



COPIE

Chambre régionale des comptes
de Mayotte

DEPARTEMENT DE MAYOTTE

Article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales
Délégation pour la gestion et l'exploitation du port de Mayotte

Séance du 31 octobre 2013

AVIS n° B 13-036

LA CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES DE MAYOTTE,

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1115-1, L. 1115-1-1, L. 1411-1 à L. 1411-18, R. 1411-6, L. 1413-1, L. 1424-3, L. 2121-12, L. 2121-13, L. 2224-7, L. 2224-7-1, L. 2224-8 ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques, notamment ses articles L. 1 et L. 2125-1 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code des transports ;

Vu le code des ports maritimes ;

Vu le code des juridictions financières ;

Vu la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte ;

Vu le courrier du 24 septembre 2013, enregistré au greffe de la chambre le 3 octobre 2013, par lequel le préfet de Mayotte saisit la chambre, sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales, d'une convention conclue le 3 juillet 2013 entre le Département de Mayotte et la société Mayotte Channel Gateway SAS relative à la délégation du service public de gestion et d'exploitation du port de Mayotte – site de Longoni, terminal pétrolier des Badamiers et terminal croisiériste de Mamoudzou, ensemble les pièces transmises à l'appui de la saisine ;

Vu la lettre du président de la chambre régionale des comptes du 7 octobre 2013, informant le président du conseil général de Mayotte de la transmission des documents susvisés et l'invitant à faire connaître ses observations ;

Vu les pièces complémentaires déposées à la chambre par le préfet de Mayotte le 10 octobre 2013 ;

Vu les courriels du préfet de Mayotte des 25 et 28 octobre 2013 ;

Entendu le procureur financier, en ses observations ;

Après avoir entendu M. Stéphane Gueguein, premier conseiller, en son rapport ;

REND L'AVIS SUIVANT :

I - Sur la compétence de la chambre et la recevabilité de la saisine du préfet

Considérant que, par lettre du 24 septembre 2013, le préfet de Mayotte a saisi la chambre, sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales, de la convention conclue le 3 juillet 2013 entre le Département de Mayotte et la société Mayotte Channel Gateway SAS relative à la délégation du service public de gestion et d'exploitation du port de Mayotte – site de Longoni, terminal pétrolier des Badamiers et terminal croisiériste de Mamoudzou ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *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 (...)* » ;

Considérant que, dans une décision du 30 juin 1999 syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais, le Conseil d'Etat a précisé que la rémunération prévue pour le cocontractant est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service dès lors que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le délégant représente environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le délégataire ; que, toutefois, même en dessous de ce seuil, le juge administratif admet que la rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats d'exploitation dès lors qu'une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant ;

Considérant qu'en l'espèce la convention confiant la gestion et l'exploitation de la majeure partie des sites du port de Mayotte a non seulement pour objet d'autoriser le cocontractant du département à occuper le domaine public maritime mais lui confie principalement la mission d'exploiter les équipements existants et la réalisation de nouveaux équipements en contrepartie des rémunérations qu'il pourra percevoir de leur exploitation ; que les stipulations de l'article 41 de la convention en question exclut expressément toute intervention financière du département pour compenser un éventuel déficit d'exploitation ;

Considérant ainsi qu'en regard à son objet et au mode de rémunération du cocontractant du département, cette convention peut donc être qualifiée, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, de concession d'outillage public déléguant une mission de service public à un cocontractant dont la rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation¹ ;

Considérant qu'il s'ensuit que la chambre régionale des comptes de Mayotte est compétente, en application de l'article L. 1411-18 susvisé, pour formuler des observations sur la convention précitée ; que cette convention étant dûment accompagnée des pièces prévues à l'article R. 1411-6 du même code, la saisine du préfet de Mayotte est recevable ;

Considérant qu'en application de l'article R. 1411-6 sus évoqué : « [...] *La chambre rend un avis motivé dans lequel elle examine notamment les modalités de passation, l'économie générale de la convention ainsi que son incidence financière sur la situation de la collectivité [...]* » ; qu'il convient dès lors d'examiner le contrat de délégation objet de la saisine au regard de ces trois aspects ;

II - Sur les modalités de passation de la convention de délégation

Considérant que la saisine du préfet de Mayotte doit être examinée, pour ce qui concerne l'étude des modalités de passation de la convention examinée, en tant que le présent avis pourrait légitimer l'introduction d'une procédure contentieuse devant le tribunal administratif de Mayotte sur le fondement des dispositions des articles L. 2131-2 et L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales ; qu'il convient de relever que ce recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction au titre duquel il appartiendra au juge administratif « *s'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences et, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* » ;

¹ Voir notamment conseil d'Etat, 10 juin 2009, *port autonome de Marseille*, req. n° 317671.

² Conseil d'Etat, 23 déc. 2011, *ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, req. 348647

A. Sur les consultations préalables :

1. Sur la consultation du conseil portuaire :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 623-2 du code des ports maritimes : « *Le conseil portuaire est obligatoirement consulté sur les objets suivants : ...4° Les avenants aux concessions et concessions nouvelles (...)* » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le conseil portuaire a été consulté lors de sa séance du 3 juin 2013 ;

2. Sur la consultation du comité technique paritaire (CTP) :

Considérant qu'aux termes de l'article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifié par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 : « *Les comités techniques paritaires sont consultés pour avis sur les questions relatives : 1° A l'organisation et au fonctionnement des services ; 2° Aux évolutions des administrations ayant un impact sur les personnels ; 3° Aux grandes orientations relatives aux effectifs, emplois et compétences [...]. Les incidences des principales décisions à caractère budgétaire sur la gestion des emplois font l'objet d'une information des comités techniques [...]* » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la consultation ainsi prévue des comités techniques paritaires, qui a pour objet, en associant les personnels à l'organisation et au fonctionnement des services, d'éclairer les organes compétents des collectivités publiques, doit intervenir avant que les autorités prennent leur décision sur les questions soumises à cette consultation et, s'agissant d'une délégation de service public, avant la décision arrêtant le principe de cette délégation ; que toutefois la consultation du comité technique paritaire prévue par l'article 33 précité n'est pas obligatoire dans le cadre du renouvellement d'une délégation de service public si ce renouvellement n'entraîne aucune modification dans l'organisation ou les conditions générales de fonctionnement du service concerné³ ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention en cause intervient pour procéder au renouvellement d'une concession en cours d'exécution au motif que les aménagements nouvellement effectués, notamment la construction d'un nouveau quai de déchargement et d'un terminal gazier et pétrolier, ne pouvaient régulièrement être intégrés dans le champ de la concession en cours par la voie de l'avenant ; que toutefois l'extension du champ de la délégation aura nécessairement pour effet d'affecter l'organisation ou les conditions du fonctionnement, et notamment l'effectif, du service du port de Mayotte ;

