



**MARIE-HÉLÈNE
PACHÉN-LEFÈVRE,**
avocate associée,
cabinet Seban et associés



MARION TERRAUX,
avocate, cabinet Seban
et associés

Conciliation

Le renouvellement d'une concession implique de concilier les objectifs de continuité du service public et d'adaptabilité, mais aussi d'égalité de traitement entre les candidats.

Anticipation

La personne publique devra anticiper ce renouvellement afin de connaître l'état de son service public, d'appréhender les évolutions nécessaires et de sélectionner le nouveau titulaire.

Contrôle

Au moment de ce renouvellement, la personne publique devra disposer des outils de contrôle lui permettant de confirmer que la continuité du service public sera assurée.

à la concession, que ce soit en termes de modes de gestion (régie, concession, marché de service, par exemple), d'évolution des besoins des usagers, voire d'évolution de la technologie employée.

ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES CANDIDATS AU RENOUVELLEMENT DE LA CONCESSION

Un autre objectif sera nécessairement de garantir l'égalité de traitement entre les candidats à la procédure qu'elle va organiser pour le renouvellement de la concession. La personne publique devra veiller particulièrement à ne pas favoriser le titulaire sortant alors même que, par définition, ce dernier aura un accès privilégié aux informations.

Ainsi, il est nécessaire que tous les candidats soient « mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante » (1). En particulier, la personne publique devra s'interroger sur les documents et les informations nécessaires à l'établissement des offres afin de les demander au candidat sortant, de les transmettre à tous les candidats et ainsi, assurer l'égalité entre les candidats (2).

Les trois objectifs susvisés ne sont pas toujours facilement conciliables et peuvent même parfois se trouver en contradiction. Ainsi, des modifications importantes apportées aux conditions d'exploitation d'un service public risquent, si elles sont mal préparées, d'entraîner des difficultés pour assurer la continuité du service public.

De même, si la personne publique ne s'est pas suffisamment assurée de la qualité des informations dont disposent tous les candidats, elle prendra le risque d'un recours contentieux pouvant mettre aussi en cause la continuité du service public. Ou elle risquera de ne pas mettre les candidats en mesure de proposer les adaptations nécessaires au service public.

TROIS ÉTAPES

Le maître mot pour réussir le renouvellement d'une concession est celui de l'anticipation. Ainsi, la personne devra se donner le temps de prévoir les conditions du renouvellement et désigner le titulaire de

Service public Comment mener à bien le renouvellement d'un contrat de concession

La période du renouvellement d'un contrat de concession s'avère très délicate et pleine de contradictions pour la personne publique (citons, par exemple, les conditions de renouvellement du service public « Vélib' » à Paris).

Les usagers seront particulièrement exigeants à son égard. Ils demanderont à la fois que le service public progresse sans que cela ne leur génère de désagréments. La personne publique devra, de son côté, veiller à sécuriser la procédure d'attribution, un objectif rendu complexe lorsque le titulaire sortant est candidat à la procédure.

Or la personne publique ne sera pas directement à la manœuvre au moment même du renouvellement, c'est-à-dire du renouvellement précis de la succession des concessionnaires. Il appartiendra, en effet, aux titulaires des deux concessions de mettre en œuvre ce renouvellement, la personne publique n'exerçant alors plus qu'un pouvoir de contrôle.

TROIS ENJEUX

CONTINUITÉ DU SERVICE PUBLIC

Le premier enjeu auquel la personne publique sera confrontée consistera dans la nécessité d'assurer la continuité du service public entre le délégataire initial et le futur gestionnaire du service public: autrement dit, garantir l'absence d'interruption du service public pour les usagers.

ADAPTABILITÉ DU SERVICE PUBLIC

La personne publique devra également rechercher les adaptations du service public qui lui sembleront requises à l'occasion de ce renouvellement; l'occasion, pour la personne publique, d'appréhender les lacunes de la précédente concession. L'approche du renouvellement doit être le moment de critiquer, au sens objectif du terme, la précédente convention et d'en dresser le bilan. Le renouvellement de la concession devra, enfin, être le moment de déterminer les évolutions nécessaires

la nouvelle convention, plusieurs semaines, voire plusieurs mois, avant l'échéance de la convention devant être renouvelée.

ANTICIPER LES CONDITIONS DU RENOUELEMENT

Avant toute chose, la personne publique devra s'assurer qu'elle possède une parfaite connaissance de l'état des ouvrages faisant l'objet de la concession et des conditions d'exploitation du service public. Pour cela, elle ne partira pas de rien. En effet, tout au long de la concession qui arrive à échéance, elle a obtenu de nombreux documents lui permettant d'appréhender l'état des ouvrages et du service public.

