



**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 contrats privés de la commande publique des organismes privés d'Hlm

Vous êtes nombreux à vous interroger sur la manière de gérer, en cours d'exécution de vos marchés, 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 publics des organismes Hlm sont traités dans le document intitulé « *Gérer la crise consécutive à la pénurie de matériaux dans les marchés publics des organismes 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, dont font partie les organismes privés d'Hlm, 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

### 1. 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 concluant des contrats privés relevant de la commande publique doivent aménager les délais d'exécution lorsque des circonstances présentant les caractéristiques de la « force majeure » empêchent le titulaire de respecter ses obligations contractuelles.

En effet, le Code civil exonère le titulaire du marché de toute responsabilité pour retard dans l'exécution de ses obligations, s'il justifie que l'exécution a été empêchée par la « force majeure »<sup>1</sup>, c'est-à-dire « *lorsqu'un évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la*

<sup>1</sup> Article 1231-1 du Code civil

*conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.<sup>2</sup> »*

Autrement dit, si la pénurie à laquelle est aujourd'hui confronté le titulaire du marché était imprévisible lors de la signature du contrat, si sa survenance est causée par des circonstances hors du contrôle du titulaire et si elle empêche - au moins temporairement - l'exécution du contrat, sont pleinement justifiées la 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>.

## **2. 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>4</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>5</sup> . Le montant de la modification tient compte de la clause de variation des prix <sup>6</sup> .
<i>Modification non substantielle</i>	La modification ne doit pas conduire pas à changer la nature globale du marché <sup>7</sup> . Elle doit rester justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi <sup>8</sup> .

## **II. Sur les surcoûts**

Les organismes privés d'Hlm, dans le cadre de l'exécution de leurs marchés, 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>2</sup> Article 1218 du Code civil

<sup>3</sup> Rappel : l'article 1218 du Code civil prévoit 2 possibilités : (1) en cas d'empêchement temporaire d'exécuter le contrat par l'entreprise, ses obligations sont suspendues le temps que l'évènement de force majeure prenne fin ; (2) en cas d'empêchement définitif ou de retard trop important pour justifier la poursuite du contrat, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 du Code civil

<sup>4</sup> Articles L2194-1 et L3135-1 du Code de la commande publique

<sup>5</sup> Articles R2194-3 et R3135-3 du Code de la commande publique

<sup>6</sup> Articles R2194-4 et R3135-4 du Code de la commande publique

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

<sup>8</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
	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		Ne pas appliquer de pénalités sur la période prolongée 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 « imprévisible » au sens de l'article 1195 du Code civil, c'est-à-dire « *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* » ; **et** que
- les parties **démontrent** que la modification, qui ne peut dépasser 50% du prix du marché initial, est réalisée en raison de circonstances que l'organisme Hlm ne pouvait pas prévoir.

#### Conditions à démontrer par l'entreprise

#### Justificatifs

<i>Changement de circonstances imprévisible</i>	Pour retenir le caractère imprévisible de l'évènement, 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.	Date de la remise des offres ou du renouvellement du contrat (sans retrait possible) antérieure à la date à laquelle la hausse est intervenue
<i>Refus de l'entreprise d'accepter le risque d'imprévision</i>	L'application du régime de l'imprévision peut être écartée par contrat.  Il faut donc vérifier dans le marché si les parties ont spécifiquement écarté l'application de l'article 1195 du Code civil (tel pourrait être le cas du <b>marché à forfait</b> - qui ne fait pas référence à la norme Afnor P03-001 <sup>9</sup> - dans lequel le constructeur assume le risque de l'augmentation du coût de la main-d'œuvre et des matériaux <sup>10</sup> ).  Cependant, les marchés passés par les acheteurs publics présentant généralement la forme de contrats d'adhésion, il pourrait se poser la question de savoir si la clause qui impose à l'entreprise d'assumer le risque des changements de circonstances imprévisibles est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties <sup>11</sup> .	Clauses contractuelles

