



ANNEXE

au rapport N°31748-2018/2-ACTS/DEPS du 29 novembre 2018

Caractéristiques générales de la délégation de service public pour le transport maritime de passagers vers l'île des Pins

1.	PREAMBULE	3
1.1.	Compétence de la province Sud pour la desserte maritime de l’île des Pins	3
1.2.	Contexte et objectifs du rapport	5
2.	CHOIX DU RECOURS A LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC	6
2.1.	Etude des modalités d’organisation et du mode de gestion retenu	7
2.2.	Choix du recours à la délégation de service public de type classique.....	11
3.	CARACTERISTIQUES JURIDIQUES ET TECHNIQUES DU CONTRAT ENVISAGE	13
3.1.	Objet et nature du contrat de Délégation	13
3.2.	Missions confiées au Délégataire	13
3.3.	Durée du contrat de la Délégation	14
3.4.	Le périmètre de la Délégation	15
4.	CARACTERISTIQUES GENERALES.....	15
4.1.	Le régime de responsabilité	15
4.2.	Modalités de contrôle du service et d’accès à l’information.....	16
5.	CARACTERISTIQUES FINANCIERES DE LA DELEGATION	17
5.1.	Financement prévisionnel de la Délégation.....	17
5.2.	Modalités de rémunération du Délégataire et régime financier	17
5.3.	Impôts et taxes	18

1. PREAMBULE

La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'un statut particulier *sui generis* en application notamment, de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. Conformément à ce statut, les lois et règlements de l'Etat français ne sont applicables sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie que sur mention expresse, et la Nouvelle-Calédonie peut voter des « lois du pays » dans les domaines visés à l'article 22 de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie modifiée le 3 août 2009 (ci-après, la « **Loi Organique** »).

Le présent rapport a pour objet de présenter à l'assemblée de la province Sud les caractéristiques de la convention de délégation de service public (ci-après, la « **Délégation** ») que la province Sud envisage de conclure avec un opérateur économique choisi après mise en concurrence (ci-après, le « **Déléataire** »), pour la gestion et l'exploitation de la desserte maritime de l'Île des Pins à partir de la ville de Nouméa (ci-après, la « **Desserte** »).

1.1. Compétence de la province Sud pour la desserte maritime de l'île des Pins

L'accord de Nouméa susvisé et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ont établi un partage de compétence entre notamment, l'Etat, la Nouvelle-Calédonie et les trois provinces qui la composent.

Tel est le cas en matière de desserte maritime :

- L'article 21 6° de ladite loi précise que l'Etat est compétent en matière de « *Desserte maritime et aérienne entre la Nouvelle-Calédonie et les autres points du territoire de la République ; liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications ; réglementation des fréquences radioélectriques ; statut des navires ; immatriculation des aéronefs* ».
- L'article 22 de la Loi Organique fixe les compétences de la Nouvelle-Calédonie et précise en son point 8° que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « *Desserte maritime d'intérêt territorial ; immatriculation des navires* ».
- La compétence des provinces est une compétence résiduelle déterminée comme suit à l'article 20 de la Loi Organique « *Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'Etat ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie* ».

En application de ces dispositions, la desserte maritime qui n'a pas pour objet de desservir la Nouvelle-Calédonie et un autre point du territoire de la République française, et qui n'a pas d'intérêt territorial, relève de la compétence des provinces.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que la Desserte ne concerne que le territoire de la Nouvelle-Calédonie de sorte qu'elle ne relève pas de la compétence de l'Etat.

Le partage de compétence en matière de desserte maritime, entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces, est en revanche plus incertain dès lors que cette répartition repose sur la notion « *d'intérêt territorial* » qui n'est pas définie par les textes.

Aussi, la jurisprudence administrative a donné des éléments d'identification pour déterminer les contours de l' « *intérêt territorial* ».

De prime abord, il convient d'avoir à l'esprit que la compétence résiduelle des provinces résultant de l'article 20 de la Loi Organique, a nécessairement conduit la jurisprudence à avoir une conception large de l'intérêt territorial par opposition à l'intérêt provincial¹.

Aussi, il est nécessaire de revenir pour l'exclure de notre analyse, sur l'avis du Conseil d'Etat de 2009 rendu sur le fondement de l'article 22 8° susvisé, s'agissant de la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie en matière d'immatriculation des navires. Dans cet avis le Conseil d'Etat affirme qu' :

*« Il résulte des [dispositions de l'article 22 8°] que la Nouvelle-Calédonie étant compétente en matière de navigation entre les ports de son territoire, elle a, par voie de conséquence, compétence pour décider de faire en faveur d'un navire étranger (...) une exception au monopole institué par l'article 1er au bénéfice des navires battant pavillon national, exception qui n'est subordonnée à aucune condition particulière ».*²

Cet avis reconnaît que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour déterminer les règles de navigation, entendu d'immatriculation, entre les ports de son territoire. Cette interprétation vise la deuxième partie de l'article 22 8° susvisé qui donne une compétence générale à la Nouvelle-Calédonie en matière d'« *immatriculation des navires* » alors que sa compétence pour les dessertes maritimes doit être justifiée par un intérêt territorial. Cet avis doit donc être exclu de notre analyse.