Rapports d'activités

En particulier, les rapports d'activités qui lui auront été adressés annuellement par le délégataire constituent de véritables mines d'informations. A ce titre, en application de l'article R.1411-7 du code général des collectivités territoriales (CGCT), pour les contrats de concessions conclus avant l'entrée en vigueur du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, et de l'article 33 du décret précité pour les contrats conclus postérieurement audit décret, ces rapports comporteront, notamment, le compte annuel des résultats d'exploitation, un état des dépenses de renouvellement, une analyse de la qualité des services demandés au concessionnaire ou les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leurs évolutions, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Comptes rendus des comités de suivis

La personne publique pourra également se fonder sur les comptes rendus des différents comités de suivi de la concession, lorsqu'ils existent, sur les délibérations ainsi que sur tous les documents et les courriers qui auront été échangés.

Demandes d'informations

Au-delà des documents et informations dont elle dispose ab initio, la personne publique pourra également demander

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
- Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.
- Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. R.1411-7.
- Code de travail (C. trav.), art. L.1224-1.

au titulaire sortant tous les documents et informations utiles au renouvellement.

Pour obtenir ces documents, la personne publique pourra bien souvent utiliser les outils contractuels qui auront été prévus au titre du renouvellement. En effet, le délégataire s'engage souvent contractuellement à prendre toutes les mesures utiles pour garantir la continuité du service public à la fin de la délégation de service public. Parfois,

la convention de délégation de service public prévoit également la liste minimale des documents devant être communiqués.

Si la convention de délégation de service public ne prévoit pas de dispositions en ce sens, la personne publique pourra malgré tout les obtenir: la jurisprudence administrative reconnaît de longue date un pouvoir de contrôle de l'administration

sur son cocontractant (3). En particulier, la personne publique devra se voir transmettre tous les éléments relatifs aux différents contrats en cours (contrats avec les usagers, contrats utiles au fonctionnement du service public, conventions d'occupation du domaine public) ainsi qu'aux éventuelles autorisations (autorisations d'occupation du domaine public, servitudes de passage...).

Coût de reprise du personnel

La personne publique devra se montrer particulièrement vigilante au coût de reprise du personnel.

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. Le juge judiciaire applique de façon constante cette disposition dans les cas de transfert de convention de délégation de service public (4). Il n'est donc pas étonnant que le Conseil d'Etat considère que les informations relatives à la masse salariale du délégataire représentent des éléments essentiels pour la constitution des offres et que ces informations doivent être transmises à tous les candidats (5).

En principe, ces informations sont mentionnées dans le rapport annuel du délégataire. Si elles ne le sont pas, la personne publique devra absolument en obtenir communication.

Bilan financier de fin de concession

La personne publique devra obtenir tous les documents nécessaires pour dresser un bilan financier de fin de concession. Il s'agira notamment de pouvoir déterminer le coût des éventuels biens de reprise, le sort des provisions pour gros entretien, le renouvellement ou les conditions de reprise des logos, marques et autres systèmes d'information.

En particulier, la personne publique devra disposer d'un inventaire précis des biens de retour ainsi que d'une évaluation de leur valeur nette comptable, le cas échéant. En principe, les biens de retour sont restitués gratuitement à la personne publique. Il n'en ira différemment que si ces biens n'ont pas été amortis à la fin de la convention, sous réserve que la concession ait acté de cette indemnisation.

Dans le cas d'une convention arrivant à son échéance normale, on pensera notamment aux investissements réalisés au terme d'un avenant à la convention de délégation de service public ou au cours des dernières années d'exécution d'une concession. Et il conviendra alors de déterminer la valeur nette comptable des biens de retour qui n'auront pas totalement été amortis. Forte des éléments dont elle disposera, la personne publique pourra procéder à un audit de la concession.

Etude prospective

Parallèlement à ce travail, la personne publique pourra utilement procéder ☺○○●



Le maître mot pour réussir le renouvellement d'une concession est l'anticipation: anticiper les conditions du renouvellement et désigner le nouveau titulaire avant l'échéance de la nouvelle convention.

●○➤ à une étude prospective afin d'apprécier les évolutions qui pourront être apportées au service public et aux conditions de son exploitation. Contrairement aux dispositions applicables aux marchés publics, aucune des dispositions relatives aux concessions ne prévoit que la personne publique puisse rencontrer les acteurs en amont du marché. Cependant, ce silence des textes ne signifie pas que ce procédé est proscrit. Mais la personne publique devra être particulièrement vigilante à assurer le respect de l'égalité de traitement entre les candidats. En particulier, comme cela est précisé à l'article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, elle devra s'assurer que les conditions de réalisation des études prospectives et leur utilisation n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

PRÉVOIR LES MODALITÉS DU RENOUELEMENT DURANT LA PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE

Au vu de la connaissance qu'elle aura acquise de l'état du service public et de ses besoins, la personne publique pourra avoir intérêt à enjoindre son concessionnaire à réaliser un certain nombre de travaux ou de prestations avant la fin du contrat.

