

Fin des contrats d'exploitation d'équipements sportifs : quelles conséquences ?

Lorsqu'un contrat d'exploitation d'équipements sportifs arrive à son terme, l'autorité concédante doit dresser un bilan et profiter de l'occasion pour réfléchir au mode de gestion de l'équipement. Si cette tâche suppose de rassembler les informations nécessaires pour l'attribution d'un nouveau contrat, l'autorité concédante peut être confrontée au refus de l'exploitant de communiquer certaines informations.

L'échéance d'un contrat d'exploitation d'équipement sportif et son renouvellement, constituent des enjeux importants, tant pour l'autorité concédante que le concessionnaire⁽¹⁾, sur plusieurs niveaux essentiels, en particulier le personnel et les biens, ainsi que sur la continuité d'exploitation, ces équipements apportant en effet une réelle attractivité aux territoires.

Le présent article se focalisera sur les conséquences des fins des contrats de délégation de service public (DSP), qui relèvent du régime des contrats de concession (de travaux et/ou de service), avec des particularités prévues notamment par le Code général des collectivités territoriales⁽²⁾, dans la mesure où ces contrats présentent les singularités les plus notables concernant les conséquences de leur échéance.

Anticiper et préparer la fin d'un contrat d'exploitation

Le renouvellement d'un contrat d'exploitation d'un équipement sportif doit être l'occasion pour l'autorité concédante de dresser un bilan des années écoulées et de la bonne (ou moins bonne) réalisation des prestations par

Auteur

Jean-Marc Peyrical

Avocat associé / Maître de conférence

Pierre Cailloce

Avocat à la cour

Mots clés

Audit • Biens • Obligation d'information • Protocole d'accord
• Provisions de renouvellement • Sourcing

(1) Le vocable concessionnaire / délégataire, de même qu'autorité concédante / autorité délégante, sera utilisé de manière similaire dans le présent article pour désigner respectivement l'exploitant de l'équipement et l'autorité en charge du service public lié à l'équipement ou titulaire de la compétence en lien avec l'équipement.

(2) Bien entendu, les obligations des parties dans le cadre de la fin d'un contrat de DSP, dépendent de l'objet du contrat et en particulier s'il confie au délégataire la réalisation ou non de travaux et d'investissements (en cas de « simple » exploitation du service public et de l'équipement sportif).

le cocontractant, afin de pouvoir déterminer une stratégie pour le futur contrat.

Plusieurs éléments peuvent être à prendre en compte :

- la durée du contrat précédent ;
- son objet ;
- l'intervention ou non des PME et des artisans dans l'exécution du contrat ;
- l'âge et le niveau d'obsolescence de l'équipement (notamment s'il s'agissait du tout premier contrat d'exploitation d'un équipement neuf) ;
- la demande et les attentes de la population concernant les services ;
- l'évolution de la population dans la zone de chalandise (pyramide des âges ; mobilité ; niveau de revenus etc...) ;
- la concurrence dans la zone de chalandise d'équipements similaires (publics ou privés) ;
- la pertinence du mode de gestion auquel la collectivité a pu recourir par le passé et sur le dernier contrat (des échanges avec le délégataire pouvant être utiles à cette fin).

Il s'agira d'autant de facteurs qui pourront avoir une influence sur le contenu du cahier des charges que redigera l'autorité concédante.

Par exemple, en cas de renouvellement d'un précédent contrat qui concernait un équipement neuf et qui avait une durée courte (cinq ans, par exemple), l'autorité concédante peut envisager de confier des prestations et travaux de renouvellement au futur concessionnaire, ce qui permettra de justifier d'une durée supérieure⁽³⁾.

L'échéance d'un contrat peut également être l'occasion pour l'autorité concédante d'auditer l'exploitant actuel pour qu'il puisse l'informer des points positifs et négatifs qu'il a pu rencontrer pendant l'exécution de sa mission, de même que les préconisations qu'il pourrait formuler afin d'optimiser la gestion future de l'équipement.