Ensuite, il ressort des arrêts du Conseil d'Etat et des conclusions des rapporteurs publics sous ces arrêts, que le caractère interprovincial de la liaison est un indice permettant de qualifier l'intérêt territorial. A l'inverse, les dessertes intraprovinciales seraient de la compétence des provinces.

- Une liaison interprovinciale est d'intérêt territorial : *« Il résulte de l'instruction que les conventions litigieuses, conclues entre la PROVINCE DES ILES LOYAUTES et la société Compagnie Maritime des Iles, n'avaient pas pour objet l'exploitation d'une desserte maritime entre les seuls ports de cette province mais d'une desserte entre Nouméa et les différents ports de la PROVINCE DES ILES LOYAUTES ainsi que d'une desserte de l'île des Pins, rattachée à la province du Sud ; que, dans ces conditions, la desserte maritime objet des conventions litigieuses doit être regardée comme un service maritime d'intérêt territorial, que la PROVINCE DES ILES LOYAUTES n'avait compétence pour instituer »*³.
- Le caractère interprovincial prime sur l'intérêt pour une province, d'organiser une desserte entre un lieu de sa province, et la ville de Nouméa alors située sur une autre province : *« toute liaison interprovinciale, même entre une province et le chef-lieu de la province « chef-lieu », est d'intérêt territorial même si elle est également « intéressante » pour la province qui n'est pas chef-lieu car la compétence dévolue par la loi est une compétence nécessairement exclusive (voir Haut-commissaire de la République en Polynésie française précité) »*⁴.

¹ Conclusions rapporteur sous arrêt n° 279923

² Avis Conseil d'Etat, 6 mai 2009, n° 322775

³ CE, 11 juillet 2008, n° 279923

⁴ Conclusions rapporteur sous arrêt n° 279923

- Une liaison intraprovinciale relève de la compétence de la province, et ce, même si les ressources par lesquelles l'activité sera assurée proviennent de l'extérieur au territoire de la province : *« Considérant que la seule circonstance que l'intégralité des activités commerciales du caboteur vraquier appartenant à la société Loyautés investissements services (L.I.S.) ne s'exerce pas sur le territoire de la province des Îles Loyauté, dès lors que l'intérêt public d'un soutien au développement économique et au renforcement de la desserte interne des îles Loyauté, qui relève des compétences confiées par le législateur organique à la collectivité provinciale, est établi, est sans incidence sur l'appréciation de l'intérêt provincial »*⁵.

Cette dichotomie de compétence fondée sur le caractère interprovincial ou non de la liaison n'est pas strictement figée de sorte qu'un service interprovincial de cabotage, à l'inverse d'une desserte maritime régulière, semble à la lecture des conclusions du rapporteur public en 2010, exclure la notion d'intérêt territorial⁶ : *« Le nouveau bateau part, certes, de Nouméa pour desservir les différentes îles Loyauté. Mais il s'agit moins, comme dans les situations précédentes, de créer une liaison régulière Nouméa / îles Loyauté que de désenclaver ces îles grâce à une activité de fret (le caboteur ne transporte aucun voyageur), à la fois à partir d'un point de départ situé hors de la province, mais aussi en les reliant entre elles. Et il ne s'agit aucunement de passer une concession avec une société pour assurer la desserte des îles, mais de verser une subvention à un opérateur privé pour soutenir son activité de cabotage »*.

A la lumière de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il semblerait donc que l'organisation des dessertes maritimes entre deux points situés au sein d'une même province ne revêt pas un « intérêt territorial » au sens de l'article 22 8° de la Loi Organique. Il ne peut toutefois pas être totalement exclu qu'à l'avenir, un juge saisi prenne en compte d'autres critères (ex. coordination de cette desserte avec un réseau de desserte maritime sur tout le territoire de la Nouvelle-Calédonie ; desserte de Nouméa, capitale de la Nouvelle-Calédonie ; activité accessoire touristique de visite de l'île des Pins) pour déterminer la notion d'intérêt territorial.

En l'état de la jurisprudence susvisée, il apparaît raisonnable de penser que le projet de desserte maritime entre Nouméa et l'île des Pins relève de la compétence de la province Sud.

1.2. Contexte et objectifs du rapport

La desserte maritime de passagers entre Nouméa, l'île des Pins et les îles Loyauté est assurée, depuis 2009, par le BETICO 2, exploité par la SAS SUDILES. Le capital de la SUDILES était à sa création partagé entre les sociétés anonymes d'économie mixte de développement créées par chacune des deux provinces, mais la SAEM de la province Sud, Promosud, a cédé en 2013 ses parts à la SAEM de la province des îles Loyauté, la SODIL.

La mauvaise situation financière de la SUDILES a conduit celle-ci à solliciter des subventions de la province Sud, ce qui vient d'être accordé pour les années 2018 (35 MF) et 2019 (65 MF).

