



La rédaction des clauses relatives à la fin normale des conventions de délégation de service public

Si les parties à une convention sont particulièrement vigilantes dans la rédaction des clauses relatives à la fin anticipée des conventions de délégation de service public, elles ne le sont pas toujours autant sur les conditions de leur fin normale. Or, la fin normale d'une convention de délégation de service public peut être source de difficultés, notamment lorsque le titulaire de la convention n'a pas été retenu pour son renouvellement. Il convient donc de prévenir ces difficultés dès la rédaction de la convention initiale.

La fin normale d'une convention de délégation de service public (DSP) peut poser quatre séries de problématiques : les parties ont-elles défini avec suffisamment de précision la date d'échéance de la convention ? Lors de la procédure de renouvellement de la convention, l'autorité délégante aura-t-elle les moyens d'imposer au titulaire de la convention la transmission des informations permettant d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats ? La continuité du service public sera-t-elle assurée ? Et les comptes entre les parties pourront-ils être faits ? Autant de difficultés potentielles qu'il convient d'anticiper dès la rédaction de la convention initiale.

La fin normale de la convention doit être déterminée

En application de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée, ce qui impose que leur point de départ soit déterminé.

Ainsi, le point de départ de la durée de la convention ne peut pas correspondre à la date de mise en exploitation effective de l'ouvrage faisant l'objet de la convention dès lors que la convention de délégation de service public ne comportait aucune précision quant au délai dans lequel la date de mise en exploitation définitive devait intervenir⁽¹⁾.

Par ailleurs, lorsqu'une convention est soumise à l'approbation préalable d'une autorité, l'article relatif à la durée de la convention ne doit pas prévoir une entrée en vigueur antérieure à l'accomplissement de cette formalité⁽²⁾.

(1) CAA Bordeaux 15 novembre 1999, Savary et Tesseire, req. n° 97BX02131.

(2) CE 9 février 1994, Ministre de l'Équipement, req. n° 134384, pour une convention soumise à l'approbation préalable des ministres concernés ; CE 4 février 1991, Ville de Caen, req. n° 71956, pour une convention soumise au contrôle de légalité.

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé – Cabinet Seban et Associés

Marion Terraux

Avocat à la Cour – Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Biens de reprise • Biens de retour • Date d'entrée en vigueur
• Marques • Provisions • Reprise du personnel

On recommandera donc *a minima* dans le contrat de :

- s'assurer que la date d'entrée en vigueur de la convention est déterminée avec suffisamment de précision ;
- s'assurer que la convention n'entrera pas en vigueur avant l'exécution de l'ensemble des formalités préalable (pour les collectivités locales, contrôle de la légalité, notamment).

La convention doit comporter les outils permettant d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats lors du renouvellement de la DSP

Le candidat sortant souhaite, le plus souvent, présenter sa candidature lors du renouvellement de la convention de délégation de service public. Or, bien entendu, l'expérience qu'il a tirée de l'exécution de la précédente convention peut lui conférer un avantage sur les autres candidats.

Pour autant, en application du principe de liberté d'accès à la commande publique, l'autorité délégitante ne pourrait pas rejeter sa candidature au seul motif qu'il est le candidat sortant. Mais elle doit également assurer aux candidats une égalité quant à l'information dont ils disposent. À défaut, la procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à la signature de la convention ou la convention elle-même pourront être annulées.

Or, le titulaire du contrat pourrait se montrer peu enclin à fournir ces informations, soit en raison de leur caractère secret (respect des informations personnelles de ses salariés, secret en matière industrielle et commerciale...), soit, plus prosaïquement, pour conserver un avantage sur ses concurrents potentiels.

C'est la raison pour laquelle l'autorité délégitante a tout intérêt à déterminer, dans la convention elle-même, les informations qui devront alors être communiquées autant que les modalités de cette communication.

L'information portant sur le personnel à reprendre

En application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Et le juge judiciaire applique de façon constante cette disposition aux délégations de service public lorsque la conclusion de la nouvelle délégation s'accompagne

du transfert d'une entité économique autonome^[3]. Par ailleurs, certaines conventions collectives comportent des clauses imposant une reprise du personnel sans avoir à rechercher s'il y a effectivement un transfert d'une entité économique autonome^[4].

Or, le transfert de personnel présente évidemment un coût que les candidats doivent prendre en compte pour assurer la constitution de leur offre, au point d'ailleurs que le juge qualifie cette donnée « d'élément essentiel de la convention ».

Et il appartient à l'autorité délégitante de s'assurer que les candidats disposent tous des informations relatives au transfert du personnel. À défaut, un candidat évincé pourra contester la procédure ou le contrat^[5].

Cependant, parallèlement, l'autorité délégitante doit également respecter le droit à la vie privée des salariés tel que consacré par l'article 9 du Code civil.

Se pose alors la question de l'étendue des informations devant être communiquées. Le tribunal administratif de Paris avait exigé que soient communiqués le nombre de salariés à reprendre (mais pas leur équivalent temps plein), la nature des contrats à reprendre, les avantages dont disposent les personnels, leur expérience, leur ancienneté et leur qualification^[6].

