

Pénurie de matériaux

Document élaboré par la MAF, sous la direction de Michel Klein, avec la collaboration de Maître Cyrille Charbonneau, Ludovic Patouret, expert et Camille Porretta, juriste à la MAF.

SITUATION / CONSTAT

La crise sanitaire a généré et génère encore une grande variation des rythmes de production et des besoins des économies liées à la relance post pandémie. Au-delà de la crise sanitaire, des tensions régionales ou des changements de politiques douanières contribuent également à un certain dérèglement du marché mondial des matières premières (bois, acier, matières plastiques, etc.), comme de certains produits manufacturés entrant dans le processus de construction directement ou indirectement par incorporation à des matériaux ou éléments d'équipement eux-mêmes mis en œuvre dans l'ouvrage édifié (puces électroniques, etc.).

Il en découle des phénomènes de pénuries qui étendent les délais de livraison de certains matériaux ou renchérissent le coût des produits en question.

Ces phénomènes conduisent à affecter non seulement le coût mais également les délais de production des ouvrages immobiliers. Les pénuries de matériaux observées déstabilisent ainsi l'exécution à la fois des contrats de maîtrise d'œuvre et des marchés de travaux.

I - APPROCHE JURIDIQUE

1. Enjeux liés à l'existence de marchés à forfait ou à prix ferme

L'appréhension de ce phénomène dépend fondamentalement de la nature des contrats conclus.

La difficulté du sujet tient aux pratiques contractuelles conduisant à privilégier de manière systématique les marchés à forfait ou encore à prix ferme de telle sorte que la variation du coût des matériaux affecte directement l'équilibre contractuel initialement envisagé par les parties.

En principe, en effet, le prix forfaitaire (C. civ., art. 1793) ou ferme (CCP, art. R. 2112-9) n'a pas vocation à évoluer après la conclusion du contrat.

La perturbation des équilibres initiaux en raison de la situation de pénurie ou de renchérissement des matériaux conduit donc à affecter l'exécution normale du contrat conclu.

Dans tous les cas, seules les perturbations extérieures aux parties ont vocation à permettre l'adaptation du contrat. Cela conduit à exclure les cas où le déséquilibre résulte du cocontractant (mauvais positionnement du prix ou du délai d'exécution) ou encore du retard qu'il a pris lui-même dans l'exécution de son contrat (retard dans la commande par exemple).

Il est également probable qu'il sera tenu compte de la prévisibilité de la difficulté dont s'agit. À ce titre, la situation contractuelle ne sera pas appréciée de la même façon selon que le contrat a été passé avant ou après la révélation de la pandémie (12 mars 2020). Après cette date, la crise est connue, ce qui n'est pas le cas des contrats conclus antérieurement. On notera cependant que, même après cette date, l'étendue des conséquences de la pandémie n'est pas nécessairement connue. Ainsi, l'évolution du coût de certains matériaux n'était pas nécessairement connue après le 12 mars 2020 et ce quand bien même l'hypothèse d'une difficulté autour des approvisionnements était possible.

Mécanismes contractuels permettant l'adaptation du contrat en raison de la pénurie

Trois mécanismes contractuels peuvent être mis en œuvre pour permettre l'adaptation du contrat aux évolutions non prévues postérieures à sa conclusion.

1.1 Premier mécanisme contractuel : adaptation du prix du contrat (clause d'actualisation/révision)

Un premier mécanisme tient à la stipulation de clauses d'actualisation du prix qui, en référence à un indice ou une formule déterminée contractuellement, permettra d'adapter le prix sans intervention des parties.

Ce mécanisme est obligatoire en marché public, les marchés à prix ferme devant comporter une clause d'actualisation du prix (CCP, art. R. 2112-10).

Ces clauses peuvent être stipulées en marché privé sans que cela soit obligatoire.

1.2 Deuxième mécanisme contractuel : clause de renégociation (clause de *hardship*)

Les parties peuvent intégrer des mécanismes contractuels définissant des seuils au-delà desquels l'aléa économique accepté au titre du forfait devra conduire les parties à une renégociation. Ces clauses doivent comporter une définition du seuil de déclenchement et les mécanismes contractuels de renégociation (y compris les modalités de gestion de l'échec de cette renégociation).

1.3 Troisième mécanisme contractuel : adaptation de la durée de réalisation des prestations

Les marchés peuvent comporter des clauses permettant de déterminer objectivement l'incidence de certains événements sur les délais d'exécution des prestations.