Dans la mesure où la province Sud n'a que très peu de marges de manœuvre vis-à-vis des prestations actuelles de la SUDILES, notamment sur la fréquence, la qualité et les prix du service maritime, et ne peut donc répondre au besoin d'une meilleure cohérence entre le transport vers l'île des Pins et les prestations hôtelières, la province Sud a choisi de recourir à une délégation de service public pour l'exploitation de la Desserte.

⁵ CE, 20 octobre 2010, n° 300347

⁶ Conclusions rapporteur sous arrêt n° 300347

En application du statut *sui generis* susvisé, le texte de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas applicable aux délégations de service public passées par la province Sud. La Délégation doit donc être passée en application de l'article 158 de la Loi Organique et des articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du **Code général des collectivités territoriales** (ci-après, le « **CGCT** ») dans leur version en vigueur au moment où la loi organique modificative de 2009 a été adoptée⁷.

Conformément à ces dispositions, l'assemblée de la province Sud doit se prononcer sur le principe du recours à toute délégation de service public au vu d'un rapport auquel est annexé un document présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

Le présent rapport à destination de l'assemblée de la province Sud (ci-après, le « **Rapport** »), a donc pour objectifs de :

- présenter le service objet de délégation de service public pour la gestion et l'exploitation de la desserte maritime de l'île des Pins à partir de la ville de Nouméa,
- rappeler les différents modes de gestion envisageables et présenter les critères de choix entre ces différents modes de gestion, et
- préciser les principales caractéristiques qualitatives et quantitatives des missions de gestion et de mise en exploitation qui seront confiées à un délégataire.

2. CHOIX DU RECOURS A LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Traditionnellement, l'exploitation des services publics peut être assurée selon différents modes de gestion, publics ou privés.

Ces différents modes de gestion se différencient les uns des autres par une plus ou moins grande autonomie du service public par rapport à la collectivité publique, ainsi que par la prise en charge plus ou moins intense du risque d'exploitation.

Ainsi, l'exploitation du service public peut, soit être directement exercée par la collectivité publique (gestion directe ou régie), soit être confiée à un tiers (marché public ou délégation de service public).

De manière constante, le juge administratif rappelle que les collectivités territoriales disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir le mode de gestion des services publics (CE, 18 mars 1988, M. Loupias et autres c/ Commune de Montreuil-Bellay, n°57893).

Six modes de gestion ont été envisagés en détail dans la présente étude, à savoir :

- une gestion aux risques de la collectivité : la régie autonome, la régie personnalisée et le marché public ;
- une gestion déléguée aux risques du cocontractant : la délégation de service public de type affermage, la délégation de service public classique et la régie intéressée.

⁷ Loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte

2.1. Etude des modalités d'organisation et du mode de gestion retenu

2.1.1. Gestion aux risques de la collectivité

Un service public est géré aux risques de la collectivité si cette dernière exploite le service public de manière directe, en régie, ou encore si elle conclut des marchés publics à cet effet.

S'agissant du service public exploité en **régie**, plusieurs formes juridiques sont distinguées par la jurisprudence et la doctrine selon le degré d'autonomie souhaité :

- La régie autonome qui est dotée d'un conseil d'exploitation, dont le rôle est essentiellement consultatif, et d'un directeur nommé par le pouvoir exécutif ; elle est pourvue d'un budget annexe et ses décisions sont prises par les organes de l'assemblée délibérante.
- La régie personnalisée qui est dotée de la personnalité morale et d'une autonomie financière, et dont le conseil d'administration et son directeur prennent les décisions de gestion.

Dans les deux cas, la régie se caractérise par l'entière liberté de gestion et de décision que possède la collectivité. Cette dernière supporte tous les risques d'exploitation, en plus des charges d'investissement et de fonctionnement.

Par ailleurs, les services gérés en régie peuvent faire appel à des tiers pour la réalisation de certaines missions nécessitant des compétences techniques particulières ou des équipements spécifiques. Les prestations de travaux ou de services peuvent alors être exécutées *via* la conclusion de marchés publics par le versement d'un prix, par la collectivité, à son prestataire.

La collectivité peut aussi décider de confier à un tiers, dans le cadre d'un ou plusieurs **marchés publics**, les travaux et services à déléguer.

Dans ce cas, le titulaire du marché public est un prestataire agissant pour le compte de la collectivité ; la responsabilité des travaux ou services ne lui est pas transférée. De plus, la collectivité supporte directement l'investissement au travers d'un prix, le paiement différé étant interdit, et assume alors l'ensemble des risques financiers liés à l'équilibre économique de l'exploitation du service.

Dans tous les cas, les biens appartiennent à la collectivité et sont éventuellement mis à la disposition du gérant ou titulaire du marché d'exploitation.

En l'espèce, s'agissant de l'exploitation de la desserte maritime qui pourrait comprendre une phase de construction du navire, une gestion du service en régie, avec des agents publics de la province Sud, nécessiterait la création d'équipes détenant les compétences techniques et administratives nécessaires notamment pour la construction du navire et son exploitation. Compte tenu de la technicité requise pour l'édification du navire et les qualifications professionnelles indispensables pour son exploitation, une gestion en régie avec du personnel de la province Sud n'apparaît donc pas adaptée.

