



**Direction Juridique et Fiscale**  
Pascal GAREAU / Léa GASNIER

Publiée le 23 juin 2021, mise à jour le 13 juillet 2021

## Note juridique

### Gérer la crise consécutive à la pénurie de matériaux dans les marchés publics des organismes Hlm

Vous êtes nombreux à vous interroger sur la manière de gérer, en cours d'exécution de vos marchés publics, la crise que le secteur du BTP traverse actuellement et qui engendre des pénuries et/ou une hausse singulière des fournitures, notamment de l'acier, du bois et de certains polymères.

**N.B.** : les enjeux liés spécifiquement aux marchés des organismes privés d'Hlm sont traités dans le document intitulé « *Gérer la crise consécutive à la pénurie de matériaux dans les contrats privés de la commande publique des organismes privés d'Hlm* ».

#### Que penser de la qualification de « force majeure » adoptée par l'Etat s'agissant de la crise actuelle ?

Cette annonce politique vise à inciter les acheteurs publics à la clémence vis-à-vis des titulaires de marchés et la considération des éventuelles demandes des entreprises de prolongation de leurs délais voire de prise en charge de leurs surcoûts.

D'un point de vue strictement juridique, il revient néanmoins à l'organisme Hlm de regarder au cas par cas si la situation rencontrée par le titulaire relève bien de circonstances imprévisibles (avec à la clef la prolongation des délais et l'exonération des pénalités de retard sur la période d'empêchement) et/ou de l'imprévision (pour toute prise en charge partielle des surcoûts par le titulaire) voire implique de modifier le périmètre des prestations. A cet égard, les éléments apportés par les titulaires sont déterminants.

## I. Sur la pénurie ou les retards d'approvisionnement

- Lorsque l'entreprise rencontre une problématique de pénurie de matériaux, peut-elle être exonérée de responsabilité au titre des retards d'approvisionnement ?

Les acheteurs publics ont la possibilité d'aménager les délais d'exécution lorsque des circonstances imprévisibles et extérieures mettent le titulaire **dans l'impossibilité de les respecter**<sup>1</sup>. Il faudra donc examiner si le titulaire se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie du marché public<sup>2</sup>.

Dans la mesure où l'évènement rencontré par l'entreprise est vraiment imprévisible, qu'il n'est pas lié aux parties et qu'il empêche le respect des délais prévus contractuellement, sont pleinement justifiées la

<sup>1</sup> [Pour les marchés publics, voir fiche technique de la DAJ sur les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières](#)

<sup>2</sup> CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes

prolongation du délai d'exécution et l'exonération des pénalités de retard sur la période pendant laquelle le titulaire a été empêché d'intervenir<sup>3</sup>.

A noter que l'application de pénalités de retard est un droit contractuel de l'acheteur public, à l'application duquel il peut renoncer, sous réserve néanmoins que cela ne constitue pas une libéralité<sup>4</sup>. La renonciation à ce droit peut notamment être exercée au regard de la capacité financière de l'entreprise, du montant du marché public ainsi que des enjeux découlant du respect des délais<sup>5</sup>. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle<sup>6</sup>. L'acheteur public doit, dans tous les cas, prendre garde à formaliser cette décision.

➤ **Le cas échéant, face à une pénurie de matériaux, un avenant peut-il être conclu pour modifier le périmètre des prestations voire adapter les conditions d'exécution du marché ?**

**Oui**, les retards provoqués par les pénuries ou même le bouleversement de l'équilibre économique du contrat peuvent justifier la signature d'un avenant sur le fondement de l'article R2194-5 du Code de la commande publique afin de modifier le périmètre des prestations ou adapter les conditions d'exécution du marché.

**Conditions à démontrer**

<i>Circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir</i>	Si l'évènement était imprévisible au moment de la procédure de passation, alors, la modification du marché est envisageable <sup>7</sup> .
<i>Pourcentage maximal de la modification</i>	Le cas échéant, la modification du périmètre des prestations ne peut entraîner d'augmentation du prix de plus de 50 % du montant du marché initial <sup>8</sup> . Le montant de la modification tient compte de la clause de variation des prix <sup>9</sup> .
<i>Modification non substantielle</i>	La modification ne doit pas conduire pas à changer la nature globale du marché <sup>10</sup> . Elle doit rester justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi <sup>11</sup> .

## II. Sur les surcoûts

Les organismes Hlm, dans le cadre de l'exécution de leurs marchés publics, disposent de deux choix :

- 1- **Soit décider de ne pas attendre l'arrêt de la crise.** Dans ce cas, il revient à l'entreprise de s'approvisionner au prix le plus fort et à livrer dans les délais impartis. Sous réserve des conditions ci-après définies, l'organisme Hlm devra alors prendre en charge une partie des surcoûts.
- 2- **Soit attendre un éventuel arrêt de la crise actuelle.** Dans ce cas, l'organisme Hlm s'attachera à prolonger le délai d'exécution le temps de la résolution de la situation actuelle et à ne pas appliquer de pénalités de retard sur la période prolongée. Cependant, cette solution présente l'inconvénient majeur d'engendrer de potentiels coûts d'immobilisation de matériel et de ressources humaines que l'entreprise pourrait demander à l'organisme Hlm de prendre en charge.