Ces clauses dites de suspension ou de majoration de délais pourraient viser ainsi les difficultés d'approvisionnement à l'instar des phénomènes météorologiques.

Le mécanisme comporte le plus souvent une procédure permettant d'objectiver ces événements.

Simplement, dans la mise en œuvre pratique de ces clauses il sera nécessairement tenu compte du comportement des parties (diligence dans la commande...).

2. Mécanismes de rattrapage de l'imprévision du contrat

Le plus souvent néanmoins, les marchés ne comporteront pas de clauses spécifiques permettant d'adapter le contrat à la situation de pénurie de matériaux.

Dans ce cas, plusieurs solutions juridiques existent et peuvent venir atténuer le déséquilibre né de la pénurie de matériaux.

2.1 Premier mécanisme : théorie de l'imprévision

Le premier mécanisme tient à la théorie de l'imprévision.

Droit public - En l'absence de clause de renégociation, la partie qui subit le déséquilibre excessif du contrat né d'un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat peut invoquer la théorie de l'imprévision pour obtenir l'octroi d'une indemnité compensant le surcoût excédant ledit aléa.

Cette théorie est admise en droit public depuis 1916 et est aujourd'hui codifiée à l'article L. 6 3° du CCP.

Droit privé – En marché privé, la situation est distincte. Pour les contrats conclus antérieurement au 1^{er} octobre 2016, la théorie de l'imprévision ne peut être invoquée.

Pour ceux conclus depuis lors, le Code civil comporte désormais une procédure de gestion de l'imprévision (article 1195 du Code civil).

Cette règle n'est cependant pas obligatoire et les parties peuvent l'écarter.

Si l'article 1195 du Code civil n'est pas écarté par une prévision des parties, le processus consiste en synthèse en un triple mouvement :

- une demande de renégociation du contrat par la partie pour laquelle l'exécution est devenue excessivement onéreuse du fait d'un changement de circonstances imprévisible à la date de conclusion du contrat ;
- si le principe de la renégociation est accepté par l'autre partie : la mise en œuvre d'une renégociation (maintien de l'exécution pendant la négociation) ;
- puis la saisine du juge en cas d'échec de la renégociation (ou de refus de renégocier), visant soit à la résiliation soit au rééquilibrage du contrat.

En pratique le plus souvent, les marchés privés écartent l'application de cette disposition.

2.2 Deuxième mécanisme : la force majeure

En droit public comme en droit privé, la jurisprudence admet qu'un événement

- imprévisible au jour de la conclusion du contrat (condition essentielle et discriminante pour les contrats antérieurs ou postérieurs au 16 mars 2020, étant observé que la question des pénuries de matériaux et son incidence en termes d'évolution des prix n'était à l'évidence pas prévisible dès la naissance de la pandémie, mais s'est révélée en début d'année 2021 dans son intensité),

- irrésistible (déséquilibre significatif ou impossibilité d'exécution),
- et extérieur aux parties (ce qui suppose que l'indisponibilité du matériau ne résulte pas d'une défaillance de l'une des parties),

conduit :

- soit à en suspendre les effets en cas d'empêchement temporaire,
- soit à la résiliation du contrat lorsque l'empêchement est définitif.

La règle figure aujourd'hui à l'article 1218 du Code civil.

2.3 Troisième mécanisme : aménagement volontaire des pénalités contractuelles

Les retards nés des pénuries de matériaux posent la question de l'applicabilité des pénalités de retard.

Outre l'incidence que peuvent avoir ici les clauses de suspension ou de majoration de délais (*supra*, 1.3) ou encore les arguments liés à l'imprévision ou la force majeure, le maître de l'ouvrage pourrait apprécier l'opportunité d'appliquer les pénalités de retard prévues au contrat en tenant compte de la situation liée aux pénuries de matériaux.

La Direction des affaires juridiques a, par une note du 27 mai 2021, invité les maîtres de l'ouvrage publics à se montrer ainsi conciliants en rappelant qu'ils disposent du droit de ne pas appliquer les pénalités de retard (CE, 9 novembre 2018, n° 413533) et de les moduler en tenant compte notamment de leur caractère manifestement excessif (CE, 29 décembre 2018, n° 296930).

De même, en marché privé, le débiteur de la prestation pourrait demander au juge de modérer les clauses pénales (C. civ., art. 1231-5).

C'est au regard de ces règles juridiques succinctement rappelées que l'on peut appréhender les enjeux pratiques pour le maître d'œuvre de la situation de pénurie de matériaux.