La Commission d'accès aux documents administratifs considère, quant à elle, que sont seuls communicables le nombre d'agents et la masse salariale, à l'exclusion de toute mention nominative ou plus détaillée^[7]. Et dans ce sens, il n'y a que la masse salariale que le Conseil d'État qualifie d'élément essentiel^[8] devant être communiqué aux candidats.

En pratique, en application de l'article R. 1411-7-h du CGCT, le délégataire doit mentionner, dans son rapport, les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la délégation de service public et nécessaires à la continuité du service public.

[3] Par exemple, Cass. soc. 25 octobre 2011, n° 10-19.772.

[4] Ainsi, par exemple, la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 modifiée par accord du 18 avril 2002, complétée par l'accord spécifique aux transports publics interurbains du 7 juillet 2009 ou la Convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011.

[5] CE 13 mars 1998, Société Galiero, req. n° 165238, pour un marché public, et pour une hypothèse dans laquelle le titulaire sortant d'un marché public est considéré comme lésé par le fait que les informations transmises aux autres candidats sont erronées ; CE 11 avril 2012, CCI de Bastia et de la Haute-Corse, req. n° 355183 ; N. Lafay, « Reprise du personnel : le titulaire sortant peut être lésé par l'absence d'informations communiquées à ses concurrents », *CP-ACCP*, n° 122, juin 2012, p. 80.

[6] TA Paris ord., 29 juin 2009, Société Perfect nettoyage, req. n° 0909822.

[7] CADA Conseil, 11 janvier 2007, n° 20064843.

[8] CE 19 janvier 2011, Société TEP, req. n° 340773.



Dans le contrat, il conviendra donc de s'assurer que le rapport annuel du délégataire définit avec suffisamment de précisions les obligations en matière de transfert de personnel afin que l'autorité délégante puisse transmettre une information appropriée aux autres candidats.

L'information portant sur la liste des biens de retour et des biens de reprise

Pour établir leur offre, les candidats doivent pouvoir connaître la liste des biens qui seront susceptibles d'être intégrés dans le périmètre de la convention de délégation de service public à venir.

À nouveau, le CGCT prévoit que le rapport annuel du délégataire doit comprendre un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué^[9].

L'autorité délégante précisera utilement dans la convention les informations devant être mentionnées dans cet inventaire telles que la date d'acquisition du bien, sa valeur comptable ainsi que l'état des amortissements réalisés par le délégataire^[10].

On recommandera donc *a minima* de s'assurer que la clause relative au contenu du rapport du délégataire comporte :

- des informations précises permettant d'établir la masse salariale en fin de convention ;
- des informations précises relatives à l'inventaire des biens de retour et des biens de reprise.

La convention doit permettre d'assurer la continuité du service public en fin de convention

Prévoir les conditions de transfert des marques, logiciels et fichiers utilisés

Si le titulaire de la convention de délégation de service public dote l'équipement concerné d'un logo et d'un nom et qu'il procède au dépôt de la marque y afférant, il sera considéré comme seul propriétaire de cette marque. Et ni l'autorité délégante, ni le délégataire suivant ne pourront utiliser cette marque. Sauf à introduire une action en justice, l'autorité délégante sera contrainte soit de

déposer une nouvelle marque, soit d'obtenir que l'ancien délégataire lui cède la marque concernée^[11].

Pour éviter cette difficulté, il convient de prévoir dans le contrat les conditions de propriété de la marque, objet de la délégation de service public.

De la même façon, la convention devra prévoir la personne propriétaire du logiciel ou du service d'information nécessaire à l'exploitation du service public et les conditions de transfert des informations relatives à l'exploitation du service public (données relatives au personnel, à la maintenance, ou à la clientèle par exemple).

Prévoir les conditions de reprise des contrats conclus

Le titulaire d'une convention de délégation de service public peut être amené à conclure des contrats qui seraient utiles à la continuité du service public, tels que des contrats d'approvisionnement notamment.

Il sera utile de prévoir dans la convention les conditions dans lesquelles les conventions peuvent être conclues pour une durée supérieure à la durée de la convention et les conditions dans lesquelles le nouveau délégataire pourra être amené à reprendre ces engagements.

Prévoir les conditions de visite par le nouveau délégataire

Afin d'assurer la parfaite continuité du service public, il pourra être utilement prévu que le délégataire s'engage à donner accès aux infrastructures à l'autorité délégante ou à un tiers qu'elle aura désigné (le futur délégataire notamment) ainsi qu'à accueillir le futur délégataire pendant une période suffisante pour assurer le parfait transfert de la délégation.

On recommandera donc *a minima* de prévoir :

- les conditions de transfert des marques, logiciels et fichiers utilisés ;
- les conditions de reprise des contrats conclus ;
- les conditions de visite par le nouveau délégataire.

[9] CGCT, art. R. 1411-7-g.

[10] Pour une étude détaillée portant sur la rédaction des clauses relatives aux biens dans les délégations de services publics, F. Lehoux et M.-H. Pachen-Lefevre, *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 155, juin 2015, p. 66.