En outre, l'autorité concédante a tout intérêt à lancer des opérations dites de « sourcing »⁽⁴⁾, auprès d'autres opérateurs économiques, afin également de recueillir leurs préconisations et recommandations.

Ces échanges permettront de bien rédiger le cahier des charges et de diminuer le risque d'infructuosité qui

peut exister, si les attentes de l'autorité concédante sont trop éloignées de ce qui est faisable économiquement et commercialement par les opérateurs économiques

Bien entendu, il ne s'agit pas, pour l'autorité concédante, de rechercher impérativement l'adhésion des opérateurs économiques au cahier des charges. Des impondérables peuvent être imposés, notamment pour correspondre à la vision politique et stratégique de l'équipement, ainsi que pour respecter les contraintes de service public.

Enfin, l'échéance d'un contrat d'exploitation peut (et doit) être l'occasion pour l'autorité concédante de réfléchir au mode de gestion de l'équipement.

Lorsqu'elle envisage de conclure une DSP, il est de toute manière obligatoire qu'un rapport sur le mode de gestion soit rédigé et présenté, tant à la commission consultative des services publics locaux qu'à l'assemblée délibérante⁽⁵⁾.

Ce dernier doit être l'occasion de tirer le bilan sur la bonne exécution du précédent contrat et de vérifier que le mode de gestion en concession le cas échéant, reste le plus intéressant.

On a notamment pu constater la création de société publique locale, chargée de la gestion de centre aquatique.

Si de nombreuses raisons peuvent pousser une collectivité territoriale à choisir un mode de gestion plutôt qu'un autre, la concession ne peut être envisagée que si un risque d'exploitation peut être confié au concessionnaire, c'est à dire si des recettes d'exploitation peuvent être retirées de manière suffisamment importante de l'ouvrage⁽⁶⁾.

Dans le cas contraire et notamment si l'équilibre économique du cocontractant ne peut être atteint que par le versement d'une contribution, par la collectivité concédante, d'un niveau assez élevé, un risque de requalification du contrat en marché public n'est pas négligeable,

(3) « La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire » [CCP, art. L. 3114-7]. « Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel » [CCP, art. R. 3114-1].

(4) Dans le respect du principe d'égalité de traitement et sans que des informations privilégiées ne soient communiquées à un ou plusieurs opérateurs économiques.

(5) CGCT, art. L. 1411-4 : « Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ».

(6) « Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré 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. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés » [CCP, art. L. 1121-1].

d'autant plus que ce moyen est régulièrement soulevé en matière de référé précontractuel⁽⁷⁾.

Rassembler les informations nécessaires pour l'attribution d'un nouveau contrat

Soucieux de préserver son savoir-faire et ses connaissances acquises sur un contrat d'exploitation (connaissance de la clientèle ; charges d'exploitation ; organisation du personnel etc...), le titulaire d'un contrat d'exploitation arrivant à échéance peut être naturellement incité à ne pas communiquer certaines informations, qui sont spontanément réclamées par le pouvoir adjudicateur lorsqu'il prépare la procédure de passation du futur contrat ou bien demandées par les soumissionnaires pendant la procédure de passation.

Cela commence, en particulier en matière de contrat de concession et de délégation de service public, par le rapport annuel⁽⁸⁾.

Et ce rapport doit comporter certaines informations jugées sensibles par les opérateurs, en particulier le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession.

Dans l'hypothèse d'un contrat d'exploitation qui serait à renouveler, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'apporter certaines informations aux opérateurs économiques intéressés pour soumissionner à la procédure de passation.

Cette obligation découle du principe d'égalité de traitement des candidats.

Les informations relatives au personnel

La juridiction administrative a pu indiquer que, au titre des « caractéristiques essentielles du contrat » devant être portées à la connaissance des soumissionnaires, la masse salariale mise en œuvre par le précédent titulaire du marché⁽⁹⁾ en fait partie.

Ces éléments sont en effet fondamentaux dans la mesure où ils permettent « aux candidats d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer utilement une offre ».

