

Luther.



How to Cope with the Rising Cost of Energy and Raw Materials?

Aurélien Latouche, Antoine Matter & Emilie Cartier

October 13, 2022 | Real Estate

English version

Difficulties in the delivery of materials and the continuing rise in the cost of energy and raw materials are having a significant impact on many players in the real estate and construction sector.

This article looks at how to deal with such difficulties - focusing on private law contracts rather than on public procurements, which are governed by a specific legislation.

Can a contract be revised and if so under what conditions?

In principle, a contract is binding for those who have signed it, so it cannot be changed during its execution: renegotiation cannot be imposed.

However, there are exceptions.

- **Hardship**

The so-called hardship mechanism (*imprévision* in French) allows the contract to be adapted in case of an unforeseen event that disturbs the contractual balance and imposes an excessive burden on one of the parties.

Whereas France has since its 2016 reform of the French Civil Code authorised contracting parties to use this mechanism outside of any contractual stipulation, the Luxembourg Civil Code does not to date contain any provision on hardship, despite numerous attempts to have it recognised by the case law.

Consequently, and in the absence of a legislative enshrinement of the mechanism, it is necessary to provide contractually for determined possibilities of renegotiation in the event of a disruption of the balance between signatories.

- **Good faith in the performance of the contract**

Even in the absence of a provision on hardship, the Covid-19 crisis led to a significant development related to good faith in the performance of contracts, in several cases where tenants had stopped paying rent during periods when their activities were impacted by government decisions.

The Tribunal d'arrondissement of Luxembourg has thus ruled that the obligation to perform a contract in good faith may require a party to exercise its contractual rights with moderation and to be open to negotiation.

Thus, in certain circumstances, a party that refuses to renegotiate a contract that has become unbalanced breaches its duty to act in good faith.

Such reasoning could be transposed to a contract that has become unbalanced due to an unreasonable increase in the cost of energy or raw materials.

Nevertheless, the party wishing to renegotiate its contract must be able to justify its request with a solid and substantiated case by demonstrating its good faith.

- **Price adjustment**

Finally, the indexation mechanism, which is widely used in many contracts, allows the price to be adjusted automatically at regular intervals according to the evolution of an index - for example the consumer price index or the construction cost index published by Statec, the Luxembourg statistical body. This mechanism is perfectly suited to construction contract with a fixed price determined in advance.

On the other hand, the indexation clause must be expressly provided for in the contract: in the absence of such a clause, the contracting party - e.g. the contractor - will not be able to claim a price increase based on the increase in the cost of labour or materials.

It should also be noted that the Luxembourg Consumer Code provides that in the presence of clauses allowing the contractor to increase the price, even taking into account objective criteria, the consumer should have the right to terminate the contract when the final price becomes excessive in relation to what he could have expected at the time of concluding the contract.

Can the current crisis be used to avoid obligations?

In principle, one cannot escape one's obligations without incurring sanctions such as termination of the contract with compensation or damages.

Can then the concept of force majeure, often mentioned since the Covid-19 crisis, be invoked?

First of all, it should be remembered that force majeure makes it possible to suspend or delay the performance of an obligation, or even to terminate the contract if its performance is definitively impossible. However, an event must bear three cumulative characteristics to be qualified as force majeure:

- **Externality:** the event originates outside the intervention of the parties
- **Irresistibility:** no appropriate measures could have been taken to mitigate the effects of the event
- **Unpredictability:** at the time the contract was signed, the parties could not foresee the occurrence of the event

Anyone wishing to rely on force majeure will have to prove that these conditions have been met, by demonstrating a concrete and significant impact on the contract. Mere difficulty in performance, a reduction in the expected benefit, or an increase in costs are not enough: it must be shown that the event invoked has made it totally impossible to perform.

Judges make a case-by-case analysis and have a wide margin of appreciation. It is therefore always advisable to include articles dealing with force majeure in the contract defining the events that could authorise the

suspension of obligations or even the termination of the contract.

An appropriate provision should be as precise as possible rather than overly general: for example, it should refer to the direct and indirect consequences of the event in question, and not just to its occurrence.

In the current context, it becomes essential for parties to be aware of their obligations, both contractual and legal, and careful drafting of contractual clauses becomes essential.

We are at your disposal to help you analyse your rights in your existing contracts but also to assist you in future negotiations or the drafting of your future contract.

Contacts



Aurélien Latouche

Avocat à la Cour, Partner

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 680

aurelien.latouche@luther-lawfirm.com



Antoine Matter

Avocat, Senior Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 636

antoine.matter@luther-lawfirm.com



Emilie Cartier

Avocat à la Cour, Managing Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 621

emilie.cartier@luther-lawfirm.com

French version

Les difficultés d'approvisionnement en matériaux et l'augmentation continue du coût des énergies et des matières premières ont un impact important sur de nombreux acteurs du secteur de l'immobilier.

Nous aborderons ici la manière dont on peut faire face à de telles difficultés – en nous concentrant sur les contrats de droit privé sans nous attarder sur les marchés publics, régis par une législation spécifique.

Peut-réviser un contrat et si oui dans quelles conditions ?

En principe, un contrat tient lieu de loi à ceux qui l'ont signé, de sorte qu'il ne peut pas être modifié en cours d'exécution : on ne peut pas imposer une renégociation.

Il y a cependant des exceptions.

▪ L'imprévision

Le mécanisme dit de l'imprévision (ou hardship) permet d'adapter le contrat en cas d'événement imprévu perturbant l'équilibre contractuel et imposant une charge excessive à l'une des parties.