³ Jurisprudence constante sous l'empire de l'ancienne rédaction de l'article 33 aux termes de laquelle : « *Les comités techniques paritaires sont consultés pour avis sur les questions relatives : 1° A l'organisation des administrations intéressées ; 2° Aux conditions générales de fonctionnement de ces administrations* » (voir CE 27 janvier 2011 *commune de Ramatuelle* requête n° 338285 ; CAA Marseille 24 janvier 2011 *Cne de Six Fours les plages*, requête n° 08MA03791 ; CAA Bordeaux 3 mars 2009 *Capdeboscq*, requête n° 07BX02078 ; CAA Douai 10 avril 2007 *SA Saur France*, requête n° 05DA00188) ; jurisprudence pérennisée sous la nouvelle rédaction : TA Poitiers 17 février 2011 *SA Aquitaine Gestion urbaine*, requête n° 0900521).

Considérant que le CTP n'a été consulté que le 15 mars 2012, soit postérieurement à la délibération du conseil général du 31 janvier 2012 arrêtant le principe de la délégation de service public en cause ;

3. Sur la consultation de la commission des services publics locaux :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales : « *Les [...] départements créent une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics qu'ils confient à un tiers par convention de délégation de service public [...]. Cette commission, présidée par le président du conseil général, [...] comprend des membres de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant, désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle, et des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant. [...] La commission [...] est consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur : 1° Tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4 [...]* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-4 sus évoqué : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales [...] 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 [...]* » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la consultation de la commission consultative des services publics locaux s'impose lorsque l'assemblée délibérante est amenée à se prononcer sur le principe d'une première délégation de service public ou de son renouvellement⁴ ;

Considérant que la commission consultative des services publics locaux ne s'est réunie pour se prononcer sur la convention examinée que le 19 mars 2012, donc postérieurement à la délibération du 31 janvier 2012 par laquelle le conseil général s'est prononcé en faveur d'une gestion déléguée du service public de l'exploitation du port de Mayotte ;

4. Sur la décision du conseil général adoptant le principe de la délégation du service public :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, [...] se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local [...]. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.* » ; qu'aux termes de l'article L. 3121-18 du même code : « *Tout membre du conseil général a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires du département qui font l'objet d'une délibération.* » ; qu'aux termes de l'article L. 3121-18-1 dudit code : « *Le conseil général assure la diffusion de l'information auprès de ses membres élus par les moyens matériels qu'il juge les plus appropriés. (...)* » ;

⁴ Conseil d'Etat, 4 juillet 2012, *FARE SUD et autres*, req. 350752 et CAA Marseille, 16 janvier 2012, *commune de Cavalaire-sur-mer*, requ n° 10MA00185.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le conseil général de Mayotte s'est prononcé le 31 janvier 2012 sur le principe du recours à une gestion déléguée d'une partie du port de Mayotte sur la base du rapport n° 2012-00645 du président du conseil général ; que ce rapport comporte les éléments nécessaires à une bonne information des élus en précisant notamment le périmètre de la future concession, les missions qui seront confiées au cocontractant, la durée prévisible du contrat et ²la nécessité de recourir à un prestataire pour procéder à l'élaboration du projet de convention ;

Considérant toutefois que les pièces du dossier ne permettent pas d'établir que les élus ont été convoqués dans les délais requis préalablement à la tenue de la séance et qu'ils ont obtenu communication du rapport précité dans des délais suffisants ; qu'enfin cette délibération a été adoptée sans que les élus bénéficient de l'éclairage apporté par l'avis précité du comité technique paritaire ou celui de la commission consultative des services publics locaux, instances consultées après le 31 janvier 2012 ;

Considérant, par conséquent, que cette délibération doit être regardée, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, comme irrégulière, nonobstant la circonstance que le comité technique paritaire et la commission consultative des services publics locaux ont été consultés dans le courant de l'année 2009⁵ dans le cadre d'un projet de délégation de service public déclaré sans suite pour motif d'intérêt général le 22 novembre 2010 eu égard à l'ancienneté de ces consultations ;

Considérant qu'il demeure, au vu de la consultation de ces instances et de leur approbation unanime du projet, que l'irrégularité de la délibération du 31 janvier 2012 ne devrait pas conduire, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, à une mise en cause de la validité de la convention transmise par le préfet de Mayotte⁶ ;

B. Sur les formalités de publicité et de mise en concurrence :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : « *Après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et à un recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1 [...]* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-1 sus évoqué : « *[...] Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. [...] La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur [...].* » ; qu'aux termes de l'article R. 1411-1 dudit code : « *L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication. Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et*

⁵ Soit selon le rapport n° 2012-00645 précité les 18 mai 2009 pour le CTP et le 16 avril 2009 pour la commission consultative des services publics locaux.

⁶ Voir l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 21 juin 2012, « *Société FREE SAS et société COLT TECHNOLOGY SERVICES* » req. n° 10VE02473-10VE02748.

mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le 29 juin 2012 le Département de Mayotte a procédé à l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne, au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, aux journaux d'annonces légales France Mayotte Matin et Mayotte Hebdo et à l'hebdomadaire Le marin, représentant la presse spécialisée ; que cet avis comportait les informations relatives à l'identification de la collectivité délégante, au cadre de la consultation, à l'objet et aux caractéristiques essentielles de la convention envisagée, aux renseignements et pièces justificatives à produire par les candidats, aux critères de sélection des candidatures et de jugement des offres, aux exigences de présentation formelle des candidatures, à la date limite de remise et les voies et délais de recours ; que la date limite de remise des candidatures, fixée au 6 septembre 2012, repoussée au 14 septembre suivant par avis rectificatif du 7 août 2012, respectait le délai d'un mois prévu par les dispositions précitées de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ; que partant, il y a lieu de regarder les opérations de publicité comme suffisantes ;

Considérant que ces opérations de publicité ont conduit deux candidats à se présenter ;

1. Sur les interventions de la commission d'ouverture des plis :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « (...) La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés [...] et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 susvisé : « (...) par une commission composée a) Lorsqu'il s'agit d'un département (...) par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste / (...) Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires. / Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative. / Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public. (...) » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la commission d'ouverture des plis, dénommée commission de délégation de service public (CDSP) par le Département de Mayotte, doit, d'une part, après réception des candidatures des opérateurs économiques intéressés, dresser la liste des candidats admis à présenter une offre et, d'autre part, après l'ouverture des plis contenant les offres, donner son avis sur les opérateurs économiques avec lesquels l'autorité responsable de la personne publique délégante peut engager une négociation⁷ ;

⁷ Voir avis contentieux du Conseil d'Etat du 15 décembre 2006, *Préfet des Alpes Maritimes*, req. n° 297846).