Mais sachant que rien n'empêche un candidat soumissionnaire, de ne prendre en compte qu'une partie

de cette masse salariale dans le coût de son offre, en affectant au moins partiellement le personnel repris, à d'autres missions⁽¹⁰⁾.

En effet, le prix de l'offre « ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût, compte tenu des possibilités pour l'entreprise de le compenser, notamment par le redéploiement des effectifs en son sein ou, si l'exécution de ce marché n'assure pas un emploi à temps plein des salariés concernés, de la possibilité de leur donner d'autres missions et donc de n'imputer, pour le calcul du prix de l'offre, qu'un coût salarial correspondant aux heures effectives de travail requises par la seule exécution du marché ».

Pour la communication des informations, l'exploitant sortant doit coopérer de bonne foi avec la collectivité et ne peut pas lui opposer le secret des affaires ou, à tout le moins, dans certaines limites :

« Considérant en troisième lieu que si les collectivités publiques sont, dans leur activité contractuelle, tenues au respect du secret des affaires, ce secret doit se concilier avec l'obligation d'assurer l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; que le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que, compte tenu de la nature des informations en cause, leur communication était nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats, sans que leur divulgation puisse être regardée comme constitutive d'une violation du secret des affaires »⁽¹¹⁾.

Il est en outre particulièrement intéressant de relever qu'un éventuel manquement à cette obligation d'information, peut être sanctionné dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel.

En particulier, le juge retient qu'un défaut d'information peut léser un candidat, nonobstant sa qualité de filiale de la société précédemment titulaire du marché, en l'empêchant de formuler une offre réaliste du fait d'une sous-estimation des coûts de main d'œuvre⁽¹²⁾.

(10) CAA Bordeaux 12 décembre 2018, req. n° 16BX02845.

(11) CE 19 janvier 2011, Société T.E.P, req. n° 340773.

(12) « Considérant, enfin, que le juge des référés a souverainement estimé, sans dénaturer les pièces du dossier, que la SOCIÉTÉ T.E.P - TECHNIQUE D'ENVIRONNEMENT ET PROPRIÉTÉ, attributaire des deux lots du marché, était soumise, comme la société Korrigan, à l'obligation conventionnelle de reprise du personnel ; qu'il n'a en conséquence pas inexactement qualifié de manquement ayant été susceptible de léser la société requérante, l'absence de communication de l'information sur la masse salariale du personnel à reprendre à la société COVED, quand bien même la société requérante disposait de l'information pour le lot n° 2, en sa qualité de filiale de cette dernière, après avoir relevé que le défaut de communication de cette information était susceptible de léser indirectement la requérante et que le défaut d'information de la société attributaire avait pu expliquer, par une sous-estimation des coûts de main d'œuvre, la présentation par elle d'une meilleure offre, l'écart reposant essentiellement sur le critère du prix » (CE 19 janvier 2011, précité).

(7) Voir notamment : CE 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité, req. n° 416825 ; CE 24 mai 2017, Société Régal des Iles, req. n° 407213.

(8) Visé à L. 3131-5 du code de la commande publique et aux articles R. 3131-2 et suivants du même code. Sous l'empire de la réglementation précédente, ce rapport était visé par l'article 52 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et l'article 33 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.

(9) CAA Bordeaux 8 novembre 2016, req. n° 15BX00313.

Informations sur la consistance des biens et sur leur état

À ce titre, les obligations à la charge du délégataire sortant peuvent être variables.

Si le contrat se borne à mettre à la charge du délégataire l'exploitation d'un ouvrage, sans aucune obligation en lien avec le bâti et sa pérennité (entretien ; maintenance ; gros entretien renouvellement), il sera délicat d'exiger de ce dernier une obligation positive de remise en état.

Tout au plus devra-t-il remettre l'ouvrage dans un bon état d'entretien et de fonctionnement.