Une estimation des coûts potentiellement induits par l'un ou l'autre des deux choix exposés ci-dessus est vivement recommandée avant toute prise de décision par l'organisme Hlm.

<sup>3</sup> Article 19.2.2 du CCAG-Travaux 2009 (si référencé au marché)

<sup>4</sup> Voir point 1.1. de la [fiche DAJ « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières »](#)

<sup>5</sup> CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie, n° 413533

<sup>6</sup> CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, n° 308676

<sup>7</sup> Articles L2194-1 et L3135-1 du Code de la commande publique

<sup>8</sup> Articles R2194-3 et R3135-3 du Code de la commande publique

<sup>9</sup> Articles R2194-4 et R3135-4 du Code de la commande publique

<sup>10</sup> Articles R2194-7 et R3135-7 du Code de la commande publique

<sup>11</sup> Voir pages 2 et 3 de la fiche DAJ intitulée : « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution »

<b>1</b>	<b>Ne pas compter sur l'arrêt de la crise</b> Exiger l'exécution dans les délais	<b>2</b>	<b>Attendre un éventuel arrêt de la crise</b> Prolonger le délai d'exécution
			Ne pas appliquer de pénalités sur la période prolongée
	Prendre en charge une grande partie des surcoûts si l'imprévision est caractérisée ou mettre en œuvre la clause de réexamen éventuellement prévue au marché		Prendre en charge le préjudice éventuellement subi résultant des frais d'immobilisation de matériel et de ressources humaines

## **Option 1 : L'organisme Hlm ne souhaite pas attendre l'arrêt de la crise touchant les matériaux**

### **1. L'entreprise subissant de plein fouet la flambée du prix des matériaux a-t-elle le droit à être indemnisée du préjudice subi ?**

Oui, si :

- l'entreprise **démontre** qu'elle subit un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat<sup>12</sup> ; **et** que
- les parties **sont en mesure de démontrer** que la modification, qui ne peut dépasser 50% du prix du marché initial, est réalisée en raison de circonstances que l'acheteur public ne pouvait pas prévoir.

A noter : Le fait que le contrat ait été conclu à un prix forfaitaire n'empêche pas l'application de la théorie de l'imprévision<sup>13</sup>.

#### **Conditions à démontrer par l'entreprise**

#### **Justificatifs**

<i>Evènement imprévisible</i>	Il convient de vérifier que la crise actuelle n'était pas connue du cocontractant à la date de l'engagement définitif/du renouvellement du contrat, sans possibilité de se dédire <sup>14</sup> .	Date de la remise des offres finales ou du renouvellement du contrat (sans retrait possible) antérieure à la date à laquelle la hausse est intervenue
<i>Evènement extérieur aux parties</i>	Les parties ne doivent pas être responsables de la situation d'imprévision invoquée.  L'entreprise peut être considérée responsable lorsqu'elle tarde à procéder à ses approvisionnements une fois la hausse du prix des matériaux connue <sup>15</sup> .  On peut donc douter de la diligence d'une entreprise ayant démarré ses prestations plusieurs mois ou semaines avant l'émergence de la crise et qui n'aurait pas anticipé ses approvisionnements, malgré les multiples annonces réalisées notamment par la FFB sur la hausse majeure des prix qui se profilait <sup>16</sup> .	Eléments prouvant la diligence de l'entreprise dans la gestion de ses approvisionnements

<sup>12</sup> Article L6 du Code de la commande publique (CCP)

<sup>13</sup> CE, 10 mars 1948, Hospices de la ville de Vienne

<sup>14</sup> [CAA Marseille 17 janvier 2008 n°05MA00492, Sté Altagna](#)

<sup>15</sup> [CE 17 juin 1981 n°7246](#)

<sup>16</sup> [Conférence de presse de la Fédération Française du Bâtiment du 23 mars 2021](#)

*Evènement  
bouleversant  
temporairement  
l'équilibre du  
contrat*

Lorsque les parties ont fixé contractuellement le seuil du bouleversement, celui-ci s'impose à elles<sup>17</sup>. A défaut, le bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat est à apprécier au cas par cas.

En 2004, une [note du ministère de l'équipement](#), publiée en raison de la hausse de l'acier, mettait en avant un seuil de bouleversement du marché à 10 % pour caractériser l'imprévision (seuil à considérer sur la base des justifications du préjudice subi à vérifier par le maître d'ouvrage).