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'élection des membres de la commission aurait été contestée devant le juge de l'élection dans le délai prévu à l'article R. 119 du code électoral, de sorte que son irrégularité éventuelle serait sans influence sur la procédure de passation de la convention de délégation de service public⁸ ;

Considérant que cette commission s'est réunie à quatre reprises les 17 et 28 septembre 2012, le 11 décembre 2012 et le 28 mai 2013 ; que lors de la première de ces réunions cette commission a constaté que deux enveloppes avaient été remises dans les délais fixés ; que le 28 septembre 2012, elle a, suite à l'analyse des dossiers de candidature, autorisé les deux candidats en lice à remettre une offre et a donc procédé à l'ouverture des enveloppes contenant les offres ; que le 11 décembre 2012, elle a procédé à une première analyse des offres déposées ; que le 28 mai 2013, elle s'est prononcée sur les offres déposées à l'issue de la phase de négociation ;

- Sur l'examen des candidatures :

Considérant que, selon le point 6.1 du règlement de la consultation, les candidats devaient produire, notamment, une description détaillée du candidat, une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, la part de ce chiffre d'affaires concernant les services de gestion et d'exploitation de port, des attestations d'assurance et le bilan et les comptes de résultats des trois derniers exercices connus ainsi qu'une note de compréhension générale présentant la vision du candidat sur les enjeux au cours de l'exécution de la délégation, une lettre de motivation exposant les moyens qu'il entend mettre en œuvre pour assurer la continuité du service et le respect du principe d'égalité des usagers, une déclaration des effectifs moyens annuels et l'importance du personnel d'encadrement sur les trois dernières années ainsi que la liste des principales références en rapport avec l'objet de la délégation ou tous documents justifiant de sa capacité professionnelle ;

Considérant que ces documents devaient être fournis pour l'ensemble des cotraitants ainsi que pour les sous-traitants si le candidat souhaitait que leur intervention soit prise en compte au stade de l'examen de la candidature ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que si la CDSP a procédé à l'examen du respect par les candidats de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public, l'examen des garanties professionnelles et financières des candidats paraît présenter des incohérences ;

Considérant que le Département de Mayotte pouvait admettre la candidature d'une société ne justifiant d'aucune expérience dans le domaine portuaire mais présentant des garanties quant à sa capacité à exploiter et à gérer le port de Mayotte ; que pour justifier de sa capacité technique, la société titulaire de la délégation, qui dispose d'une expérience non négligeable dans le développement de multiples activités économiques à Mayotte, a légitimé sa candidature par l'expérience acquise par son associée-gérante en tant que présidente de la chambre de commerce et de l'industrie de Mayotte pendant deux années et par la présentation de trois sociétés « partenaires » : la société APMT, acteur majeur de la gestion portuaire au niveau mondial, la société Boluda, par le biais de la société Somarsal, pour les activités de remorquage-lamanage qu'elle assure sur le port de Mayotte depuis vingt ans, et la société Henri Fraise et Fils, société, principalement implantée à Madagascar, spécialisée dans la

⁸ Voir Conseil d'Etat, arrêt du 8 avril 2009 *Société SOGEDO*, req. n° 301153 et 301212)

fourniture et l'entretien de véhicules-outils, assurant également les formations nécessaires à l'utilisation desdits véhicules ;

Considérant que si l'existence de ces partenaires, notamment de la société APMT, justifiait amplement de la capacité technique de ce candidat, il demeure qu'outre l'absence d'engagement de la société APMT, qui se déclare prête à étudier une possibilité de coopération, les capacités de ces sociétés tierces ne pouvaient être prises en compte, en tant que cotraitants ou de sous-traitants, qu'à la condition que soient fournis les documents prévus par le règlement de la consultation, parmi eux les bilans et comptes de résultats des trois derniers exercices connus et une déclaration des effectifs moyens annuels, ce qui n'a pas été fait ;

Considérant de plus que la CDSP, qui prend acte du caractère précaire de l'engagement de ces opérateurs économiques, mentionne que leur engagement ferme et définitif devra être établi en phase d'analyse des offres ; que le département ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité d'accès à la commande publique, autoriser un candidat, dont le dossier ne semblait pas encore finalisé, à déposer une offre⁹ ;

Considérant que ces irrégularités, dans le cadre d'un recours de plein contentieux, ne devrait, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, conduire à l'invalidation ou à la résiliation de la convention qu'à la condition que la capacité technique de la société titulaire à exécuter seule la convention ne puisse être regardée comme suffisante ; que cette appréciation ne paraît pas devoir être retenue eu égard aux références de la société attributaire dans le domaine de la gestion d'infrastructures lourdes, de l'aménagement de zone d'activité ainsi que de l'expérience de l'associée-gérante dans la gestion du port de Mayotte en tant qu'ancienne présidente de la chambre de commerce et de l'industrie de Mayotte pendant deux années ;

Considérant enfin que selon la note d'observation du représentant de la direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIECCTE) annexée au procès-verbal de la séance de la CDSP du 11 décembre 2012, deux irrégularités semblent avoir entaché la tenue de la réunion du 28 septembre 2012 de la CDSP ; que cette note retient tout d'abord que la représentante de la DIECCTE n'a pu participer aux travaux de la commission eu égard à l'heure de la convocation, 9h, et à la tenue de la réunion, qui a débuté entre 10h30 et 10h50 sans qu'elle soit informée d'un quelconque retard ; que de surcroît cette note retient qu'aucune des candidatures ne comportait les attestations sur l'honneur confirmant que le candidat est à jour de ses déclarations fiscales et sociales, que les salariés seront employés régulièrement, que le candidat ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de concourir et respecte l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et que les demandes de régularisation sont intervenues tardivement par rapport au délai de 48 heures prévu par les dispositions de l'article 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 ;

Considérant que ces irrégularités ne semblent pas, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, de nature à mettre en cause la convention de délégation en l'absence d'éléments établissant que le département aurait sciemment évincé la représentante de la DIECCTE de la tenue de la commission et en l'absence de méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats, les deux candidatures étant concernées par l'irrégularité qu'auraient constitué les demandes de régularisation tardives ;

⁹ Voir Conseil d'Etat, arrêt du 14 mars 2003, *SOCIETE AIR LIB et autres*, req. 251610

- Sur l'examen des offres :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : « (...) *Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.* » ;

Considérant que les conditions de quorum étant réunie, sous réserve de la régularité des convocations de ses membres, la CDSP s'est régulièrement prononcée en faveur de l'ouverture de la phase de négociation ;