En revanche, si le contrat met à la charge le gros entretien renouvellement de l'ouvrage, l'autorité concédante devra être vigilante sur ce point et devra procéder à une vérification de l'état de l'ouvrage avant l'échéance du contrat, afin le cas échéant d'identifier les travaux de remise en état nécessaires.

Il est d'ailleurs généralement prévu l'émission d'une garantie bancaire à première demande dans ce cas, dont le montant et la nature sont précisées lors des opérations de vérifications de l'état de l'ouvrage, deux voire trois années avant l'expiration du contrat.

Ces éléments militent pour une anticipation forte, de la part de l'autorité concédante, de l'échéance du contrat d'exploitation, avec la mise en place d'un audit patrimonial suffisamment tôt pour être en mesure de bien cerner les enjeux du futur contrat.

Cas particulier des provisions de renouvellement

Un traitement particulier doit être réservé aux provisions de renouvellement, dans l'hypothèse bien entendu où une obligation de renouvellement pèse sur le délégataire et que ceci relève donc de son champ contractuel.

En 2009, le Conseil d'État avait pu juger que « que dans la mesure où aucune stipulation de la convention de concession ne désignait le bénéficiaire de l'éventuel solde positif du compte de fonds de travaux au terme de la concession, et en l'absence de tout élément de nature à établir l'intention des parties sur ce point, la CAA de Marseille n'a pas dénaturé les pièces du dossier en jugeant que, dès lors que les recettes alimentant ce compte étaient destinées au financement des travaux de gros entretien ou d'agencements portant sur des biens appartenant à la collectivité concédante, ce solde ne pouvait revenir qu'à la commune de Nice, pour laquelle il constituait le cas échéant une recette destinée à financer ou à faire prendre en charge par un futur concessionnaire des travaux relatifs à ces biens, nonobstant la circonstance que la société avait à sa charge les frais de renouvellement des installations »^[13].

[13] CE 23 décembre 2009, Société des Pompes Funèbres OGF, req. n° 305478.

Mais surtout, dans une décision en date du 18 octobre 2018^[14], le Conseil d'État a pu considérer que les provisions pour renouvellement des ouvrages réalisés par le concessionnaire ou mis à sa disposition, revenaient gratuitement à l'autorité concédante en fin de contrat^[15].

L'autorité concédante devra donc veiller à obtenir la restitution de ces sommes en fin de contrat par le concessionnaire, quitte à émettre un titre de recettes à cette fin en cas de difficultés à les recouvrer.

Les difficultés liées à l'obtention des informations nécessaires à la passation du futur contrat

Assez souvent démunie face à l'éventuel mutisme d'un exploitant ou à son refus de communiquer certaines informations, ainsi qu'en l'absence de pouvoir de contrainte à leur disposition, une autorité concédante, peut se tourner vers le juge du référé mesures utiles^[16].

Sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, l'autorité concédante peut demander au juge d'adresser des injonctions à son contractant et de le contraindre à réaliser certaines actions, lorsqu'il est dépourvu de pouvoir de contrainte à son égard.

Le Conseil d'État^[17] a pu estimer que, sur ce fondement, le juge du contrat « est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire » et notamment « de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ».

[14] CE 18 octobre 2018, Société électricité de Tahiti, req. n° 420097.

[15] « Il résulte des principes rappelés aux points 5 et 6 que les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu, à la date d'expiration du contrat, à des provisions, font également retour à la personne publique. Il en va de même des sommes qui auraient fait l'objet de provisions en vue de l'exécution des travaux de renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire. Par suite, la loi de pays en prévoyant notamment, aux articles LP 1, LP 3 et LP 5, cités au point 7, que les provisions pour renouvellement constituent un « financement de l'autorité délégante » et que toutes ces provisions qui demeurent non utilisées en fin de contrat doivent revenir au délégant, fixe des règles qui découlent du régime des concessions de service public sans méconnaître ni les libertés contractuelle et d'entreprendre, ni le droit de propriété, ni le principe de libre administration des collectivités territoriales, ni les principes de la commande publique. Elle n'est, par ailleurs, entachée à ce titre ni d'erreur manifeste d'appréciation, ni de détournement de pouvoir ».