En pratique, le juge administratif apprécie au cas par cas les situations susceptibles de relever de la théorie de l'imprévision au regard de l'ampleur de la charge contractuelle que subit le contractant.<sup>18</sup>

Remarque : Lorsque le sous-traitant est concerné par l'imprévision, il doit également prouver le bouleversement du contrat<sup>19</sup>.

Factures acquittées du fournisseur<sup>20</sup>

Calcul du pourcentage d'impact de la hausse du coût des matériaux sur le montant total du marché auquel il convient de déduire la hausse habituelle des prix (généralement située entre 2 et 7% chaque année<sup>21</sup>) et, le cas échéant, le montant de la variation des prix



**Dans le cas où l'entreprise est à l'origine d'un important retard d'exécution et qu'elle se retrouve, de fait, entraînée dans la crise actuelle alors que son marché aurait dû être achevé et réceptionné avant l'émergence de cette crise, elle ne peut, dès lors, se prévaloir de la théorie de l'imprévision pour obtenir la prise en charge d'une partie des surcoûts.**

**2. Lorsque les conditions de l'imprévision sont remplies, à quel moment l'entreprise peut-elle solliciter l'organisme Hlm et à quel montant peut-elle prétendre ? Quels sont les points à stipuler dans le protocole ?**

Lorsque les conditions sont réunies, le contractant a droit à être indemnisé d'une grande partie du préjudice subi.

	<i>Combien ?</i>	<i>Quand ?</i>
<i>Lorsque les conditions de l'imprévision sont réunies</i>	<p>L'entreprise n'est pas libérée de son obligation d'exécuter mais peut obtenir une indemnité qui ne peut couvrir la totalité du préjudice subi.</p> <p>L'indemnisation correspond à la prise en charge par l'acheteur public d'une part majeure du montant du déficit subi, lié aux circonstances imprévisibles<sup>22</sup>, pendant la période du bouleversement.</p> <p>Le Conseil d'Etat admet généralement une indemnisation couvrant 90% de la perte enregistrée<sup>23</sup>.</p>	<p>En cours d'exécution du contrat ou après son expiration<sup>24</sup></p>

<sup>17</sup> CE 5 juin 1985, min. délégué au Temps libre c/Sté Baffrey-Hennebique, RD publ. 1985. 1702, obs. F. Llorens.

<sup>18</sup> [CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux](#) - [CE 30 octobre 1990, Sté Coignet entreprise](#) - [CE 2 juillet 1982 n°23653](#)

<sup>19</sup> [CAA Douai 19 avril 2012, Office public d'Hlm de Calais](#)

<sup>20</sup> Une simple attestation du fournisseur faisant état d'une augmentation des matériaux n'est pas suffisante pour déterminer le pourcentage d'impact de cette augmentation sur le prix total du marché.

<sup>21</sup> Courrier de la Fédération Régionale du Bâtiment de Bretagne du 8 mars 2021

<sup>22</sup> [CE, 21 octobre 2019 n°419155, Sté Alliance](#)

<sup>23</sup> Voir par ex : CE, 1<sup>er</sup> juillet 1949, min. de la Guerre c/Ets Violla

<sup>24</sup> [CE, 10 février 2010 n°301116, Sté Prest'action](#)



**Dans tous les cas, il est conseillé d'attendre la fin des travaux pour déterminer avec exactitude la part du surcoût prise en charge par l'organisme Hlm. Le montant est déterminé à l'appui des justificatifs apportés par l'entreprise, y compris les factures acquittées et les éléments prouvant le surcoût. Un protocole est alors conclu entre les parties.**

Par ailleurs, il est recommandé de préciser dans le protocole :

- Les références du marché,
- Les éléments justifiant l'application de la théorie de l'imprévision,
- Le montant de l'indemnité octroyée et les éventuelles provisions sur indemnités déjà allouées,
- Une clause par laquelle le titulaire renonce à toute réclamation ou action contentieuse pour tout différend relatif à des faits antérieurs.

**3. A défaut d'entrer dans les conditions de l'imprévision, l'entreprise peut-elle obtenir une modification du marché public ?**

**Oui**, si une clause de réexamen du marché claire, précise et sans équivoque<sup>25</sup> prévoit :

- son champ d'application,
- la nature des modifications ou options envisageables,
- les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage,

et sous réserve que la mise en œuvre de cette clause n'engendre pas de modification substantielle du prix du marché.<sup>26</sup>

*Composition d'une clause de réexamen valide*

<i>Champ d'application</i>	La modification du marché est circonscrite à un ou plusieurs événements que la clause identifie. L'évènement peut être matérialisé à partir d'un certain seuil défini contractuellement.
<i>Nature des modifications ou options envisageables</i>	La clause précise la nature des options envisageables ou les éléments sur lesquels porteront la modification envisagée
<i>Conditions dans lesquelles il peut en être fait usage</i>	Cela vise notamment les démarches à suivre pour modifier le marché (exemples : recours à un avenant, formulaire de calcul pour les clauses de variation de prix, etc.).
<i>Caractère non substantiel de la modification</i>	La modification ne doit pas conduire pas à changer la nature globale du marché. Elle doit rester justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi <sup>27</sup> .

