la signature du contrat dont il doit assurer la bonne exécution. Dans cette logique, le contrat est vu comme une pièce de monnaie avec d'un côté l'effigie du négociateur et de l'autre celui du contract manager :

- côté pile, le contrat formalise les accords des parties et met fin au travail du négociateur ;
- côté face, la signature du contrat marque le démarrage de l'activité du contract manager qui se charge d'en assurer la meilleure exécution possible.

Or, dans la réalité, la place idéale du contract manager se trouve sur la tranche de la pièce. Il s'agit d'une position stratégique depuis laquelle il acquiert une vision globale pour accomplir sereinement et efficacement son office. C'est ce que nous allons voir dans les lignes qui suivent.

LE PROBLÈME

Dans bon nombre de secteurs d'activités et notamment dans l'industrie, les activités de négociation et de contract management présentent tant d'imbrications et de complexités qu'elles rendent inappropriées, par ce seul fait, les définitions précédentes. En réalité, il est souvent si difficile d'envisager les activités du contract manager sans négociation, comme de penser que ses activités précèdent systématiquement celles d'un éventuel autre acteur, chargé spécifiquement des questions de négociation. Le contract manager qui ambitionne d'agir efficacement pour remplir pleinement son office, doit nécessairement assurer les deux activités, à la fois.

Pour cette raison et diverses autres que nous n'analyserons pas ici, le seul fait de demander si je suis contract manager ou négociateur confirme une perception largement répandue et qui voudrait que la négociation soit un métier à part ; ce qui est vrai, et que le contract management soit une fonction dépourvue des activités de négociation. Ce qui est faux. Cette perception erronée se fonde sur l'idée que la casquette de négociateur n'est arborée que lorsqu'il est question de cristalliser les volontés que matérialisera le contrat, et qu'en parallèle, celle de contract manager l'est quand vient le moment de prendre se charge, purement et simplement, l'exécution du contrat conclu. Si vous partagez cette conception, alors il y a un problème.

Certes nous attendons du contract manager qu'il manage ses contrats et du négociateur qu'il négocie, c'est-à-dire qu'il interagisse avec ses interlocuteurs dans toutes les situations qui s'y prêtent, pour limiter la casse, trouver le rapport de force le plus avantageux ou le moins pénalisant, et entériner des accords positifs pour son entité. Le contrat qui en résulte n'est alors que l'outil le plus approprié, du moins pour l'instant, pour assurer le respect des engagements des parties et garantir leur sécurité. Ainsi, dès sa signature et sous la houlette du contract manager, le contrat joue son rôle de repère et de garde-fou pour que chacune des parties exécute sa part des obligations, dans les règles.

LA VRAIE VIE

La réalité nous enseigne, en particulier dans le secteur industriel mais pas seulement, que la phase d'exécution ou de mise en application d'accords contractualisés se déroule rarement comme anticipé lors des négociations. Dans le milieu des projets industriels par exemple, la vie des contrats n'a que très exceptionnellement été un long fleuve tranquille. La survenance ou le risque de survenance de perturbations est grand et justifient en partie le recours au contract manager. C'est souvent que des aléas viennent perturber la tranquillité souhaitée des contrats, imposant de ce fait au contract manager en charge de son exécution, des contraintes d'agilité pour réussir les adaptations qui s'imposent.

En fonction des cas, le contract manager est amené soit à modifier le périmètre du contrat, à ajuster certaines de ses dispositions, à procéder à des mises à jour ou à y apporter des corrections. La raison première de ces modifications qui interviennent durant ce qu'il convient d'appeler le cycle de vie du contrat, tient au fait que nous sommes en présence d'un objet imparfait. En effet, comme le soulignait à juste titre le professeur Keld Jensen, le contrat n'est qu'une pause dans le long processus de négociation. Le contrat n'est donc, que la matérialisation d'une étape dans une construction plus grande. De plus et c'est un secret de polichinelle, les négociateurs et les acheteurs qui président à la préparation du contrat sont tout, sauf des devins. Comme vous et moi, il leur est impossible de prédire l'avenir et donc, de tout anticiper.

> “Le contract manager qui ambitionne d'agir efficacement pour remplir pleinement son office, doit nécessairement assurer les deux activités à la fois.”