[16] CJA, art. L. 521-3 : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ».

[17] CE 5 février 2014, Société Equalia et Polyxo, req. n° 371121.

Et il a pu estimer qu'une communauté de communes pouvant saisir le juge sur ce fondement et obtenir sous astreinte, la restitution de biens de retour, en l'occurrence les matériels installés dans la salle de « fitness » et les « aquabikes », du centre nautique exploité par le délégataire.

Le tribunal administratif de Rennes⁽¹⁸⁾ s'est également prononcé en ce sens, certes en matière de contrat de DSP de casino mais pour une problématique pouvant intéresser les contrats d'exploitation d'équipements sportifs, à savoir :

- de première part, l'identification des biens faisant partie du périmètre de la délégation de service public ;
- de deuxième part, la restitution du matériel et des ouvrages, indispensables à l'exécution de la mission de service public ;
- de troisième part, la libération des lieux et leur remise en bon état d'entretien et conformes à leur destination.

Cette voie d'action peut donc être particulièrement intéressante pour les autorités concédantes, face au refus

d'un délégataire sortant de communiquer certaines informations ou de libérer les lieux.

Lancer et suivre la procédure de passation

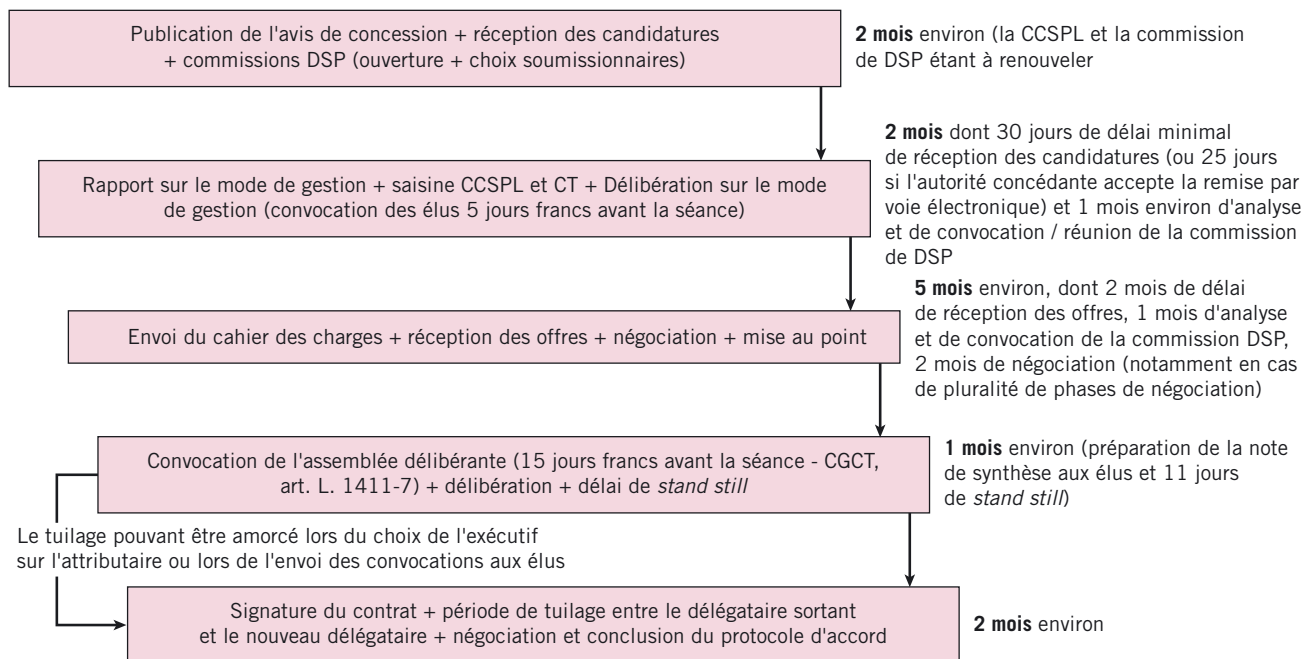
Une fois les étapes précédentes réalisées, l'autorité concédante, si elle opte pour le mode de gestion en DSP, devra lancer une procédure de passation parfois complexe et à tout le moins assez longue⁽¹⁹⁾.