- 2. Sur les modalités de la négociation :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « [...] *La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 dudit code : « [...] *Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre [...]* » ;

Considérant que le cadre de cette négociation ne fait l'objet d'aucune restriction réglementaire ; que le juge administratif contrôle que le pouvoir adjudicateur respecte, à cette occasion, les principes généraux du droit de la commande publique, à savoir la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ; que, par exemple, il lui est possible d'apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'il envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire¹⁰ ;

Considérant de plus, que l'autorité délégante est tenue d'apporter aux candidats, avant le dépôt de leur offre, une information sur les critères de sélection des offres ; que si cette autorité est théoriquement tenue par une simple appréciation globale de ces critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées, le Département de Mayotte, en décidant de procéder à la communication d'une liste de cinq critères affectés d'une pondération, se trouvait alors tenu par ces modalités de mise en œuvre des critères¹¹ ; qu'il lui était en revanche possible de préciser le sens et la portée des critères

¹⁰ Voir Conseil d'Etat, arrêt du 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'ouest parisien et autres*, req. 216902 et CAA Versailles 6 novembre 2007 *société IDF communications*, requête n° 06VE00493.

¹¹ Voir Conseil d'Etat, arrêt du 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827 et 26 mars 1997, *Commune de Sceaux*, req. n° 129943.

de sélection au cours de la consultation, dès lors que ces précisions n'ont ni pour objet, ni pour effet de créer des discriminations injustifiées entre les entreprises candidates¹² ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le département a mis cette étape à profit pour conduire les candidats à faire évoluer leurs offres, notamment pour le groupement concurrent du candidat retenu, dont la note est passée de 51 à 63 sur 100, alors que le candidat retenu a vu sa notation stagner, passant de 69,5 à 70 sur 100 ;

Considérant que l'analyse portée par la CDSP sur les offres remises après la négociation résulte d'une volonté particulière du Département de Mayotte ; que cet avis, qui n'est pas prévu par les dispositions précitées des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, n'est pas de nature à entacher la régularité de la procédure au regard de la liberté de l'autorité délégante d'organiser les modalités de la négociation ; que l'analyse des offres effectuées par cette commission, qui est sanctionnée par l'attribution d'une nouvelle note¹³, et la circonstance que le rapport de présentation ne fait pas état de l'établissement d'une note différente par le président du conseil général, seule autorité habilitée à choisir le délégataire, ne sont pas de nature à invalider la procédure eu égard à la circonstance que ce dernier s'approprie l'analyse effectuée par la CDSP et la complète en exposant les motifs du choix du délégataire ;

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que la mise en œuvre des critères d'attribution serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ; que les différents rapport d'analyse des offres explicitent le choix de l'offre de la société retenue comme étant la plus avantageuse en dépit de la moindre qualité de son offre pour ce qui concerne le critère n° 3, à savoir celui afférent aux moyens techniques et matériels mobilisés et aux modalités d'organisation et de gestion ; que les deux offres ont été jugées équivalentes sur le critère n° 1, qualité du projet de développement du service, et sur le critère n° 5 robustesse du montage juridico-financier ; que l'offre retenue a obtenu des notes supérieures à celles du groupement concurrent pour les deux autres critères : qualité du projet en matière de développement durable et appropriation des orientations du département et modalités d'équilibre de la délégation et performance financière ; que la mise en œuvre de la pondération annoncée dans les documents de la consultation désignait la Société Nel Import-Export (SNIE), dont la société Mayotte Channel Gateway SAS est une émanation, comme devant être désignée comme attributaire du contrat ;

3. Sur les modalités de choix du délégataire par l'assemblée délibérante :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales : « Deux mois au moins après la saisine de la commission [de délégation de service public] prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, éclairées par les travaux parlementaires, que l'objet de ce délai est de garantir l'efficacité de la négociation engagée avec les opérateurs économiques retenus après l'avis de la commission ; que ce délai commence à courir de la saisine de la commission qui est la date limite de réception des plis contenant les offres des

¹² Voir conseil d'Etat, arrêt 20 octobre 2006 *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, requête n°287198.

¹³ Ce qui n'apparaît pas dans le procès-verbal de la séance du 29 mai 2013 mais ressort de la lecture du rapport de présentation du 8 juillet 2013.

candidats et non celle à laquelle cette commission donne son avis sur le ou les candidats avec lesquels la discussion doit s'engager ; qu'il fait obstacle à ce que l'assemblée délibérante de la personne publique délégante puisse valablement se prononcer sur le choix du délégataire et le contrat de délégation moins de deux mois après la date limite de réception des offres¹⁴ ;

Considérant qu'en l'espèce la procédure mise en œuvre prévoyait la remise des offres dans le même temps que le dépôt des candidatures ; que toutefois, eu égard au délai ayant séparé la session de la CDSP ayant procédé à l'ouverture des offres, soit le 28 septembre 2012, de la date de la délibération autorisant l'exécutif départemental à conclure la convention, soit le 8 juillet 2013, il y a lieu de regarder la condition prévue par les dispositions précitées de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales comme satisfaite ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-5 dudit code : « [...] *L'autorité habilitée à signer la convention [...] saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat* » ; et qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du même code : « [...] *Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération.* » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'assemblée délibérante doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis du contrat ainsi que les éléments financiers exacts et l'identité de son attributaire¹⁵ ;

Considérant que le rapport n° 2013-001199 du président du conseil général de Mayotte du 8 juillet 2013 comporte en annexe les procès-verbaux de toutes les séances de la CDSP afférentes à la procédure de délégation de service public examinée, la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci ainsi que les motifs du choix de la candidate ; que toutefois la présentation de l'économie générale de la convention paraît insuffisante ;

Considérant que l'exécutif départemental présente dans son rapport le montant de la part fixe de la redevance à la charge du concessionnaire, soit 1 625 000 € HT par an, ainsi que le mécanisme de participation du département à la politique d'investissement par l'abandon de cette part fixe sur les six premières années d'exécution du contrat ; que toutefois ledit rapport ne présente que les modalités de calcul de la part variable de la redevance et n'indique ni son montant prévisionnel annuel, qui oscille entre 3,5 et 7 M€, ni le montant prévisionnel total pouvant être attendu, soit 93 422 000 €, dont 84 % de part variable ; que n'y figurent pas non plus les éléments de la rémunération du cocontractant, soit presque 40 M€ de résultats nets cumulés ;

Considérant que ce rapport ne mentionne pas non plus qu'à l'issue de la convention le département devra indemniser le concessionnaire d'une partie des investissements réalisés pour un montant pouvant atteindre plus de 48 M€ (voir infra) ;

¹⁴ Voir conseil d'Etat, avis du 15 décembre 2006 *préfet des Alpes Maritimes*, req. n° 297846.