De plus, si la régie peut recourir à des marchés publics successifs (marché public de travaux puis marché public de service), ce schéma requiert la mise en œuvre de plusieurs procédures consécutives qui alourdiraient sa passation et son coût administratif, et pourrait poser des difficultés dans son exécution en termes de gestion et de coordination.

Aussi, le recours à des marchés publics fait peser le risque sur la collectivité.

Compte tenu du manque de moyens financiers, humains et techniques disponibles au sein de la province Sud, pour la passation des marchés et le suivi de leur exécution, il nous semble que le recours à un marché public de travaux pour la construction du navire suivi d'un marché public de service pour l'exploitation de la Desserte, ou à la gérance, doit être écarté.

Cette dernière analyse conduisant à privilégier une gestion déléguée, est reprise ci-dessous au point 2.2.

2.1.2. Gestion déléguée aux risques du cocontractant

Un service public peut également être géré de manière indirecte ou délégué moyennant la mise en place d'une régie intéressée, d'un affermage ou d'une délégation de service public « classique ».

En application du statut *sui generis* susvisé, le texte de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas applicable aux délégations de service public passées par la province Sud. Les délégations doivent donc être passées conformément aux dispositions de l'article 158 de la Loi Organique et des articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du CGCT dans leur version en vigueur au moment où la loi organique modificative de 2009 a été adoptée⁸.

La délégation de service public (ci-après, la « **DSP** ») est définie comme suit aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

La mise en œuvre d'une DSP donne lieu à la conclusion d'un contrat qui fixe les règles entre la collectivité et son délégataire, selon les principes suivants :

- l'entreprise conserve son autonomie de gestion dans le cadre des règles prévues au contrat ;
- le pouvoir de contrôle de la collectivité porte sur la fourniture des documents techniques et financiers prévus au contrat, le droit de procéder sur pièces ou sur site à toute vérification sur la qualité et la continuité du service rendu ainsi que la valeur des documents communiqués.

Plusieurs modes de gestion en délégation, selon l'étendue des missions confiées au délégataire (investissement / exploitation) et le mode de rémunération retenu sont recensés par la jurisprudence et la doctrine :

- La **délégation** « classique » est un mode de gestion par lequel la collectivité confie au délégataire le financement et la réalisation des investissements de premier établissement et le droit de les exploiter moyennant une redevance perçue auprès des usagers du service. Les obligations du délégataire sont étendues, notamment en termes de renouvellement des équipements (génie civil, ...). Les contrats de délégation sont d'une durée longue (huit à quinze ans), de manière à permettre

⁸ Loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte

l'amortissement des investissements réalisés par le délégataire. Les biens nécessaires au service et construits par le délégataire dans le cadre du contrat⁹, ou apportés par ce dernier¹⁰, appartiennent *ab initio* à la collectivité et lui font retour à l'issue du contrat.

La plupart des risques sont transférés sur le délégataire (risque d'investissement, risque de la demande, risque d'exploitation, risque financier, etc.). Une subvention d'investissement voire d'exploitation peut être versée, sous conditions, au délégataire.

- **L'affermage** est un mode de gestion par lequel la collectivité finance les ouvrages et en confie l'exploitation à un fermier (le cocontractant) moyennant le cas échéant, une redevance d'affermage perçue par ce dernier, sur les usagers du service. Le contrat d'affermage peut mettre à la charge du fermier la réalisation de travaux de renouvellement ou d'extension¹¹ qui ne peuvent pas aller jusqu'à renforcer de manière importante la qualité et la quantité du patrimoine existant, sauf à être requalifié en délégation de service public classique¹².

Ainsi, un contrat d'affermage peut comprendre une clause concessive et le fermier se voit alors confier la prise en charge d'un investissement particulier. L'intérêt d'une telle opération dépend de la capacité de financement de la collectivité au moment où elle doit investir, le recours au délégataire se traduisant nécessairement par un coût supplémentaire pour l'utilisateur. Ce montage est souvent utilisé dans le cadre d'un service préexistant, dont certaines infrastructures sont déjà en place.

En l'absence d'investissement, ces contrats ont généralement une durée plus courte de cinq ans. Les biens nécessaires au service public appartiennent à la collectivité qui les a construits.

Le fermier encaisse les recettes pour son propre compte. Il se rémunère sur les usagers, et peut, comme indiqué ci-dessus, être soumis au versement d'une redevance d'affermage à la collectivité délégante en contrepartie de la remise des ouvrages.

- La **régie intéressée** est un mode de gestion par lequel la collectivité finance les ouvrages et en confie l'exploitation à un régisseur (le cocontractant) qui agit pour le compte de la collectivité qui le rémunère avec une part d'intéressement aux résultats. En fonction du niveau d'intéressement du régisseur, les contrats de régie intéressée sont qualifiés de DSP ou de marché public ; la régie intéressée est un contrat de DSP si la part variable d'intéressement du régisseur, hors prix payé par la collectivité, est « *substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation* »¹³. Ces contrats ont généralement une durée de cinq ans. Les biens nécessaires au service public appartiennent à la collectivité qui les a construits.