On ne peut que recommander de prendre assez temps pour assurer cette phase essentielle, en respectant les étapes suivantes :

(18) TA Rennes, ord., 27 janvier 2016, Commune de la Trinité-sur-Mer, n°1505977.

(19) En cas de changement de mode de gestion, notamment en cas de création d'une régie, il s'agira d'assurer la transition entre exploitants, la collectivité devenant exploitante.

Chronologie d'une procédure de renouvellement de contrat de DSP avec conclusion d'un protocole d'accord⁽¹⁾



(1) Ce schéma prend en compte le temps nécessaire à la période de tuilage entre exploitants, qui peut également exister en cas de changement de mode de gestion. Les délais pouvant évidemment varier en fonction des différentes situations, notamment le délai de remise des offres, en particulier en fonction de l'objet du contrat à attribuer et si des prestations techniques sur l'ouvrage ou l'équipement sportif est nécessaire.

Organiser le cas échéant la succession entre les exploitants

Le personnel

Il est de principe que le changement d'employeur n'affecte pas le contrat de travail et que le nouveau délégataire devra reprendre le personnel affecté à l'exploitation de l'équipement⁽²⁰⁾.

Mais certaines conditions s'appliquent et il faut qu'une « entité économique autonome », c'est à dire un « ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »⁽²¹⁾ soit transférée à un nouvel employeur, pour que la reprise du personnel s'applique.

En substance, si la procédure de renouvellement vise à reprendre les mêmes services, dans strictement le même ouvrage, l'obligation de reprise devrait normalement être acquise.

Mais si jamais l'autorité concédante envisage de modifier la consistance, les fonctionnalités et les services offerts par l'équipement, en ajoutant des travaux à réaliser par le futur concessionnaire, la reprise obligatoire du personnel ne sera pas nécessairement acquise.

Sur un ouvrage vieillissant, on peut en effet imaginer qu'une autorité concédante souhaite profiter de la procédure de renouvellement pour réaliser des travaux, par exemple l'ajout de nouveaux espaces (par exemple pour un centre aquatique : bassin ludique ; ligne de nage ; bassin nordique ; salle de fitness sec etc...).

Elle pourra toutefois être négociée par l'autorité concédante avec les soumissionnaires, notamment par l'ajout d'une clause en ce sens dans le projet de contrat de concession soumis à ces derniers, de même qu'une obligation en ce sens dans le règlement de la consultation.

Rien n'interdit en effet d'ériger la reprise comme une des « conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation » pouvant être fixées⁽²²⁾.

Et l'autorité concédante pourra intégrer ces travaux dans le périmètre de la future concession ou bien les réaliser sous sa maîtrise d'ouvrage et calibrer la procédure de passation pour que la future concession entre en vigueur au moment de l'achèvement des travaux. Il sera essentiel que les candidats puissent avoir une information précise sur la nature des travaux, les caractéris-

tiques des nouveaux espaces éventuellement créés, afin de proposer une offre de service adaptée à la nouvelle ambition politique.

Les biens

Comme déjà évoqué, la question des biens du contrat de DSP est également centrale en matière d'équipements sportifs, notamment de centre aquatique, puisque de la qualité et de l'état de l'équipement, peut dépendre le niveau de service et l'équilibre économique du contrat.

Une bonne connaissance de son patrimoine par la collectivité peut lui permettre :

- d'une part, d'imposer certaines obligations de remise en état au délégataire sortant ;
- d'autre part, de prévoir une obligation de renouvellement de certains équipements et matériels, à l'égard du futur exploitant.