Elle aura également intérêt à conclure avec lui un avenant ou un protocole de fin de contrat pour définir les conditions du renouvellement. Et il est vrai que ce dernier sera plus enclin à accepter la conclusion d'un tel avenant avant la mise en œuvre de la procédure de publicité et de mise en concurrence qu'après, surtout s'il n'est pas le candidat retenu. On rappellera que de telles modifications ou un tel avenant devront être conclus dans le cadre prévu aux articles 36 et 37 de l'ordonnance «concession».

Par ailleurs, en connaissant parfaitement ses besoins, la personne publique pourra plus aisément rédiger le cahier des charges du contrat à conclure.

Elle pourra également déterminer le montage contractuel le plus approprié. A ce titre, elle devra établir si le prochain cocontractant se verra transférer un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service,

en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix, conformément aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Si la réponse est négative, la personne publique devra conclure un marché public; si elle est positive, c'est une concession qu'elle conclura.

Pendant la phase d'attribution du contrat, la personne publique veillera à ce que les deux principes de continuité et d'adaptabilité du service public précités soient bien mis en adéquation. En particulier, la personne publique pourra prévoir des visites sur le site du service public objet de la convention. Et elle communiquera tous les documents nécessaires à la formalisation des offres par tous les candidats.

Par ailleurs, la personne publique pourra s'assurer que les candidats en lice proposent un processus de transfert de l'exploitation des ouvrages et du service permettant d'assurer la parfaite continuité du service public. Et si le candidat propose des innovations au service public, la personne publique devra s'assurer que ces dernières seront compatibles avec l'exploitation du service public soit parce que le candidat est en mesure de mettre en œuvre ces innovations parallèlement à l'exploitation du service public, soit parce qu'il est possible d'interrompre temporairement le service public pour permettre l'innovation.

Mais, et ce sera là toute la difficulté de l'exercice, les conditions permettant d'assurer la continuité du service public ne devront pas prendre une importance telle qu'elles donneraient un avantage concurrentiel au titulaire sortant. En particulier, si cette question peut faire partie des éléments d'appréciation de l'offre, la personne publique a tout intérêt à en limiter la portée et à s'assurer qu'elle peut procéder à une analyse objective sans avantager le candidat sortant.

CONTRÔLE

Cette phase constituera, bien entendu, le cœur du renouvellement. Ce sera para-

doxalement également celle durant laquelle la personne publique aura le moins de poids, les deux concessionnaires en constituant, au contraire, les acteurs principaux.

Il est donc indispensable que la personne publique assure un contrôle strict de ses concessionnaires durant cette phase et qu'elle fasse usage de son pouvoir de sanction si celle-ci venait à ne pas se dérouler comme cela est contractuellement prévu. En pratique, cette phase sera tout d'abord

celle de la coexistence des deux conventions et des deux titulaires. Il conviendra donc de prévoir des réunions entre les deux titulaires. Par ailleurs, il pourra être utile de s'assurer que le titulaire du nouveau contrat puisse venir observer in situ les conditions d'exploitation du service public.

Les dernières semaines de la convention qui s'achève seront consacrées à la réalisation des opérations matérielles de transfert: transfert des contrats et du personnel et rédaction de procès-verbaux de transfert des ouvrages.

Enfin, la première convention cessera de produire ses effets et c'est le titulaire de la seconde concession qui prendra en charge l'exploitation du service. Mais l'achèvement de cette phase délicate constituera le début d'une autre phase, tout aussi cruciale à contrôler: celle des premiers mois d'exécution du nouveau contrat. En effet, c'est bien souvent durant cette phase que les bonnes – ou mauvaises – habitudes se prennent. On appellera donc la personne publique à une vigilance renforcée durant les premiers mois d'exploitation de cette nouvelle concession.■



Durant la phase d'attribution du contrat, la personne publique veillera à ce que les principes de continuité et d'adaptabilité du service public soient mis en adéquation.

(1) CE, 13 mars 1998, «Sté Transports Galiero», req. n°165238.

(2) Conclusions C. Bergeal sur CE, 21 juin 2000, «Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour», req. n°209319.

(3) CE, 11 mars 1910, «Compagnie générale française des tramways», req. n°16178.

(4) Cass. soc., 4 février 2016, n°14-26291.

(5) CE, 19 janvier 2011, «Sté TEP», req. n°340773.