Ainsi conçu, le contrat signé n'est que la formalisation de l'image qu'ont les deux parties au moment où elles décident de conclure leur accord. Le contrat représente la photographie d'un instant T, vu par les personnes qui l'ont faite et qui peuvent en témoigner. Au mieux, il fige le passé mais on aurait tort de penser qu'il est suffisant pour prédire avec justesse l'avenir. Le devoir de combler les trous dans la raquette revient au contract manager bien que ce de nombreuses entreprises continuent de ne l'impliquer que très tardivement dans le cycle de vie du contrat. Agir ainsi revient à attendre du contract manager qu'il joue au magicien (n'est pas Gérard Majax qui veut !) pour s'assurer d'une correcte et, si possible, paisible exécution du contrat. L'exécution paisible exige au minimum que l'on agisse de manière à impliquer assez tôt le contract manager afin qu'il contribue à identifier, à temps, pour mieux

les combler ensuite, les nombreux trous qui apparaitront dans la raquette. Ces trous se manifestent à travers des demandes de modification de périmètre, de gestion des demandes d'extensions des délais, de gestion des risques, ou de gestion des réclamations, etc. Ripoliner la façade du contrat est loin d'être suffisant : il convient de s'y attaquer avec rigueur, le plus tôt possible.

> « L'aptitude à la négociation ne figure pas toujours sur la fiche de poste du contract manager : il peut faire sans, mais il fera immensément mieux avec. »

Je suis conscient que l'anticipation ne suffit pas à répondre adroitement à tous les problèmes. Si on peut certes anticiper certains aléas, risques et problèmes, on peut difficilement anticiper le moment de leur survenance et encore moins leur niveau de criticité. L'expérience et les aptitudes à la négociation prennent tout leur sens dans ces situations où il faut faire preuve de créativité et parfois improviser.

LA SOLUTION DES SMART CONTRACTS

Des évolutions récentes impulsées par les technologies de la blockchain (*) ont donné naissance à un nouveau type de contrat dit « smart contract ». Il s'agit d'un contrat dont les instructions, préalablement définies, s'exécutent automatiquement dès la réalisation des conditions prévues à cet effet. Ces contrats constituent à l'évidence une grande avancée, en ce sens que les technologies et les machines qui en assurent l'exécution sont en principe moins faillibles que les humains.

Toutefois le projet n'est pas encore abouti et leur efficacité se limite encore à certains environnements seulement : les assurances, la banque ou le e-commerce. En attendant les beaux jours que promettent ces nouvelles technologies, il convient de garder à l'esprit au moins deux limites consubstantielles des « smarts contracts » : les conditions définies au contrat et la qualité du programme venant procéder à son exécution demeurent entre les mains d'hommes et de femmes, sujets inlassablement faillibles.

LA NÉGOCIATION PRÉCÈDE-T-ELLE LE CONTRACT MANAGEMENT ?

L'hypothèse précédente, qui place la négociation et le contract management sur des terrains distincts en prévoyant que l'une précède l'autre, est erronée. Il suffit pour s'en convaincre de regarder de plus près l'activité quotidienne du contract manager. En effet, contrairement à ce que pensent et pratiquent certaines personnes voire certaines entreprises, en particulier en France, considérer la signature du contrat comme le point de départ du contract management est une erreur. Ne fût-ce que pour identifier des signaux faibles ou des risques, qui menaceront plus tard la vie du contrat, le point de départ devrait idéalement remonter à la naissance du besoin. Sur cette base, le démarrage des activités de contract management est donc préalable (et de loin) à ce que l'on considère couramment comme étant la phase de négociation.

Pour être efficace, le contract manager doit être mis à contribution juste après la naissance du besoin. À ce stade, cet expert du cycle de vie contractuel doit, du fait de sa sensibilité à la gestion des risques, et plus généralement son expérience globale en ce qui concerne la chronologie même des négociations et de l'exécution des contrats, participer au processus contractuel de façon active. Il peut

(et doit) commencer à mettre en œuvre ou à encourager les premières évaluations de risques susceptibles d'affecter le besoin identifié et exprimé. C'est à cette étape qu'il convient de questionner l'émetteur du besoin pour s'assurer, en interne d'abord, que toutes les entités impliquées (ingénierie, inspection, achats, finance, assurance, logistique, etc.) ont la même et la bonne compréhension du besoin et des enjeux y afférents.