Outre ces éléments, en cas de succession de délégataire, l'autorité concédante devra organiser la remise des biens :

- soit en amont, par un acte entre cette dernière et le délégataire sortant ;
- soit à l'issue de la procédure de passation, par la conclusion d'un protocole d'accord entre l'ancien et le futur délégataire, en présence de l'autorité concédante.

Le report des recettes et l'intérêt de la conclusion d'un protocole d'accord

Il est fréquent que le délégataire puisse vendre et encaisser des recettes pour des droits d'accès à l'équipement sportif (abonnement annuel ; carnet de 10 tickets d'entrée etc...) qui perdurent après l'expiration de son contrat.

La solution consiste généralement en la conclusion d'un protocole d'accord, soit tripartite – entre le délégataire sortant, le nouveau délégataire et l'autorité concédante, soit simplement entre le délégataire sortant et l'autorité concédante⁽²³⁾, pour que les recettes qui bénéficieront au délégataire sortant, correspondant à des droits d'entrée qui perdureront après l'échéance de son contrat, soient versées au prochain délégataire.

La difficulté d'une convention tripartite réside dans sa nécessaire anticipation : elle ne peut être envisagée, par définition, que lorsque la procédure d'attribution du

(20) C. trav., art. L. 1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

(21) Cass. soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 08-40.393.

(22) CCP, art. L. 3124-3.

(23) Plus délicate est la conclusion d'un accord entre le délégataire sortant et le nouveau délégataire, l'autorité concédante pouvant difficilement l'imposer au délégataire sortant (pour que le nouveau délégataire, on peut envisager que le règlement de la consultation impose le principe et l'objet du protocole d'accord, comme condition de participation à la procédure). La nécessaire confidentialité des clauses d'un protocole faisant également obstacle à ce que l'autorité concédante puisse examiner le contenu du protocole et vérifier que les recettes sont bien reversées au délégataire sortant, de même que ce dernier s'engage bien à fournir le service aux personnes ayant pu acheter un titre d'entrée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle DSP et valable sur la durée de celle-ci.

nouveau contrat d'exploitation soit terminée^[24] et que le nouveau délégataire est connu.

Cela suppose donc que la procédure soit lancée^[25] bien en amont de l'échéance du contrat d'exploitation, au moins un an avant cette dernière, voire dix-huit mois dans l'idéal, pour donner de la latitude à la collectivité concernant le choix du mode de gestion, l'analyse des offres, la conduite des négociations et l'éventuelle mise au point.

Le protocole d'accord peut aussi s'avérer intéressant, directement entre l'autorité concédante et délégataire sortant, si ce dernier a procédé à l'acquisition de biens nécessaires au service, qui ne seraient pas amortis à la date de fin normale du contrat.

Le protocole pourra donc prévoir le montant de l'indemnité à verser à ce titre au délégataire, compte tenu de l'entrée anticipée des biens, non amortis le concernant, dans le patrimoine de l'autorité concédante^[26].

Et l'on pourra également utiliser le protocole d'accord, pour :

- lister les biens remis par le délégataire sortant ;
- identifier leur nature et leur état ;
- prévoir le versement des provisions de GER non consommées à l'autorité concédante, qui pourra prévoir de les injecter dans les comptes de la nouvelle DSP, sous forme de subvention d'investissement par exemple.

Là encore, la conclusion d'un tel protocole, a fortiori s'il est tripartite, devra s'anticiper et milite pour que la procédure de passation de la future DSP soit lancée dès que possible.

[24] C'est à dire, en cas de délégation de service public, lorsque l'assemblée délibérante aura pu adopter une délibération autorisant l'exécutif à signer le contrat et que cette dernière sera exécutoire, après sa transmission (et non réception) au contrôle de légalité.

[25] En intégrant, le cas échéant, la désignation d'un assistant à maîtrise d'ouvrage.

[26] On pourrait ainsi raisonner comme en cas de résiliation anticipée d'un contrat de DSP, avec l'indemnisation du préjudice liée au retour gratuit de bien non complètement amortis (CE Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788).