Par suite, il convient d'être vigilant, lors de la conclusion du contrat, sur le montant de la part de rémunération provenant de l'exploitation du service (recettes d'exploitation à hauteur de 30 % au moins) de manière à éviter toute requalification du contrat en marché public.

Le gérant assure le service pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération de la collectivité et non des usagers. Le gérant encaisse les recettes du service au nom et pour le compte

⁹ CE, 21 décembre 2012, n° 342788

¹⁰ CE, 29 juin 2018, Ministre de l'intérieur c/ communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, n° 402251, point 6

¹¹ JO Sénat du 30/06/2016 - page 2917

¹² CE, 6 mai 1991, n° 65846

¹³ CE, 30 juin 1999, n° 198147

de la collectivité délégante. La rémunération du régisseur est par la suite versée par la collectivité sous la forme d'une part fixe, et d'un intéressement aux résultats.

En l'espèce, la province Sud ne dispose pas de navire pourtant indispensable et nécessaire à l'exécution du service de Desserte, de sorte que le titulaire du contrat de DSP aura à sa charge la construction du navire. La province Sud ne peut donc pas recourir à une DSP affermage ou une régie intéressée mais uniquement à une délégation de service public classique dans laquelle les investissements sont à la charge de l'exploitant.

Il pourrait aussi être envisagé dans le cadre d'une variante facultative, que le titulaire du contrat de DSP apporte son propre navire et l'affecte au service de Desserte ce qui permettra une mise en service plus rapide dudit service.

En tout état de cause, le navire sera qualifié de bien de retour dès lors qu'il est évidemment nécessaire au service de Desserte¹⁴. Au terme normal de la délégation, il fera donc retour gratuit à la province Sud étant précisé le contrat de DSP peut prévoir que ces biens resteront la propriété du délégataire au cours de l'exécution du contrat. Aussi, l'équilibre économique du contrat pourra selon le cas, être établi comme suit :

- **le délégataire a construit le navire au cours du contrat de DSP** : lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement¹⁵ ;
- **le délégataire a affecté au service de Desserte son propre navire, acquis avant le début de la délégation** : son transfert dans le patrimoine de la province Sud peut être pris en compte dans l'équilibre économique du contrat à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique¹⁶. Si une indemnité est prévue, elle n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique¹⁷.

Les raisons du choix du recours à la DSP classique sont reprises ci-dessous au point 2.2.

¹⁴ CE, 29 juin 2018, Ministre de l'intérieur c/ communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, n° 402251, point 6

¹⁵ CE, 21 décembre 2012, n° 342788 ; CE, 29 juin 2018, Ministre de l'intérieur c/ communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, n° 402251

¹⁶ Idem

¹⁷ Idem

Synthèse des risques

	Gestion aux risques de la collectivité		Gestion déléguée aux risques du cocontractant		
	Régie	Marché public	Contrat de DSP		
			Régie intéressée	Affermage	Délégation
Risques d'investissement	Collectivité	Collectivité	Collectivité	Collectivité	Délégataire
Risques d'exploitation	Collectivité	Collectivité	Risques partagés	Fermier	Délégataire

2.2. Choix du recours à la délégation de service public de type classique

Le recours à une DSP apparaît particulièrement adapté pour répondre aux exigences et spécificités d'exploitation de la Desserte pour les motifs suivants détaillés ci-après :

- **critères techniques et de compétence disponibles** : la construction d'un navire et son exploitation en mer sont complexes et requièrent des compétences techniques particulières, des qualifications professionnelles spécifiques, et d'importants moyens matériels et humains. Les ressources humaines, techniques et administratives disponibles des services de la province Sud ne sont pas mobilisables pour se consacrer à la construction du navire et l'exploitation de la Desserte dans le cadre d'une régie, ou encore, au suivi d'un marché public de travaux suivi d'un marché public de service d'exploitation de la Desserte.

Il n'est pas non plus possible d'envisager la DSP affermage ou la régie intéressée qui requiert que les équipements nécessaires à l'exploitation soient apportés par l'acheteur. Or, la province Sud ne dispose pas d'un tel navire.

La délégation de service public de type classique apparaît donc la forme la plus adaptée. En effet, en confiant la construction du navire et sa gestion à un tiers, la délégation permettrait de bénéficier des compétences, du savoir-faire et des qualifications professionnelles d'un tiers. Le recours à la délégation présente aussi une garantie de forte souplesse de gestion et de réactivité dans l'exploitation et la maintenance du navire par le délégataire.

La délégation de service public permettra enfin une répartition claire des rôles et des responsabilités du délégataire qui assurera la construction et la gestion du service public confié. Le navire qu'il soit apporté par le délégataire, ou construit par l'exploitant fera retour gratuit à la Province Sud (voir développements point 2.1.2, p. 9 et 10). Le contrôle qui sera effectué par la Province Sud visera notamment à assurer une gestion de la Desserte conforme aux besoins des usagers, dans le strict respect de la réglementation existante en matière de sécurité ;

- **critères en matière de risque et de responsabilité** : compte tenu de la technicité de construction d'un navire et des qualifications professionnelles requises pour conduire un navire, il est

recommandé de transférer les risques d'investissement et d'exploitation à un tiers choisi qui disposera d'une expérience dans le domaine.

