

Le COVID-19 et l'équilibre économique des marchés et délégations de service public

20 avril 2020

Les Collectivités locales sont fortement impactées par la crise du Coronavirus et l'urgence est à l'organisation de la continuité des services essentiels à la population et à la protection des agents. Mais les premiers temps de la crise passés, un sujet va rapidement s'inviter sur l'agenda : l'incidence de la crise sur l'économie des contrats publics.

En effet, le confinement et les restrictions imposées à l'activité économique ont des conséquences particulièrement inédites dans leur ampleur et leur durée sur le fonctionnement des prestataires du service public. Une des premières actions du gouvernement a été d'assouplir certaines règles de la commande publique, au travers de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles des contrats soumis au code de la commande publique et autres à l'épidémie de COVID19. Des solutions ont été immédiatement proposées concernant la suspension des pénalités de retard, les délais de réception des candidatures, l'aménagement de la mise en concurrence, la poursuite des contrats arrivées à terme, les avances versées aux entreprises...

Mais ces souplesses juridiques bienvenues ne règlent évidemment en rien la question de fond de l'équilibre économique des contrats concernées. Nombre de contrats vont justement voir leur équilibre bouleversé.

Il y a d'abord le cas des marchés de travaux, de fournitures ou de services qui voient leur calendrier allongé. Au-delà de la suspension des pénalités de retard, des questions pragmatiques se posent : conditions d'approvisionnement des titulaires qui peuvent être modifiées par les pénuries mondiales, surcoût de production liés à l'allongement de la durée d'exécution ou aux mesures spécifiques pour assurer la mise en sécurité des personnels...

La situation peut se révéler encore plus critique lorsque les contrats sont porteurs de leurs propres financements (cas des concessions de travaux par exemple ou de certains marchés de partenariat). Quelle incidence à la crise sur les frais intercalaires ? Que coûteront les commissions de non-utilisation de la dette senior ? Certains financements bancaires risquent-ils de disparaître ? De même, certaines subventions par exemple européennes ne risquent-elles pas de se périmer ce qui induirait une remise en cause des projets ?

D'une manière générale, l'invocation de la force majeure est à réinterroger dans le contexte de chacun des contrats. L'administration, au travers de la fiche de la DAJ relative à l'ordonnance du 25 mars a d'ailleurs rappelé qu'elle devait être qualifiée au cas par cas. Or, certains contrats comportent des stipulations spécifiques, comme par exemple un plafonnement des conséquences de la force majeure prise en charge par l'une ou l'autre des parties.

Au-delà, les contrats comportant un risque commercial, et notamment les délégations de service public, sont particulièrement susceptibles d'être impactés: les services de transport sont tout à fait réduits et vont entraîner un manque important de recette et une minoration partielle des charges, les services de restauration collective ne servent plus de repas aux écoles, les objectifs de tonnage dans les contrats de déchets ne seront pas atteints, la fréquentation des équipements culturels et sportifs opérés en délégation de service public est à zéro.... Les conséquences vont être massives sur les contrats TER des Régions. Les OSP aériennes risquent de ne pas se remettre de la crise.

Au total, les Collectivités peuvent s'attendre à des discussions pointues et pourtant parfois très urgentes qu'elles doivent d'ores-et-déjà préparer. Il faudra trouver le juste équilibre entre la prise en compte de la force majeure ou de l'imprévision, la survie des opérateurs et l'emploi justifié des fonds publics en face de services qui n'auront pas toujours été rendus ou pas de la manière envisagée initialement.

Au cours de ces discussions, il faudra en particulier vérifier et mesurer les conséquences directes et indirectes de la crise sur l'activité et les recettes et les charges du contrat et les principes contractuels spécifiques au contrat pour la gestion de ces risques. Il faudra également s'assurer, par exemple au travers d'un audit préalable, d'une bonne connaissance de l'équilibre économique du contrat pour pouvoir connaître la marge d'absorption du cocontractant. Cet audit permettra d'ailleurs de discuter sérieusement du profil du compte d'exploitation prévisionnel modifié par la crise et la reprise progressive des activités. Et sur cette base, il sera possible d'avancer en conscience dans l'ajustement des contrats, avec comme finalité la poursuite ou la reprise de l'activité au mieux de l'intérêt général. Quand le contrat est porté par une SEM, des problématiques particulières pourront également apparaître du point de vue de l'actionnaire public, comme par exemple des apports en compte-courant spécifiques ou des recapitalisations quand les pertes auront été trop importantes.

La crise du COVID-19 implique donc également un travail approfondi sur les interfaces public – privé des Collectivités, qui rajoute à un agenda bien chargé. L'occasion peut-être de traiter également un certain nombre de sujets contractuels non liés au sujet du COVID-19, et d'améliorer le degré de maîtrise de ses principaux contrats.

Robert PICARD, Directeur général CALIA Conseil
Contact : rpicard@caliaconseil.fr / 06 60 89 64 78