Une approche chronologique par phases de missions tend à identifier les risques et à poser les pistes concrètes visant à prévenir la réalisation de ces risques.

II - APPROCHE CHRONOLOGIQUE ET PRATIQUE

PHASE (chronologie)	IDENTIFICATION DU RISQUE	PISTES DE PREVENTION DE CE RISQUE
<p>Contractualisation du marché de Maîtrise d'œuvre</p>	<p>Vigilance sur la nature du montage contractuel de l'opération (VEFA, CPI, marchés simples)</p> <p>Faisabilité du projet au regard des contraintes liées à l'approvisionnement à l'aune du programme du Maître d'Ouvrage (exemple construction bois), et notamment les incidences des variantes rendues nécessaires au regard de la performance notamment énergétique ou phonique (labels, HQE..)</p> <p>Marchés privés Non-respect de l'engagement du respect</p> <ul style="list-style-type: none"> - du coût d'objectif - des délais imposés par le Maître d'Ouvrage <p>- des engagements de performances notamment énergétiques</p>	<p>Quand bien même le maître de l'ouvrage est un professionnel de l'immobilier au fait de ces situations, il est préférable de l'informer de ces enjeux.</p> <p>Quand bien même le maître de l'ouvrage est un professionnel de l'immobilier au fait de ces situations, une information sur la faisabilité du projet, atteinte des objectifs HQE est souhaitable</p> <p>Marchés privés Négociation d'une clause introduisant ou assouplissant</p> <ul style="list-style-type: none"> - les taux de tolérance sur le coût prévisionnel - le coût de réalisation - les éventuelles pénalités afférentes <p>Et/ou</p>

	<p>Marchés publics Non-respect du délai et du seuil de tolérance en raison de l'augmentation du coût des travaux en phase de conception et/ou en phase de travaux</p>	<p>Contester l'imputation qui serait faite par le maître de l'ouvrage à la maîtrise d'œuvre des variations du coût ou des délais de réalisation</p> <p>Et/ou</p> <p>Introduction de clauses excluant/limitant la responsabilité du Maître d'œuvre vis-à-vis des questions relatives aux approvisionnements</p> <p>Marchés publics Courrier accompagnant l'offre invitant à assouplir les taux de tolérance sur le coût prévisionnel / coût de réalisation, et donc les éventuelles pénalités afférentes</p>
<p>APS</p>	<p>Faisabilité du projet, au regard des contraintes liées à l'approvisionnement, à l'aune du programme du Maître d'Ouvrage (exemple construction bois)</p> <p>Marchés privés Non-respect de l'engagement du respect du coût d'objectif / délais du Maître d'Ouvrage / objectifs de performances</p> <p>Marchés publics Non-respect du seuil de tolérance « conception » en raison de l'augmentation du coût des travaux en phase de conception</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics Formaliser une information au Maître d'Ouvrage</p> <p>Recherche / <u>anticipation</u> / proposition / chiffrage de variantes / modes constructifs <u>alternatifs</u>, dans le respect du programme, et en <u>concertation</u> avec le Maître d'ouvrage</p> <p>À prévoir : honoraires liés à la reprise des études</p>
<p>APD</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics Vigilance sur rédaction du PC</p> <p>Marchés privés Non-respect de l'engagement du respect du délai / coût d'objectif du Maître d'ouvrage / objectifs de performances</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics Information souhaitable du Maître d'ouvrage sur les risques de devoir formaliser un PCM en cas de modification du projet (conformité) / prévoir honoraires en cas de PCM rendu nécessaire pour mise en conformité</p> <p>Marchés privés Quand bien même le Maître d'ouvrage est un professionnel de l'immobilier au fait de ces situations, une information au Maître d'ouvrage est souhaitable</p> <ul style="list-style-type: none"> - Recherche / <u>anticipation</u> / proposition / chiffrage de variantes / modes constructifs <u>alternatifs</u>, dans le respect du programme, et en <u>concertation</u> avec le Maître d'ouvrage - À prévoir : honoraires liés à la reprise des études