Il est donc préférable d'écarter les schémas contractuels qui établissent un partage des risques d'investissement et d'exploitation entre le délégant et le tiers privé, tel que par exemple la régie suivie d'un marché public de service. Le recours à la DSP permettra à l'inverse, de transférer au délégataire, tout risque lié au service confié ;

- **critères financiers, de qualité et de prix** : si la délégation de service public repose sur le principe de l'exploitation du service aux risques et périls du délégataire, les financements publics de l'autorité délégante ne sont pas exclus, à condition que le délégataire assume une part significative du risque d'exploitation du service impliquant une réelle exposition aux aléas du marché.

En conclusion, le recours à une délégation de service public de type classique apparaît être le montage juridique le plus pertinent pour la gestion et l'exploitation de la Desserte, comprenant le cas échéant, un volet construction du navire. La procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à la passation de toute convention de délégation de service public permet de susciter la présentation d'offres concurrentes et ainsi de faire émerger des solutions susceptibles d'optimiser, par leur originalité et/ou leur robustesse, l'exploitation du service et l'économie globale du contrat. La province Sud pourra aussi demander au délégataire, au cours de la délégation, dans le cadre d'une option, d'affréter un navire pour assurer la desserte de l'île des Pins pendant la période de construction du navire.

➤ Déroulement type d'une procédure de DSP

La procédure de passation d'une DSP a pour but de permettre le respect des règles de mise en concurrence, tout en tenant compte de la nature spécifique du contrat conclu avec l'opérateur tiers.

A ce jour, les étapes de passation de la DSP sont fixées par l'article 158 de la Loi Organique et renvoie au CGCT comme suit :

1. rédaction d'un rapport de présentation auquel est annexé un document présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ;
2. délibération de l'assemblée de la province Sud sur le principe du recours à la DSP au vu du rapport de présentation des caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire et élection d'une commission de membres au sein de l'assemblée de la province Sud à la proportionnelle au plus fort reste. (A noter que l'article L. 1411-1 CGCT renvoie à l'article L. 1411-5 pour la composition de la commission mais l'article 158 de la Loi Organique prévoit qu'une « *commission élue [au sein de l'assemblée] à la proportionnelle au plus fort reste* » se prononce sur le choix de l'offre proposé par l'autorité habilitée à signer. Il faut donc considérer que cette commission doit se substituer à celle visée à l'article L. 1411-5 CGCT) ;
3. publication de l'avis de publicité de la DSP dans (i) un journal d'annonces légales et (ii) une publication spécialisée (ex. le Marin) ;
4. la province Sud envoie à chacun des candidats le dossier de consultation comprenant notamment, le règlement de consultation ;
5. remise des candidatures ;
6. ouverture des candidatures ;

7. la commission dresse la liste des candidats admis à présenter une offre au regard de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ;
8. envoi d'une lettre d'invitation à déposer une offre initiale ;
9. remise du dossier de consultation à chacun des candidats admis à présenter une offre ;
10. remise des offres initiales ;
11. ouverture des offres et la commission dresse la liste des candidats pouvant participer aux négociations ;
12. des négociations sont menées par le président de l'assemblée de la province Sud avec les candidats retenus ;
13. analyse des offres et choix de l'attributaire par le président de l'assemblée de la province Sud ;
14. avis de la commission sur le choix de l'attributaire ;
15. saisine de l'assemblée de la province Sud, du choix proposé par le président de l'assemblée de la province Sud et de l'avis de la Commission ;
16. délibération de l'assemblée de la province Sud, étant précisé que les documents sur lesquels elle se prononce lui sont transmis au moins quinze jours avant la délibération ;
17. signature de la DSP par le président de l'assemblée de la province Sud.

3. CARACTERISTIQUES JURIDIQUES ET TECHNIQUES DU CONTRAT ENVISAGE

Il est donc proposé de recourir sur le fondement de l'article 158 de la Loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales, à une délégation de service public pour la construction du navire et l'exploitation de la Desserte.

La Délégation présentera les principales caractéristiques décrites ci-dessous.

3.1. Objet et nature du contrat de Délégation

La Délégation aura pour objectifs :

- une forte responsabilisation du Délégué lui conférant une réelle autonomie de gestion à ses risques et périls dans les domaines relevant de sa responsabilité, propre à favoriser une maîtrise de l'ensemble des dépenses d'investissement pour le navire ainsi que la bonne gestion de la Desserte ;
- une répartition claire des rôles et responsabilités entre le Délégué et la province Sud ;
- un contrôle de la province Sud permettant d'apprécier la bonne exécution des travaux de construction du navire et de l'exploitation du service délégué dans le respect du contrat de la Délégation ainsi que la performance économique de son exécution. A ce titre, le Délégué devra remettre annuellement un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la Délégation et une analyse de la qualité de la Délégation. La dimension analytique de ce rapport permettra à la province Sud d'apprécier l'activité concédée dans sa globalité.