La clarté et la précision doivent gouverner la vie du besoin et le contract manager est outillé pour y veiller. Une erreur à ce stade de la gestation du futur contrat peut déjà compromettre l'efficacité des négociations qui suivront, la qualité du contrat qui en découlera ainsi que son exécution. Cette implication du contract manager en amont du contrat signé permet de mieux apprécier le déroulé de l'outil contractuel, dans l'optique de la réalisation d'une prestation qui respecte les exigences attendues en terme de coûts, de qualité et de délais : le fameux QCD qui doit guider son activité.

À l'issue des phases d'appel d'offre, de clarification et donc de négociation, auxquelles le contract manager devrait être impliqué avec rôle actif, le marché est attribué et formalisé dans un contrat.

Il convient de signaler tout de même que, bien que l'implication précoce du contract manager notamment tout au long de la phase précontractuelle soit positive, le degré d'efficacité de celui-ci demeure tributaire de ses aptitudes et de son expérience. Le contract manager peut - et on le remarque malheureusement encore chez certains se contenter de tenir un rôle d'observateur ou de secrétariat durant la phase précontractuelle. En agissant ainsi, sa production sera si insuffisante qu'elle se transformerait en coût dispendieux pour le projet. A l'inverse, le contract manager pourra aussi (et ce sera mieux) aller au-delà du rôle improductif d'enregistreur ou d'observateur passif et, ainsi, questionner, faire des préconisations, émettre des suggestions, les justifier et les défendre. Il sera alors dans un rôle plus productif de participation et d'alerte qui est salutaire car il permet d'attirer l'attention de toutes les entités impliquées sur des risques susceptibles d'impacter ultérieurement les attentes de QCD.

CONTRACT MANAGER, QUI ES-TU DONC ?

En situation idéale, le contract manager doit, dans son activité, aller au-delà des deux étapes précédemment évoquées, pour intervenir de manière plus active. Ceci doit se manifester principalement dans ses interactions tant en interne avec les équipes impliquées (ingénierie, inspection, qualité, logistique, finances, assurance etc.), qu'en externe avec les autres parties prenantes. Cette implication active dans les interactions, attribuent de facto au contract manager, la casquette de négociateur. A ce titre, il doit alors négocier et ne le fera efficacement que s'il en a les qualités, les capacités et dans certains cas, l'autorisation. Il est important qu'il se forme à la négociation si ce n'est déjà le cas. Autrement, il devra improviser sur un terrain qui exige anticipation, rigueur et précision. Autant dire qu'il le fera mal ou ne le fera pas du tout. Vous imaginez aisément les conséquences sur du moyen/long-terme.

A l'issue des phases de préparation, négociation et signature du contrat, c'est au contract manager que revient encore la responsabilité d'assurer au quotidien, dans son rôle au sein de l'équipe projet, le respect des exigences du contrat dans son exécution. C'est de cette façon qu'il préservera les intérêts de son entreprise en composant avec la réduction des risques et des coûts et la maximisation des opportunités de gains.
Le contract management prend en charge le cycle de vie contractuel dans sa globalité. Quelque part au cours de ce cycle qui s'étend de la naissance du besoin à la clôture du contrat, intervient la signature du contrat qui consacre les règles du jeu, fige et matérialise la volonté des parties, à un moment donné (l'instant T). Cette spécificité de la fonction du contrat a fait dire au professeur Keld Jensen et dans son sillage à l'ami Jean-Charles Savornin, que « le contrat n'est qu'une pause dans la négociation ». En effet, de la naissance du besoin à la formalisation de l'accord des volontés des parties, on négocie. On ne signe ensuite un contrat que parce qu'il permet de formaliser le consensus atteint au moment de la signature.

De la signature du contrat à la fin de l'exécution de leurs obligations respectives par les parties, on négocie encore. Ceci est particulièrement manifeste chaque fois qu'un événement ou fait générateur nouveau amène l'une ou l'autre des parties à reconsidérer sa position et à envisager les avantages qu'une renégociation des termes du contrat existant pourrait procurer. Ainsi, le Contract Manager qui veille sur le besoin dans son ensemble (« du berceau au tombeau » comme disait un de mes mentors) est au minimum impliqué dans les activités de négociation qui jalonnent cette vie : extension des délais, modifications du périmètre technique et des limites de fournitures ou prestations, réclamations, interprétation des stipulations contractuelles, etc. Ces quelques exemples rappellent s'il était encore besoin, qu'on ne peut envisager le contract management sans négociation. Les praticiens et les candidats à ce beau métier de contract manager gagneraient à se former à la négociation. En effet, malgré le fait que l'aptitude à la négociation ne figure pas toujours sur la fiche de poste du contract manager, elle lui est consubstantielle. Le contract manager peut faire sans, mais à l'évidence, il ferait immensément mieux avec.