Alors que la France a depuis sa réforme du Code civil français en 2016 autorisé les contractants à se prévaloir de ce mécanisme en dehors de toute stipulation contractuelle, le Code civil luxembourgeois ne contient à ce jour aucune disposition sur l'imprévision et ce malgré de nombreuses tentatives pour la faire reconnaître par la jurisprudence.

Dès lors, et en l'absence d'une consécration législative du mécanisme de l'imprévision, il est nécessaire de prévoir contractuellement des possibilités encadrées de renégociation en cas de bouleversement de l'équilibre entre signataires.

▪ La bonne foi dans l'exécution du contrat

Même en l'absence d'une clause d'imprévision, la crise du Covid-19 a amené un développement important lié à la bonne foi dans l'exécution des contrats, dans plusieurs cas dans lesquels des locataires avaient cessé de payer leurs loyers pendant les périodes où leurs activités étaient impactées par les décisions gouvernementales.

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a ainsi jugé que l'obligation d'exécuter un contrat de bonne foi pouvait imposer qu'une partie exerce ses droits contractuels avec modération et soit ouverte à la négociation.

Ainsi, dans certaines circonstances, une partie qui refuse de renégocier un contrat devenu déséquilibré viole son obligation d'agir de bonne foi.

Un tel raisonnement pourrait être transposé à un contrat devenu déséquilibré en raison d'une augmentation déraisonnable du coût de l'énergie ou des matières.

Néanmoins, il faudra pour la partie qui veut renégocier son contrat pouvoir justifier sa demande avec un dossier solide et étayé en démontrant sa bonne foi.

▪ L'ajustement du prix

Enfin, le mécanisme de l'indexation, largement répandu dans de nombreux contrats, permet un ajustement automatique du prix à intervalle régulier en fonction de l'évolution d'un indice – par exemple l'indice des prix à la consommation ou l'indice du coût de la construction publiés par le Statec, l'organisme statistique luxembourgeois. Ce mécanisme est parfaitement adapté à un contrat de construction avec un prix fixe déterminé à l'avance.

En revanche la clause d'indexation doit être expressément prévue dans le contrat : en l'absence d'une telle clause, le cocontractant - par exemple l'entrepreneur - ne pourra pas demander une augmentation de prix basée sur l'augmentation du coût de la main d'œuvre ou des matériaux.

Il convient également de noter que le Code luxembourgeois de la consommation prévoit qu'en présence de clauses permettant à l'entrepreneur d'augmenter le prix, même en tenant compte de critères objectifs, le consommateur doit avoir le droit de résilier le contrat lorsque le prix final devient excessif par rapport à ce à quoi il pouvait s'attendre lors de la conclusion du contrat.

La crise actuelle peut-elle permettre d'échapper à ses obligations ?

En principe, on ne peut pas échapper à ses obligations sans s'exposer à des sanctions telles que la résiliation du contrat assorties d'indemnités ou dommages et intérêts.

La force majeure souvent évoquée depuis de la crise du Covid-19, peut-elle alors être invoquée ?

Il faut d'abord rappeler que la force majeure permet de suspendre ou retarder l'exécution de son obligation, voire résilier le contrat si l'impossibilité d'exécution est définitive. Cependant, un événement doit revêtir cumulativement trois caractéristiques pour être qualifié de force majeure:

- **L'extériorité** : l'évènement trouve son origine hors d'une intervention des parties
- **L'insurmontabilité** : aucune mesure appropriée n'aurait pu être prise pour atténuer les effets de l'évènement
- **L'imprévisibilité** : au moment de la signature du contrat, les parties ne pouvaient pas envisager la survenance de l'évènement.

Celui qui veut se prévaloir de la force majeure devra prouver que ces conditions sont réunies, en démontrant un impact concret et important sur le contrat. Une simple difficulté d'exécution, une diminution du bénéfice escompté, ou une augmentation des coûts ne suffisent pas : il faut démontrer une impossibilité totale d'exécution causée par l'évènement invoqué.

Les juges font une analyse au cas par cas et disposent d'une importante marge d'appréciation. Il est donc toujours recommandé de prévoir dans le contrat des clauses de force majeure définissant les événements qui pourraient autoriser la suspension des obligations, voire la résiliation du contrat.

Une clause appropriée devra être la plus précise possible et ne pas se contenter d'une référence trop générale : il faudra par exemple évoquer les conséquences directes et indirectes de l'évènement visé, et non pas uniquement viser sa survenance.

Dans le contexte actuel, il devient essentiel pour les parties de bien connaître leurs obligations, tant contractuelles que légales, et une rédaction minutieuse des clauses contractuelles devient primordiale.

Nous nous tenons à votre disposition pour vous aider à analyser vos droits dans vos contrats existants mais également vous assister dans une future négociation ou la rédaction d'un contrat.

Contacts



Aurélien Latouche

Avocat à la Cour, Partner

Luther S.A. Luxembourg
T +352 27484 680
aurelien.latouche@luther-lawfirm.com



Antoine Matter

Avocat, Senior Associate

Luther S.A. Luxembourg
T +352 27484 636
antoine.matter@luther-lawfirm.com



Emilie Cartier

Avocat à la Cour, Managing Associate

Luther S.A. Luxembourg
T +352 27484 621
emilie.cartier@luther-lawfirm.com

Luther.

Luther Luxembourg

Bangkok, Berlin, Brussels, Cologne, Delhi-Gurugram, Dusseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hanover, Ho Chi Minh City, Jakarta, Kuala Lumpur, Leipzig, London, Luxembourg, Munich, Shanghai, Singapore, Stuttgart, Yangon

You can find further information at:

www.luther-lawfirm.com

www.luther-services.com