3.2. Missions confiées au Délégué

Le Délégué s'engage à assurer le meilleur fonctionnement de la Desserte et à respecter rigoureusement la réglementation en vigueur.

Les candidats à la DSP devront proposer une offre de base comprenant la construction du navire et l'exploitation de la Desserte, et seront autorisés à présenter une variante facultative portant uniquement sur l'exploitation de la Desserte pour laquelle ils apporteront leur propre navire à affecter au service de Desserte.

➤ La construction du navire dans le cadre de l'offre de base

Le Délégué assure la construction du navire conforme aux réglementations applicables. Pour ce faire le Délégué exécute sous sa seule responsabilité et finance, notamment les missions suivantes :

- concevoir un navire adapté à une navigation en mer et respectueuse des règles et normes applicables ;
- concevoir un navire conforme aux besoins de desserte de l'île des Pins en nombre de passagers, de trafic, de dimensionnement, etc. ;
- communiquer les plans du navire à la province Sud pour validation ;
- construire un navire conforme aux plans définis ;
- respecter le calendrier de construction du navire.

La province Sud pourra aussi demander au Délégué, au cours de la délégation, dans le cadre d'une option, d'affréter un navire pour assurer la desserte de l'île des Pins pendant la période de construction du navire.

➤ L'exploitation commerciale et technique de la Desserte dans le cadre de l'offre de base et la variante facultative

Le Délégué assure l'exploitation de la Desserte et la promotion de son trafic passagers. Pour ce faire le Délégué exécute sous sa seule responsabilité et finance, notamment les missions suivantes :

- veiller à la bonne utilisation du navire ;
- veiller au respect des règles applicables en terme de navigation (capitaine, nombre de matelots, etc.) ;
- obtenir les autorisations nécessaires pour l'embarquement et débarquement des passagers à Nouméa ;
- prendre toutes dispositions utiles pour assurer aux usagers un service continu et de qualité ;
- assurer une parfaite information des usagers, par tous moyens appropriés, notamment sur les horaires de fonctionnement du navire et de desserte de l'île des Pins ;
- assurer la gestion des relations avec les usagers (traitement des demandes, gestion des réclamations et des incidents, facturation, etc.) ;
- assurer l'aménagement et l'entretien du navire ;
- fournir annuellement à la province Sud des états comportant tous renseignements d'ordre statistique concernant l'exploitation des services qu'il assure en application de la Délégation.

3.3. Durée du contrat de la Délégation

Si l'offre de base d'un candidat est retenue, la Délégation aura une durée estimée à quinze ans à déterminer au cours des négociations au regard de la nature et du montant de l'investissement à réaliser pour l'exploitation de la Desserte et ne pourra dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.

Si la variante facultative d'un candidat est retenue, la Délégation aura une durée estimée à cinq ans à compter de sa signature.

3.4. Le périmètre de la Délégation

Dans le périmètre de la Délégation, les biens qui seront exploités par le Délégué sont classés en trois catégories :

- les **biens de retour** constitués des biens meubles et immeubles, par nature ou par destination, nécessaires à l'exploitation du service public délégué. Parmi ces biens de retour, on retrouve le navire qui sera, soit apporté par le Délégué et affecté au service de Desserte, soit construit par le Délégué en application du contrat de DSP. A l'expiration de la Délégation, le Délégué sera tenu de remettre à la province Sud, gratuitement et en bon état de fonctionnement, l'ensemble de ces biens de retour considérés comme appartenant *ab initio* à la province Sud (voir développements point 2.1.2, p. 9 et 10) ;
- les **biens de reprise** constitués de biens meubles et immeubles du Délégué, qui ne sont pas indispensables mais utiles au fonctionnement de la Délégation. Ces biens sont la propriété du Délégué et peuvent être repris, le cas échéant, par l'autorité délégante en fin de Délégation dans les conditions prévues par le contrat ;
- les **biens propres** du Délégué qui ne sont ni nécessaires ni utiles au fonctionnement de la Délégation. Ces biens appartiennent en pleine propriété au délégué et ne sont pas grevés d'un droit de reprise par l'autorité délégante.

Les biens de retour et les biens de reprise feront l'objet d'un inventaire mis à jour au cours de l'exécution de la Délégation.

4. CARACTERISTIQUES GENERALES

4.1. Le régime de responsabilité

Le Délégué s'engage à assurer le meilleur fonctionnement de la Desserte et à respecter rigoureusement la réglementation en vigueur.

4.1.1. Responsabilité de la province Sud

La province Sud est responsable du respect de la réglementation et des normes pour la réalisation des missions qui ne sont pas transférées au Délégué au titre de la Délégation (ex. construction des embarquements, gestion des points d'accostage, etc.).

Les dommages causés aux personnels, aux matériels ou aux tiers à l'occasion d'opérations effectuées pour la prestation des services assurés par la province Sud ou sous sa responsabilité et les frais et indemnités qui en résulteraient sont à la charge de la province Sud dans les conditions du droit commun.