<sup>9</sup> L'article 9.1.2 de la NF P03-001 d'octobre 2017 comprend des dispositions calquées sur celles de l'article 1195 du Code civil. La référence à cette norme Afnor dans le marché, sans dérogation spécifique à l'article 9.1.2, est de nature à témoigner de la volonté des parties de faire application de ces dispositions, nonobstant le caractère forfaitaire du prix

<sup>10</sup> Article 1793 du Code civil – Cet article ne concerne que les travaux de bâtiment et ne s'applique pas aux sous-traités

<sup>11</sup> Article 1171 du Code civil

Evènement rendant l'exécution excessivement onéreuse	Le texte n'exige pas la faillite du cocontractant.	Factures acquittées du fournisseur
	En tout état de cause, si les parties ne parviennent pas à un accord, le caractère excessivement onéreux sera à l'appréciation du juge.  A noter que l'exécution du contrat doit être devenue excessivement onéreuse après la signature du marché.	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>12</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 la crise actuelle, 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, que peut faire l'entreprise ?

Lorsque les conditions sont réunies, le contractant peut demander une renégociation du contrat à l'organisme Hlm. Il 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<sup>13</sup>.



**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.**

Si les parties parviennent à trouver un accord, 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 ?

**Oui**, si une clause de réexamen du marché claire, précise et sans équivoque<sup>14</sup> prévoit :

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

<sup>12</sup> Courrier de la Fédération Régionale du Bâtiment de Bretagne du 8 mars 2021

<sup>13</sup> Article 1195 du Code civil

<sup>14</sup> Articles R2194-1 et R3135-1 du Code de la commande publique

et sous réserve que la mise en œuvre de cette clause n'engendre pas de modification substantielle du prix du marché.<sup>15</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>16</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 une clause de révision ou d'actualisation des prix pour compenser les surcoûts ?**

**Non**, par principe, le prix d'un marché soumis aux règles de la commande publique, est intangible<sup>17</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 du titulaire une clause de révision, une formule ou des index est illégal<sup>18</sup>, car il a nécessairement pour effet de modifier les conditions de la mise en concurrence initiale<sup>19</sup>.

#### **5. Que faire si une formule de variation des prix est déjà intégrée au marché mais qu'elle 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.

---

<sup>15</sup> Articles R2194-7 et R3135-7 du Code de la commande publique

<sup>16</sup> Voir pages 2 et 3 de la fiche DAJ intitulée : « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) »

<sup>17</sup> Articles R2112-6 et suivants du Code de la commande publique

<sup>18</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>19</sup> Articles R2194-7 et R3135-7 du Code de la commande publique

## **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.

\* \* \*

### III. Sur la gestion des futurs marchés

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

L'organisme Hlm peut notamment envisager l'une ou l'autre des options suivantes :

<b>Anticiper contractuellement le traitement des conséquences résultant de circonstances imprévisibles</b>	<b>Exclure contractuellement l'application du régime de l'imprévision</b>
<i>« 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 ».<sup>20</sup></i>	<i>« En considération des négociations préalables, des informations nécessaires et utiles fournies par et à chacune des Parties pour leur permettre un engagement en toute connaissance de cause, nonobstant les aléas économiques et financiers liés aux activités économiques et professionnelles, chacune des Parties déclare renoncer expressément à se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code civil et d'invoquer le régime de l'imprévision, s'engageant à assumer ses obligations et à supporter toutes les conséquences économiques et financières, quand bien même des circonstances imprévisibles à la date de conclusion des présentes, rendraient l'exécution excessivement onéreuse pour l'une ou l'autre des Parties. Cette renonciation des Parties aux dispositions de l'article 1195 du Code civil trouvera son application au cours du Contrat et lors de son renouvellement. Cette renonciation ne fait pas obstacle à l'application des dispositions légales et réglementaires applicables au Contrat ».</i>

**N.B : Les contrats privés relevant de la commande publique continuent d'échapper aux principes généraux applicables aux contrats administratifs (cf. notamment les règles prévues à l'article L.6 du Code de la commande publique).**

---

<sup>20</sup> Rédaction proposée dans les CCAG 2021