¹⁵ Voir conseil d'Etat, arrêt du 10 janvier 2007 *Société Pompes funèbres*, req. n° 284063 et 284299 et CAA Bordeaux 6 mai 2008 *Commune de Biarritz*, req. n° 05BX00917 et 05BX00974.

Considérant de plus que ce rapport semble comporter une erreur quant au calcul du montant de la redevance versée par le délégataire à compter de la fin du mécanisme de compensation des opérations d'investissement initial (voir infra) en indiquant que la part fixe de la redevance sera déduite du montant de la part variable et ne constituerait ainsi que le montant minimum de redevance versée, interprétation allant à rebours de tous les éléments figurant dans la convention, y inclus les annexes 11, 19 et 20 ;

Considérant enfin qu'aucune pièce du dossier ne permet d'attester que le conseil général a obtenu communication de l'ensemble des éléments précités ou que le projet de convention a été mis à la disposition des élus dans le délai de quinze jours prévu par les dispositions précitées de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que, dans le cadre d'un recours de plein contentieux, les vices issus des irrégularités affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement peuvent, sous couvert de l'appréciation souveraine du juge administratif, être purgés par l'adoption d'une délibération autorisant régulièrement la signature de la convention¹⁶ dès lors qu'aucun élément ne vient attester d'une quelconque intention frauduleuse ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les éléments du dossier ne permettent pas d'affirmer que la procédure de passation de la convention de délégation de service public prévue par les articles L. 1411-1 à 18 du code général des collectivités territoriales a été respectée eu égard à l'irrégularité de la délibération du 31 janvier 2012 approuvant le principe d'une délégation de service public, à celle du processus de désignation des candidats admis à déposer une offre et aux irrégularités entachant la délibération du 8 juillet 2013 par laquelle le conseil général a autorisé son président à conclure le contrat ; que toutefois ces vices relèvent de la catégorie de ceux pouvant être purgés sans porter atteinte à la vie du contrat ;

III – Sur les stipulations contractuelles et l'économie générale de la convention de délégation

Considérant que l'économie générale d'un contrat de délégation de service public repose sur un ensemble complexe de facteurs incluant la durée du contrat, les modalités de répartition entre le délégant et le délégataire du risque financier sur l'exploitation et l'investissement le cas échéant, les contraintes particulières de fonctionnement imposées au délégataire en termes d'exigences de service public et d'objectifs de performance ainsi que les modalités de leur compensation éventuelle par le délégant, les redevances demandées par le délégant au délégataire pour l'utilisation des moyens immobiliers et mobiliers de la délégation et toute autre stipulation ayant ou susceptible d'avoir au cours du contrat des implications financières pour le délégant et/ou le délégataire ; qu'un contrat de délégation de service public doit être équilibré, c'est-à-dire qu'il doit permettre de réaliser le service public selon un

¹⁶ Voir conseil d'Etat, arrêt du 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres, req. n° 352417

optimum coût-efficacité qui garantit, d'une part, un service de qualité et à un juste prix pour l'utilisateur et pour la collectivité délégante, d'autre part une juste rémunération du délégataire¹⁷ ;

A. Le dispositif contractuel

Considérant que la convention examinée a pour objet de confier, pour une durée de quinze années, à la société Mayotte Channel Gateway (le délégataire) la gestion et l'exploitation de trois sites du port de Mayotte, le site de Longoni, le terminal pétrolier des Badamiers et le terminal croisiériste de Mamoudzou, et l'autorise, par la même convention, à occuper le domaine public dans le périmètre de la délégation, contre le paiement d'une redevance ; que plusieurs éléments de cette convention appellent des observations ;

1. Sur la répartition des obligations de maîtrise d'ouvrage :

Considérant que cette convention ne confère pas au délégataire la qualité de maître d'ouvrage exclusif dans le périmètre de la concession ; que les stipulations de la convention ne permettent toutefois pas de déterminer avec précision les champs d'intervention respectif du délégant et du délégataire ;

Considérant que les stipulations de l'article 1^{er} de la convention, relatif à l'objet du contrat, prévoient que : « le délégataire assure l'entretien, le renouvellement et le développement des installations, ouvrages et outillages faisant l'objet de l'annexe 2. Il assure en outre l'entretien et le développement des infrastructures faisant l'objet de l'annexe 2. / Le département assure le renouvellement des infrastructures faisant l'objet de l'annexe 2 » ; qu'autrement dit, le Département de Mayotte ne conserve que les missions de renouvellement des infrastructures faisant l'objet de l'annexe 2, annexe ayant pour objet l'inventaire des biens mis à la disposition du délégataire en deux catégories : les installations, ouvrages et outillages et les infrastructures ; qu'il convient de préciser que l'annexe 2 est un document contractuel qui, établi de manière très succincte par le délégant pour la procédure de mise en concurrence, sera remplacé par un inventaire classant les biens en biens de retour, de reprise et biens propres, doublé d'un état des lieux détaillés et contradictoires établis dans les six mois suivants la prise d'effet du contrat ;

Considérant que les stipulations de l'article 9 de la convention, relatif à la répartition de la maîtrise d'ouvrage des travaux, prévoient que pour ce qui concerne les infrastructures portuaires listées en annexe 2, le département réalise, sous sa maîtrise d'ouvrage et à ses frais, les travaux d'investissement (travaux neufs, gros entretien et renouvellement) et les travaux d'entretien courant sauf pour ce qui concerne les travaux neufs d'infrastructure dont la réalisation est expressément prévue par l'annexe 10 (Plan d'investissement proposé) ; que ces mêmes stipulations réservent au délégataire les travaux (neufs, gros entretien, renouvellement et entretien courant) pour les superstructures, outillages et équipement listées à l'annexe 2 et confient au département l'ensemble des opérations de travaux portant sur l'infrastructure hors opérations prévues par le plan d'investissement du concessionnaire figurant à l'annexe 10 de la convention ;

Considérant que les stipulations de l'article 13 de la convention, afférent aux règles applicables aux travaux sous maîtrise d'ouvrage de département, précisent très clairement que « Le département conserve la maîtrise d'ouvrage et la charge du financement des travaux relatifs aux infrastructures portuaires » dont la liste figure en annexe 2 ;

¹⁷ CRC Aquitaine 7 septembre 2010 avis de contrôle d'une délégation de service public, n° 2010-0317

Considérant qu'outre l'imprécision des documents de la consultation et de la convention sur la répartition entre les infrastructures et les superstructures et outillages¹⁸, alors que l'annexe 2 inclus dans les documents de la consultation ne fait mention que de superstructures et d'outillages, une incertitude demeure sur la répartition des compétences entre cocontractants pour ce qui concerne les travaux d'infrastructures ; qu'il conviendra aux parties de procéder à une clarification de ces éléments notamment à l'occasion du renouvellement de l'annexe 2 ;