	<p>Vigilance sur la rédaction des notices VEFA (y compris des notices sommaires au stade du CPR)</p> <p>Marchés publics Non-respect du seuil de tolérance « conception » en raison de l'augmentation du coût des travaux en phase de conception / objectifs de performances</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Souligner au Maître d'ouvrage les enjeux propres au risque de non-conformité des notices acquéreurs <p>Marchés publics Introduction, dans l'<u>avenant</u> contractualisant le coût prévisionnel des travaux, d'une clause d'assouplissement du taux de tolérance vis-à-vis du coût des matériaux via les indices de prix de la construction, ou introduisant une logique d'imputabilité au Maître d'œuvre ou <u>excluant/limitant la responsabilité du Maître d'œuvre</u> vis-à-vis des questions relatives aux approvisionnements</p>
<p>PRO / DCE</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics Non-respect du délai / coût prévisionnel des travaux / objectifs de performance</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics</p> <ul style="list-style-type: none"> - Formaliser une information au Maître d'ouvrage - Recherche / anticipation / proposition / chiffrage de modes constructifs alternatifs, dans le respect du programme -> PRO ou DCE « bis » - Introduction de la possibilité de recourir aux variantes dans le Règlement de Consultation -> adaptation des pièces écrites (CCAP, CCTP TCE, CCTP particuliers, etc.) et graphiques - Sujet : honoraires liés à la reprise des études (PRO ou DCE « bis ») - Signaler au Maître d'ouvrage l'intérêt de clauses coercitives (pénalités) applicables aux entreprises en cas de retard lié aux difficultés d'approvisionnement - Souligner auprès du Maître d'ouvrage l'intérêt de responsabiliser les entreprises sur la nécessité de tenir compte des contraintes liées aux pénuries de matériaux / possiblement adapter en conséquence les acomptes de paiement des entreprises
<p>ACT</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics</p> <ul style="list-style-type: none"> - Non-respect du coût prévisionnel des travaux -> marché(s) infructueux 	<p>Marchés privés et Marchés publics</p> <ul style="list-style-type: none"> - Formaliser une information au Maître d'ouvrage - Négociations avec les entreprises sur des variantes, même si non prévues initialement

	<ul style="list-style-type: none"> - Délai : décalage du démarrage des travaux, ou allongement de la durée des travaux du fait de certains lots « critiques » 	<ul style="list-style-type: none"> - Le Maître d'ouvrage devra veiller à la bonne couverture des entreprises au regard des procédés techniques mis en œuvre et activités couvertes en tenant compte des variantes - Modifications éventuelles du projet (dans le respect du programme) - Réflexions sur reprise du planning prévisionnel en collaboration avec l'OPC et en concertation avec le Maître d'ouvrage, vis-à-vis des lots situés sur le <u>chemin critique</u> de l'opération
<p>Phases DET / OPC* (* le cas échéant)</p>	<p>Marchés privés et Marchés publics</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prise en compte des incidences d'indisponibilité de matériaux non imputables à l'entreprise au regard du chemin critique - Demander aux entreprises la communication du calendrier provisionnel des commandes et de justifier des commandes effectives et de la livraison des matériaux sur le chantier - Traitement des courriers de réclamation des entreprises 	<p>Marchés privés et Marchés publics</p> <ul style="list-style-type: none"> - En concertation avec les entreprises, participer à l'identification des tensions sur les approvisionnements critiques - Réflexions sur reprise du planning travaux en collaboration avec l'OPC et en concertation avec le Maître d'ouvrage - Veiller à la nécessaire anticipation sur les prototypes / les échantillons - Inviter les entreprises à intégrer le calendrier des commandes dans le calendrier TCE - Co-construction avec la maîtrise d'ouvrage et les entreprises d'une logique d'acomptes en vue de favoriser l'anticipation des commandes de fournitures - Le Maître d'ouvrage devra veiller à la bonne couverture des entreprises au regard des procédés techniques mis en œuvre et activités couvertes en tenant compte des variantes - Formaliser une information au Maître d'ouvrage sur risque de non-respect de la date de livraison / surcoûts - Accompagner le Maître d'ouvrage sur la réponse aux entreprises en signalant les enjeux d'une attitude trop ferme

		<ul style="list-style-type: none"> - Travaux supplémentaires : prise en compte de prix unitaires actualisés en fonction de la tension économique sur les matériaux / sensibiliser le Maître de l'ouvrage sur les risques induits par la substitution d'entreprise (la cotation du prix par l'entreprise substituée tiendra compte du surcoût des matériaux, ce qui rendra la solution coûteuse) afin de l'inviter à une appréciation pondérée de la situation - Marchés de substitution : prise en compte de la tension économique sur les matériaux
<p>AOR / GPA</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Réclamations des entreprises - Non-conformités aux CCTPs - Gestion de la GPA 	