



L'envolée des prix de l'énergie fait-elle voler en éclat les principes de la commande publique ?

 21/09/2022  *Mathieu Laugier*

La fermeture des piscines à cause de l'envolée des prix de l'énergie ne serait que les prémises d'un mouvement qui pourrait s'étendre à d'autres services publics. Les pouvoirs publics ne sont pas à l'abri de coups médiatiques similaires, notamment cet hiver s'agissant des patinoires et des remontées mécaniques. Alors que faire ? Maître Nicolas Charrel (Cabinet Charrel) tente d'entrevoir des solutions pour les acheteurs publics...



La stratégie de la société Vert Marine, de fermer unilatéralement des piscines desquelles elle était concessionnaire, face à la flambée des prix de l'énergie et des surcoûts qui en résultent peut créer un précédent, alerte Maître Nicolas Charrel (Cabinet Charrel). D'autres secteurs pourraient subir le même sort dans quelques semaines (patinoires, remontées mécaniques...)

L'inexécution supplante l'imprévision



L'action de Vert Marine est contraire au droit de la commande publique. C'est une faute contractuelle (relire : **Fermeture abrupte de piscines : la gestion déléguée boit-elle la tasse ?**). Le concessionnaire a l'obligation d'exécuter le contrat ; à défaut, il s'expose à des sanctions (pénalités, mise en régie provisoire, au frais et risque). Sauf en cas de force majeure.

Si un concessionnaire considère qu'il existe un bouleversement de l'économie générale du contrat, il est tenu de faire une demande d'indemnité auprès de l'autorité concédante sur le fondement de l'imprévision ”

Si il considère qu'il existe un bouleversement de l'économie générale du contrat, il est tenu de faire une demande d'indemnité auprès de l'autorité concédante sur le fondement de l'imprévision, sans mettre l'autorité concédante et usagers devant le fait accompli, précise M^e Nicolas Charrel (consulter notre dossier "**Force majeure / Imprévision**"). Si cet événement est caractérisé, et qu'il est imprévisible et extérieur aux parties, le concédant doit alors donner une suite favorable à la demande indemnitaire s'il souhaite permettre la poursuite de l'exécution du service. S'engage alors une transaction à caractère temporaire sur les charges extracontractuelles (consulter notre dossier "**Transaction**").

Mais il n'est pas aisé de déterminer le moment à partir duquel la difficulté rencontrée remet en cause le contrat. D'autant que le bouleversement de l'économie générale s'apprécie sur la durée de l'acte contractuel, rappelle M^e Nicolas Charrel. Si le phénomène est temporaire, c'est au délégataire d'absorber le choc, puisque dans une concession il assume le risque d'exploitation.

Le rapport de force engagé par Vert Marine a le mérite d'avoir attiré l'attention des pouvoirs publics sur ses réclamations. Et pourrait ainsi inspiré d'autres sociétés.

Selon M^e Nicolas Charrel, l'absence d'aide, à l'égard des cocontractants, peut conduire ceux qui sont déjà en difficulté financière à déposer le bilan ; avec ses conséquences en matière sociale. De l'autre côté, les collectivités publiques ayant des budgets serrés, et elles-même affectées dans leurs activités par cette augmentation des tarifs, ne pourront prendre à leur charge l'entièreté des surcoûts au risque de devoir augmenter les recettes fiscales. Elles peuvent être amenées (ou le sont déjà) à faire un choix cornélien, procéder à des arbitrages douloureux. Peut-être à sacrifier des services publics de loisirs en terme de qualité de service, voire d'envisager des fermetures

temporaires pures et simples.

Repenser l'évolution du contrat

Cette crise de l'énergie remet-elle en cause le modèle concessif ? Les personnes publiques devraient-elles privilégier le marché public ? (relire "**Délégataires préservés et services publics dégradés : la gestion des DSP en crise**"). M^e Nicolas Charrel concède que l'exploitation aux risques et périls du titulaire dans une concession peut relever davantage de la théorie. Dès que le concessionnaire est dans une situation délicate, il se tourne souvent vers l'autorité concédante, tenue de maintenir la continuité du service public, afin de demander un soutien financier.

A contrario, dans un marché public ou une régie intéressée, c'est le pouvoir adjudicateur qui supporte directement le risque.

“ Une collectivité publique qui accorde une indemnité au titulaire, dans une période difficile alors que l'imprévision n'est pas caractérisée, est un choix qui peut faire l'objet d'une contestation par un tiers ”

Selon l'avocat, les blocages ou les crispations existantes ne relèvent pas en soi des modèles contractuels. Ils se produisent dès lors que le contrat doit être modifié après que les données, sur lesquels les parties se sont engagées, ont évolué. Une collectivité publique qui accorde une indemnité à son titulaire, dans une période difficile alors que l'imprévision n'est pas caractérisée, est un choix qui peut faire l'objet d'une contestation par un tiers y compris de la part des préfets dans le cadre de contrôle de légalité.

S'agissant des avenants, l'appréciation de l'évaluation du bouleversement de l'équilibre économique à travers un pourcentage au regard du montant initial du contrat, est une approche à revoir, d'après Nicolas Charrel (relire "**Avenant de faible montant : où s'arrête la présomption de modification non substantielle ?**"). Il invite les juges à avoir une position plus souple, plus pragmatique et économique. Il est parfois préférable financièrement pour une collectivité de soutenir son cocontractant en temps de crise, que de relancer une procédure de passation, puisque les candidats vont avoir tendance à réévaluer fortement les offres pour couvrir le risque ayant conduit à la résiliation du contrat précédent.

L'avocat préconise de tenir compte de la variation du prix par rapport au taux de marge

net bénéficiaire avant impôt du cocontractant : « *Une entreprise qui fait 30% de marge net bénéficiaire avant impôt peut supporter ces augmentations d'énergie, contrairement à celle qui est à 3%* ». Autrement dit, les opérateurs qui peuvent encaisser ces variations de coûts sont ceux qui réussissent à avoir une valeur ajoutée importante.

Enfin, les pouvoirs adjudicateurs devraient s'intéresser au taux de marge net bénéficiaire de l'entreprise également au moment de sélectionner leurs cocontractants. Une donnée utile pour apprécier la capacité de celle-ci à faire face à des surcoûts lors de l'exécution. Examiner la capacité financière d'un candidat seulement à travers le chiffre d'affaire est une démarche très insuffisante, insiste l'avocat (relire "**Le DC2 insuffisant dans l'évaluation des capacités financières des candidats**").

Mais il reconnaît aussi qu'il sera difficile d'écarter une candidature sur ce motif, au regard du sacro-saint principe de la liberté d'accès à la commande publique...

à propos de l'auteur



Mathieu Laugier