[11] O. Raymundie, C. Rouxelle, G. Teissonière, « Anicroches entre le droit des délégations de service public et le droit de la propriété intellectuelle : quelques exemples topiques en matière d'exploitation d'équipements culturels ou sportifs », *Compléments services publics*, juillet 2012.

La convention doit permettre aux parties de faire les comptes en fin de convention

La fin de la convention implique que les parties fassent le compte définitif de la convention de délégation de service public. Et dans ce cadre, un certain nombre d'éléments seront utilement précisés dans la convention.

Le sort des provisions constituées au titre des « gros entretiens renouvellement »

Le titulaire d'une convention de délégation de service public est tenu d'assurer le bon état de fonctionnement des ouvrages dont il a la charge. En pratique, les délégataires constituent des provisions pour pouvoir réaliser ces opérations. Se pose alors la question de savoir à qui reviennent les sommes qui n'auront pas été utilisées en fin de convention.

Les autorités délégantes considèrent que ces sommes doivent leur être restituées puisqu'elles proviennent des sommes perçues soit, sur les usagers du service public, soit d'une subvention versée pour ce motif. Les délégataires considèrent, quant à eux, que l'existence d'un solde positif démontre qu'ils ont pu exécuter les opérations de gros entretien renouvellement à moindre coût et qu'ils doivent donc conserver cette somme, comme « récompense » de leur bonne gestion.

Dans un arrêt du 23 décembre 2009, le Conseil d'État a jugé que si une convention prévoit la constitution d'un compte portant sur les opérations de gros entretien renouvellement et si aucune stipulation de la convention ne désigne le bénéficiaire de l'éventuel solde positif, cette somme doit être restituée à l'autorité délégante^[12].

Le tribunal administratif de Grenoble a précisé qu'en revanche, si aucune clause ne prévoit la constitution d'une telle provision, l'autorité délégante ne pourra pas, à la fin de la convention, demander la restitution des sommes qui n'auraient pas été utilisées^[13].

Dans ces conditions, il convient de préciser dans le contrat, que les provisions constituées pour les opérations de Gros Entretien Renouvellement doivent faire l'objet d'un compte particulier et ainsi que les conditions éventuelles de restitution des sommes dans l'hypothèse d'un solde positif. Il sera également opportun de prévoir l'hypothèse d'un solde négatif.

Les comptes relatifs à la valeur des biens

En principe, les biens de retour reviennent gratuitement au délégant à la fin de la convention. Toutefois, il peut

arriver que ces biens ne soient pas encore complètement amortis à la fin de la convention (soit que la durée de la convention ait été inférieure à la durée d'amortissement, soit que la réalisation de ces biens ait été mise à la charge du délégataire en cours d'exécution de la convention). Dans ce cas, il pourra être prévu dans la convention que le délégataire sera indemnisé à hauteur de la valeur nette comptable des biens de retour.

En ce qui concerne les biens de reprise, que l'autorité délégante peut décider de racheter en fin de contrat, il conviendra de prévoir les conditions de levée de l'option d'achat ainsi que les modalités de détermination du prix d'achat.

La question de la reprise des stocks mérite un développement particulier. En effet, un arrêt récent portant sur un marché de service apporte des informations intéressantes, y compris pour la fin des conventions de délégation de service public^[14].

Tout d'abord, le Conseil d'État paraît confirmer la cour administrative d'appel en ce qu'elle a jugé que le stock des pièces de rechange ne peut être regardé, à la date à laquelle le contrat a pris fin, comme nécessaire au fonctionnement de l'ouvrage concerné. Il peut en être déduit que, dans le silence d'une convention de délégation de service public, les stocks ne constituent pas des biens faisant retour gratuitement à l'autorité délégante.

Si cette dernière souhaite que ces stocks lui soient transférés, elle devra en payer le prix au délégataire.

En ce qui concerne la détermination du coût de ces pièces de rechange, le Conseil d'État confirme également l'arrêt de la cour administrative d'appel en considérant que le titulaire du contrat n'a droit à être indemnisé du coût du stock des pièces de rechange que pour la partie qui n'a pas été financée par les redevances.

On recommandera donc *a minima* de s'assurer que :

- les provisions constituées pour les opérations de Gros Entretien Renouvellement font l'objet d'une ligne comptable particulière ;
- les conditions de restitution des sommes dans l'hypothèse d'un solde positif sont clairement convenues entre les parties ;
- les conditions de prise en charge dans l'hypothèse d'un solde négatif sont également clairement convenues entre les parties ;
- les conditions d'acquisition des biens de reprise (modalité de la levée d'option et conditions de détermination du prix) sont déterminées ;
- les modalités de versement de la valeur non amortie des biens de retour sont fixées ;
- les conditions, notamment financières, de reprise des stocks sont précisées.

[12] CE 23 décembre 2009, Société des pompes funèbres OGF, req. n° 305478.

[13] TA Grenoble, 24 janvier 2012, Société Lyonnaise des eaux, req. n° 0802257, Grégoire Calley, « À propos des provisions pour travaux non dépensées par le délégataire », *Contrats et marchés publics*, mai 2012, comm. 158.

[14] CE, 19 juin 2015, SMITRED ouest d'Armor, req. n° 376216.