2. Sur les transferts de maîtrise d'ouvrage

Considérant que les stipulations du dernier alinéa de l'article 13 de la convention prévoient que le département se réserve la possibilité de transférer au délégataire, totalement ou non, la responsabilité des travaux d'infrastructure relevant de sa compétence ; que le délégataire se verrait ainsi, en tout état de cause, confier un mandat de maîtrise d'ouvrage et potentiellement le financement de ces travaux ;

Considérant que ces stipulations paraissent critiquables à plus d'un titre ; que le Département de Mayotte ne peut, après s'être réservé une partie des compétences de maîtrise d'ouvrage sur le domaine public concédé et donc la responsabilité du financement des travaux nécessaires, prévoir qu'il pourrait revenir sur cette répartition, remettant potentiellement en cause l'équilibre général de la convention, en confiant le financement de ces travaux à son concessionnaire ; qu'au surplus, les mandats de maîtrise d'ouvrage relevant de la catégorie des marchés publics¹⁹, le concessionnaire ne pourra être désigné titulaire d'un tel marché qu'à l'issue d'une procédure de mise en concurrence respectant les règles de la commande publique ;

3. Sur le régime des biens et la redevance

Considérant qu'ainsi que le prévoient les dispositions des articles L. 2125-1 et L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, l'autorisation d'occupation du domaine public corrélatrice à la concession de service public donne lieu au versement d'une redevance dont les modalités de calcul relevaient de la procédure de mise en concurrence ; que selon les stipulations de l'article 33 de la convention et de ses annexes 11, 19 et 20, la proposition du délégataire est décomposée en une part fixe d'un montant de 1 625 000 € HT et une part variable correspondant à 75 % des redevances sur marchandise et des droits de port ; qu'au-delà de l'impact économique de cette redevance (Cf. infra), il ressort du rapport de présentation des offres que le Département de Mayotte (Cf. supra) semble avoir mal interprété la proposition de la société en regardant le montant de la part fixe comme constituant uniquement le montant minimum garanti de la redevance annuelle, ce montant n'étant, selon ce rapport, pas versé si le montant de la part variable lui est supérieur ;

Considérant que les pièces contractuelles précitées prévoient au contraire que les deux parts de la redevance sont additionnelles, le montant de la part fixe sera effectivement versé à compter de la septième année de contrat²⁰, en sus du montant de la part variable, qui sera effectivement versé dès la première année ;

¹⁸ Aucune définition préalable à l'établissement de la version finale de l'annexe 2.

¹⁹ Voir l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 3 mars 2011, M. A, req. n° 09LY00316.

²⁰ Ce qui semble répondre à la volonté exprimée par le département de ne pas avoir à participer aux opérations d'investissement initiales par l'attribution de subvention dont le montant dépasserait la part fixe de la redevance.

Considérant qu'il convient par ailleurs de relever que les stipulations de l'article 33-02 renvoient par erreur à celles de l'article 52 au lieu de celles de l'article 53 pour ce qui concerne la garantie et le cautionnement ;

B. Sur le contrôle de l'activité du délégataire

Considérant que le Département de Mayotte a organisé le contrôle de l'activité de son délégataire selon des dispositions semblant suffisantes si leur exécution fait l'objet d'un suivi sérieux ; qu'au-delà d'une organisation réglementaire²¹ prévoyant un droit de vérification, sur pièces et sur place, de la bonne exécution du contrat et la remise de comptes rendus annuels accompagnés des bilans et comptes de résultat à laquelle il aurait été intéressant d'adjoindre la tenue d'une comptabilité analytique permettant d'analyser plus finement toutes les activités du délégataire, le département a instauré un suivi spécifique des opérations d'investissement par le biais de la déclinaison du plan d'investissement du candidat en un plan quinquennal glissant et d'un plan annuel soumis, tous deux, au délégant avant le 15 octobre de l'année n-1 à fin de validation ; que de plus, pour toute opération impliquant une dépense supérieure à 300 000 €²², le délégataire maître d'ouvrage soumet son avant-projet sommaire pour approbation ;

Considérant qu'en égard à l'objet de la concession qui est de confier la gestion et l'exploitation des sites concernés du port de Mayotte à un délégataire s'engageant à le transformer en un port de commerce référence dans la zone du canal du Mozambique, ce qui implique nécessairement de grandes opérations d'investissement, soit plus de 100 M€ sur toute la durée du contrat, la mise en place de ces dispositifs de contrôle sont indispensables non seulement pour que le département conserve un droit de regard sur les éléments structurants du site de Longoni, dont l'importance est vitale pour ce département ultramarin, mais également pour contrôler ou empêcher le délégataire, si les éléments de la projection financière ne se concrétisent pas ou pas totalement, de s'engager dans des opérations dont il ne pourra assurer le financement ;

C. Sur la pertinence et la faisabilité du projet

Considérant qu'il résulte des documents de la consultation que le Département de Mayotte, qui s'est vu confier la gestion du port maritime par deux arrêtés préfectoraux du 5 novembre 2009, souhaite, dans le cadre plus global de la départementalisation, user de cette nouvelle compétence pour venir en soutien de sa politique de développement économique ; qu'un important programme d'investissements a été réalisé : mise en place d'un second quai et d'un terminal gazier et pétrolier afin de faire du port de Mayotte l'un des plus performants de la zone ; que dans ce cadre la procédure de délégation de gestion et d'exploitation du port de Mayotte visait à poursuivre cet effort de modernisation ; que le département, en désignant la SNIE comme titulaire, a validé l'ambition du projet d'investissement et du programme de développement économique tant du port que de la zone portuaire développés par cette société lors de la procédure de passation ; que toutefois, ce projet, qui prévoit la réalisation de plus de 100 M€ d'investissement dans les cinq premières années du contrat, ne paraît pas sans risque y compris pour le Département de Mayotte ;

²¹ Voir articles L. 1411-3 et R. 1411-7 et R. 1411-8 du code général des collectivités territoriales.

²² Seuil initialement fixé à 500 000 € par le département mais revu à la baisse sur proposition du délégataire.