4.1.2. Responsabilité du Délégué

Le Délégué est responsable du respect des réglementations et normes imposées par la province Sud dans l'exécution de la Délégation.

Les dommages causés aux personnels, aux matériels ou aux tiers à l'occasion des missions assurées par le Délégué sous sa responsabilité, et les frais et indemnités qui en résulteraient, sont à la charge du Délégué dans les conditions du droit commun.

La responsabilité du Délégué n'est pas engagée dans le cas de force majeure défini par la jurisprudence.

Dans le cas de force majeure prolongée entraînant ou risquant d'entraîner des restrictions permanentes ou même l'obligation de ne pas desservir l'île des Pins, le Délégué proposera au délégant les mesures à prendre afin d'éviter cette suspension de la Desserte et pour organiser la poursuite de l'exploitation dans les conditions les plus appropriées.

4.2. Modalités de contrôle du service et d'accès à l'information

4.2.1. Audits et contrôles

La province Sud peut, à toute époque, faire procéder à un audit ou un contrôle de gestion de l'exploitation de la Délégation.

Elle peut à tout moment, soit directement, soit avec l'assistance d'organismes extérieurs qu'elle désigne librement :

- contrôler l'état du navire, son entretien, nettoyage, maintenance et bon fonctionnement ;
- vérifier que le Délégué respecte les stipulations de la Délégation et les réglementations en vigueur qui s'imposent à lui ;
- demander que le Délégué réponde à toutes questions en rapport avec le fonctionnement de la Délégation.

Le Délégué doit :

- justifier à la province Sud les informations qu'il aura fournies, au moyen de tous documents techniques ou comptables, et l'autoriser à prendre copie de ces documents sous réserve des droits à la protection de la vie privée garantis par la loi ;
- prêter son concours aux agents de la province Sud ou à ceux de l'organisme qui l'assiste en leur facilitant l'accomplissement de leur mission et en leur fournissant tous les documents nécessaires ;
- fournir à la province Sud toutes les informations nécessaires en cas de plainte d'un ou plusieurs utilisateurs.

4.2.2. Réunion de suivi de l'exploitation

Le Délégué devra se tenir à la disposition de la province Sud et de ses services pour toutes demandes d'information et de réunion durant la Délégation.

Il est prévu, *a minima*, la tenue entre les services de la province Sud et ceux du Délégué de deux réunions annuelles d'un comité de suivi *ad hoc*. Ce comité sera composé de représentants de la province Sud et du délégué en nombre égal.

4.2.3. Etablissement d'un rapport annuel

Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-3 ancien du CGCT, le délégataire produira chaque année avant le 1^{er} juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la Délégation et une analyse de la qualité de la Délégation. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à la province Sud d'apprécier les conditions d'exécution de la Délégation.

Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée de la province Sud qui en prend acte.

5. CARACTERISTIQUES FINANCIERES DE LA DELEGATION

5.1. Financement prévisionnel de la Délégation

5.1.1. Compensation pour sujétions de service public

La province Sud entend promouvoir les moyens de desserte de l'île des Pins pour répondre à une demande des habitants de l'île et favoriser la continuité du territoire de la Nouvelle-Calédonie ainsi que le développement de l'activité touristique.

Pour ce faire, la province Sud versera au Délégataire une contribution forfaitaire.

La contribution forfaitaire fera l'objet d'une notification par la province Sud au plus tard la première année d'exécution de la Délégation.

Les modalités de versement de cette contribution et son montant seront déterminés avec le candidat, le cas échéant au cours des négociations.

5.1.2. Autres modalités liées au financement

La province Sud ne garantira aucun emprunt contracté par le Délégataire dans le cadre de l'exécution de la Délégation. Elle demandera au Délégataire de constituer des garanties de nature diverse (garantie d'achèvement des travaux, garantie d'exploitation, etc.) afin de garantir sa capacité financière à respecter les engagements, en particulier financiers, qu'il aura souscrits.

5.2. Modalités de rémunération du Délégataire et régime financier

Le Délégataire gèrera et exploitera la Desserte, et le cas échéant procèdera à la construction du navire, à ses risques et périls.

Dans ces conditions, les recettes prévisionnelles tirées de l'exploitation de la Desserte seront réputées permettre au Délégataire d'assurer son équilibre économique, sur la base d'un compte d'exploitation prévisionnel annexé à la Délégation.

La rémunération du Délégataire sera assurée par les redevances perçues sur les usagers du navire.

Ces recettes seront calculées sur la base des tarifs prévus par la Délégation, après application d'une formule d'indexation de ces tarifs.

Le Délégué devra notamment s'acquitter du paiement d'une redevance d'occupation du domaine public au titre de l'occupation des points d'accostage pour l'embarquement et débarquement des passagers.

Il devra s'engager à reverser à la province Sud une participation aux résultats de l'exploitation dans le cas où le résultat net après impôt serait positif (retour à meilleure fortune).

5.3. Impôts et taxes

Le Délégué supportera la charge de tous les impôts et taxes dont il peut être redevable en raison des activités prévues par la présente Délégation.