**4. En l'absence de clause de réexamen valide et de possibilité d'appliquer la théorie de l'imprévision, est-il envisageable de modifier la clause de variation des prix prévue au marché pour compenser le surcoût ?**

**Non**, par principe, le prix d'un marché public est intangible<sup>28</sup>.

Dès lors, sauf si les modifications ont été prévues initialement dans le marché sous la forme de clause de réexamen et qu'elles ne soient pas substantielles (voir point 3.), un avenant qui insère ou modifie **en faveur**

<sup>25</sup> Articles R2194-1 et R3135-1 du Code de la commande publique

<sup>26</sup> Articles R2194-7 et R3135-7 du Code de la commande publique

<sup>27</sup> Voir pages 2 et 3 de la fiche DAJ intitulée : « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) »

<sup>28</sup> Articles R2112-6 et suivants du Code de la commande publique

**du titulaire**<sup>29</sup> une clause de révision, une formule ou des index est illégal<sup>30</sup>, car il a nécessairement pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initial<sup>31</sup>.

#### **5. Que faire si la formule de variation des prix prévue au marché ne couvre pas le préjudice subi par l'entreprise ?**

Dans ce cas, il convient de vérifier que l'entreprise entre, après application de la variation des prix, dans les conditions de l'imprévision pour accorder une indemnisation.

Ainsi, lorsque, même après application de la clause de révision, l'économie du contrat demeure bouleversée<sup>32</sup>, il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision.

#### **Option 2 : L'organisme Hlm souhaite attendre la fin de la crise dans l'espoir que les prix reprendront le niveau, peu ou prou, antérieur à la crise actuelle**

Dans l'hypothèse où l'imprévision est caractérisée, pour éviter la prise en charge d'une part des surcoûts, l'organisme Hlm pourrait faire le choix de patienter en attendant que la crise actuelle s'atténue dans l'espoir que les prix reprennent leur niveau, peu ou prou, antérieur à la flambée du prix des matériaux.

Outre le caractère très aléatoire que présente cette option (face à l'imprévisibilité de l'évolution des prix notamment), un tel choix supposerait pour l'organisme Hlm de :

1. prolonger le délai d'exécution ; et
2. renoncer à l'application de pénalités sur la période prolongée, et
3. le cas échéant, prendre en charge les éventuels coûts d'immobilisation de matériel et de ressources humaines de l'entreprise.

Dans l'hypothèse où les coûts d'immobilisation seraient aussi importants qu'une prise en charge partielle des surcoûts, l'organisme Hlm serait perdant en optant pour une telle stratégie, surtout dans le cas où les prix des matériaux ne reprendraient pas, dans des temps raisonnables, leur niveau antérieur à la crise.

---

<sup>29</sup> [L'arrêt du 20 décembre 2017 « Société Area Impianti » \(n° 408562\)](#), au terme duquel le Conseil d'Etat a jugé valide la modification du mécanisme de fixation du prix, n'est pas transposable ici car l'avenant, analysé par le juge, avait été réalisé « en fin d'exécution » du marché et dans « un sens désavantageux à son titulaire » (c'est-à-dire, en passant d'un prix révisable à un prix ferme).

<sup>30</sup> On peut, cependant, admettre qu'un avenant modifie une formule de variation, lorsqu'une erreur matérielle évidente, telle que les cocontractants ne peuvent s'en prévaloir de bonne foi, rend inapplicable cette formule.

<sup>31</sup> [Question ministérielle n° 49419 de M. Fabrice Verdier du 11 février 2014](#)

<sup>32</sup> [CE 19 février 1992 n° 47265, Sté Dragages et travaux publics - CAA Nancy 8 avril 2013, CSM](#)

### III. Sur la gestion des futurs marchés

➤ **Quelles améliorations apporter dans la rédaction des futurs marchés ?**

L'organisme Hlm peut anticiper contractuellement le traitement des conséquences résultant de circonstances imprévisibles, grâce à l'ajout d'une clause particulière. A cet égard, les CCAG 2021 proposent la rédaction suivante :

*« En cas de circonstances que des parties diligentes ne pouvaient pas prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences notamment financières, de cette circonstance ».*

**Les Offices publics de l'habitat peuvent-ils, dans leurs marchés publics, exclure contractuellement le régime de l'imprévision ?**

**Non**, car en cas d'imprévision, le droit à indemnité conféré au cocontractant fait partie des principes généraux applicables aux contrats administratifs<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Article L6 du Code de la commande publique