1. Sur la faisabilité du projet

- Sur les investissements projetés :

Considérant que, selon l'annexe 10, le concessionnaire a établi un plan d'investissement de 63 350 000 € pour développer rapidement l'attractivité du port de Mayotte par l'installation d'outillages de levage et de manutention, notamment de deux grues et d'un portique, ainsi que l'extension du quai n° 1 et des terre-pleins ; que pour ce qui concerne le développement de la zone industrialo-portuaire, un plan d'investissement de 13 280 000 € vise à l'extension de la zone industrielle Vallée II et à la création d'un bâtiment sous-douane incluant un centre commercial et une zone dédouanée ; qu'est également prévu un plan d'investissement de 24 000 000 € pour la création d'une zone artisanale, service tertiaire, industriel et commercial et de maintenance des autres zones d'exploitation portuaire et l'extension de la zone Vallée III ;

Considérant que, pour le trafic passager, un plan d'investissement de 22 390 000 € prévoit notamment la mise en place d'un ponton flottant et d'une gare maritime visant le trafic inter-îles et le trafic du tourisme de croisière, lequel pourrait reprendre, selon le concessionnaire, dès que la sécurité contre la piraterie sera assurée dans l'océan indien ;

Considérant qu'un plan d'investissement de 4 250 000 € prévoit notamment la création d'un digue anti-clapot avec un quai de débarquement pour les pêcheurs, chalutiers, collecteurs d'algues et la création d'un dock flottant de réparation de petit navire ainsi que la création d'un quai pour les yachts de plus de 30 mètres ;

Considérant enfin qu'un plan d'investissement de 1 407 500 € prévoit la construction de nouveaux bâtiments pour les autorités régaliennes et d'une capitainerie ;

Considérant que le concessionnaire prévoit d'initier tous les investissements précités dans les cinq premières années du contrat ; que la faisabilité pratique de mener de front tous ces chantiers reste à déterminer tant par le concessionnaire que par les prestataires susceptibles d'assurer l'exécution de tous ces travaux simultanément sur le territoire mahorais ;

- Sur le plan de financement

FINANCEMENT	part	montant en €
Fonds propres	10%	10 447 800
Montage défiscalisation	18%	18 806 040
Subvention	30%	31 343 400
Emprunts	36,50%	38 134 470
Autofinancement exploitation	5,50%	5 746 290
Source : annexe 10		

Considérant que le concessionnaire fait reposer son plan d'investissement sur le montage décrit à l'annexe 10 ; que si la part d'emprunt ne paraît pas irréaliste, il convient de relever que, pour l'heure, ce plan de financement n'est pas assuré pour ce qui concerne le montant de la défiscalisation et les subventions en provenance de l'Etat et de l'Union Européenne ; que pour ce qui concerne les subventions, la solution de repli, soit le doublement de la participation du département par la non-perception de la part fixe de la redevance domaniale²³, ne couvrirait que 19,5 M€, soit environ 62 % de ce besoin de financement ;

Considérant que, selon l'annexe 3 de la convention, le délégataire a établi son compte de résultats prévisionnels, sur lequel est assis notamment la capacité d'autofinancement et la rentabilité du projet, sur le fondement d'une croissance constante du trafic commercial ;

Considérant que cette croissance continue du trafic sur toute la période de la convention repose notamment sur l'augmentation prévisible du trafic de conteneurs due au développement du département et à la croissance démographique et sur le développement d'une activité nouvelle²⁴, celle du trafic de transbordement ; que le concessionnaire envisage d'entretenir ces tendances par l'installation des nouveaux équipements de levage et de manutention, permettant notamment de ne plus limiter l'activité du port aux seuls bâtiments grésés ; que les estimations de trafic pour les activités de vrac solide et pour les produits pétroliers et gaziers sont raisonnables puisque pour la première l'estimation de trafic a été fixée au niveau moyen constaté depuis 2001 et que pour les seconds l'estimation a été plafonnée à compter de 2017 nonobstant leur augmentation constante depuis 2001 ; qu'en dehors du développement de l'activité de transbordement, qui constitue une composante commerciale voulue notamment par le département ne pouvant faire l'objet d'une analyse rétrospective, les autres éléments du trafic ne paraissent pas surestimés ;

Considérant que le concessionnaire a également prévu des investissements dont la rentabilité reste à déterminer²⁵ : infrastructures pour le développement du port de pêche, de l'aquaculture, de la réparation navale (4 050 000 € pour les trois) et pour l'accueil de passagers (22 390 000 €) ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sauf pour ce qui concerne le trafic croisiériste²⁶, que les estimations d'activité prévisionnelles ne sont pas totalement découplées de la réalité ;

²³ Sur une période maximale de 12 années au lieu des 6 initialement prévues.

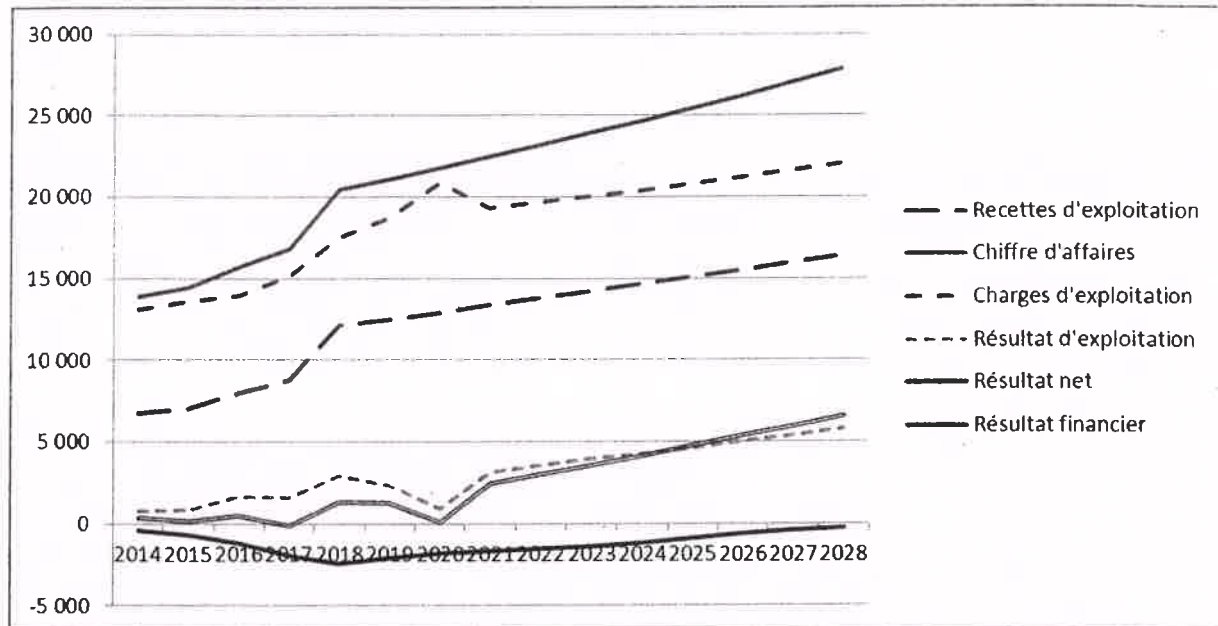
²⁴ Depuis la mise en service du quai n° 2.