Cette réflexion est, de manière plus élaborée, la réponse que j'ai donnée à ce contact sur LinkedIn :
- *Monsieur Noubissi, êtes-vous contract manager ou négociateur ?*
- *Les deux mon capitaine.*

Et vous, qu'auriez-vous répondu ?

** La blockchain est une technologie qui permet de garder sous forme d'une chaîne de blocs, de manière totalement décentralisée, sécurisée et transparente, la trace d'un ensemble de transactions.*

LA VIE DE NOS ASSOCIATIONS

Voici quelques évènements, parmi les séminaires proposés autour du contract management, déroulés ou à venir. La liste n'est pas exhaustive et montre l'activité importante de notre communauté qui poursuit son déploiement.

1ER SEMESTRE 2022

5 septembre 2022
Dîner des Personnes Morales
Présentation du Plan Stratégique de l'AFCM

8 novembre 2022
Les rencontres du Contract Management
Evénement annuel (synthèse en page 26)

25 novembre 2022
Colloque de la Commission Région PACA
Présentation des guides et outils établis par l'AFCM

1ER SEMESTRE 2023

Février 2023
- **Âge AFCM** (date à confirmer)
- **Carré des personnes morales AFCM**

Mars 2023
- **Third Contract Risk Management Conference** (9-10 mars, à Francfort)
- **Commission AURA : petit déjeuner débat « Quels outils digitaux pour le Contract Management ? »** (date et thème à confirmer)
- **Assemblée Générale AFCM** (date à confirmer)

2E SEMESTRE 2023

Septembre 2023
Carré des personnes morales AFCM

Novembre 2023
Les Rencontres du Contract Management AFCM (2e édition)

Rendez-vous sur : **www.afcm-asso.fr**
pour rester informés de toutes les dates des événements !

AGENDA DE NOTRE COMMISSION CARRIÈRES, DÉVELOPPEMENT ET FORMATION DEPUIS LA FUSION DES DEUX COMMISSIONS FORMATION ET CARRIÈRES ET DÉVELOPPEMENT PROFESSIONNEL

Jeudi 9 mars 2023:
- Webinaire sur le thème « Le Contract Manager et la CSR (Corporate Social Responsability) »

Jeudi 13 avril 2023 :
- Webinaire : « Assertivité, Leadership : quelles sont les soft skills du Contract Manager ? »

Jeudi 11 mai 2023 :
- Café-débat à Paris : « Le Contract Manager et la valorisation des « data »

Jeudi 8 juin 2023 :
- Diner-débat : « Le Contract Manager et les lois extraterritoriales »

Jeudi 13 septembre 2023 :
- Atelier CV

Jeudi 11 octobre 2023 :
- Webinaire : « Les fondamentaux du claim management »

Mardi 5 décembre 2023
- Webinaire : « Les contrats NEC3 : une spécificité ? »

POUR ADHÉRER À L'AFCM

AFCM
Association Française du Contract Management

Dans la rubrique adhésion du site Internet www.afcm-asso.fr
Pourquoi adhérer ? 5 raisons :

1. Favoriser le développement et le rayonnement de la profession.
2. Se former tout au long de sa carrière et être au fait de l'actualité.
3. Apporter son élan à une profession en plein essor.
4. Donner un nouvel élan à sa carrière de contract manager.
5. Participer au journal et en être destinataire.

POUR ADHÉRER À L'ADUCMA

ADUCMA
Association du DU de Contract Management d'Assas

Vous êtes un élève ou un ancien élève du Diplôme Universitaire de Contract Management d'Assas ou vous souhaitez devenir un membre bienfaiteur ou membre d'honneur et participer au développement du Contract Management et des activités de l'ADUCMA avec des étudiants et des professionnels passionnés et motivés ?

Demandez votre adhésion à l'adresse presidence@aducma.com ou remplissez le bulletin sur le site : **www.aducma.com/adherer**