²⁵ Le candidat ne fournit pas ailleurs aucune estimation pour ces activités.

²⁶ Domaine où les intentions du concessionnaire ne peuvent être assises sur aucune estimation et sont subordonnées à la disparition des risques liés à la piraterie dans l'océan indien.

- Sur les comptes prévisionnels :

Evolution du résultat d'exploitation (en milliers d'€)



Source : Annexe 19 et 20 de la convention

Considérant que les prévisions économiques précitées ont permis au concessionnaire de bâtir un compte prévisionnel sur la durée de la convention aux éléments plutôt avantageux ; qu'ainsi la société concessionnaire présentera des soldes intermédiaires de gestion et des résultats positifs sur toute la période hormis pour l'année 2017²⁷ ; qu'il convient toutefois de relever que ces prévisions reposent sur deux hypothèses non étayées par des projections²⁸ :

- une prévision d'augmentation de recettes annuelles au titre de l'activité de location de magasins et de bureaux à hauteur de 2 M€, contre moins de 400 000 € entre 2014 et 2017,
- une prévision de recettes nouvelles de 1 668 000 € au titre de la redevance sur le trafic passager alors qu'aucun élément n'indique que le trafic croisiériste pourra se développer d'ici là ;

Considérant qu'en l'absence de ces deux éléments de recettes, le résultat d'exploitation ne deviendrait positif, à chiffres constants, qu'à compter de l'exercice 2025 ; qu'en revanche l'absence de la seule recette liée au trafic de passager ne vient que réduire, sauf pour l'année 2020, le résultat d'exploitation ;

²⁷ Année où le résultat négatif peut être expliqué par une forte augmentation de la dotation pour amortissement et provisions et de la charge de la dette.

²⁸ Comme l'évolution prévisible du trafic maritime

2. Sur l'équilibre financier et l'incidence financière du contrat sur la situation de la collectivité

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la convention de délégation de gestion et d'exploitation du port de Mayotte est organisée aux frais et risques exclusifs du concessionnaire ; que selon les stipulations de la convention, en dehors du renoncement à la part fixe de la redevance pendant une période de six à douze années, le Département de Mayotte ne participera pas aux importantes opérations d'investissement ni aux frais de fonctionnement de la concession ; que le délégataire assumera donc seul les risques financiers tant pour ce qui concerne les investissements, aucune garantie d'emprunt n'est prévue, que pour les charges et produits d'exploitation, aucune subvention d'équilibre n'est prévue, et assurera sa rémunération et le financement des investissements par les seules recettes d'exploitation et une partie, 25 %, des droits de ports et des redevances sur marchandises ; que cet équilibre, qui tient compte de la situation financière du département, est, au premier regard, plutôt favorable à ce dernier car les risques inhérents à la lourde politique d'investissement repose sur le seul délégataire ;

Considérant de plus que la convention prévoit la mise en place d'une garantie à première demande d'un montant d'un million d'euros et la mise en œuvre d'un mécanisme classique de pénalités ; que l'hypothèse d'une « garantie maison-mère » évoquée au cours de la négociation ne présente qu'un intérêt limité eu égard à sa nature de lettre d'intention ;

Considérant donc qu'en théorie, l'incidence financière de cette convention sur les finances du Département de Mayotte sera limitée au versement des redevances par le concessionnaire, soit un total prévisionnel de 93 424 000 € sur la durée du contrat ;

Investissement	Montant en milliers d'€	durée d'amortissement
Levage - manutention	18 970	15 ans
Digue et pont flottant	16 250	15 ans
Extension aménagement quais	23 300	50 ans
Constructions	7 048	50 ans
Création - extension terre-pleins	38 910	50 ans
TOTAL	104 478	

Source : annexe 10

Considérant toutefois que selon les stipulations des articles 34 et 56 de la convention, la plus grande part des investissements, soit 66 %, relève de la catégorie des biens de retour devant faire l'objet d'une indemnisation à l'issue de la convention eu égard à leur durée d'amortissement de 50 ans ; que, compte tenu des stipulations de l'article 56-03 de la convention, le département devra verser une somme d'un montant maximal de 48 480 600 €²⁹ à l'issue de la convention, soit 52 % du montant prévisionnel de redevance versée sur toute la durée de la convention ; qu'au vu du montant potentiel de cette indemnité, il conviendra donc de veiller à ce que les sommes nécessaires soient provisionnées progressivement dès le début de la convention ;

²⁹ Soit 69 258 000 x 70 %, soit la période d'amortissement restant si l'amortissement est linéaire.

Considérant de plus que dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée de la concession, pour quelque motif que ce soit³⁰, le département devra indemniser le concessionnaire de la valeur résiduelle des biens de retour et des biens de reprise qu'il souhaitera conserver ; qu'autrement dit, si l'ambitieux projet de la société concessionnaire ne devient pas rentable, et que cette dernière se voyait par exemple contrainte à une liquidation judiciaire, le Département de Mayotte devrait s'acquitter d'une indemnité pouvant représenter la presque totalité du montant total des investissements prévus, soit plus de 100 M€ ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si le Département de Mayotte semble s'être assuré d'une certaine sécurité juridique dans le cadre de la rédaction de la présente concession en reportant sur son cocontractant les risques liés à l'investissement et à l'exploitation, il demeure, eu égard au montant des investissements projetés et à la circonstance que tous ces investissements devraient être lancés dans les cinq premières années du contrat, que cette sécurité juridique demeure toutefois dépendante de la réussite de l'audacieux pari que constitue la stratégie commerciale du concessionnaire, à savoir moderniser d'un coup toutes les installations concédées³¹, car, en cas d'échec, le département pourrait devoir supporter une indemnité représentant presque dix années de l'intégralité de ses recettes de fonctionnement³² ;

PAR CES MOTIFS,

DECLARE que la saisine de la chambre régionale des comptes par le préfet de Mayotte est recevable ;

ESTIME

- que, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge administratif, le contrat peut être analysé comme une délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ;

- que les éléments du dossier ne permettent pas d'affirmer que la procédure de passation de la convention de délégation de service public prévue par les articles L. 1411-1 à 18 du code général des collectivités territoriales a été respectée eu égard :

- aux modalités de désignation des candidats admis à présenter une offre,
- aux irrégularités affectant la délibération du 31 janvier 2012 approuvant le principe de la délégation,
- aux irrégularités affectant la délibération du 8 juillet 2013 approuvant le choix du délégataire.

³⁰ Y inclus la faute du concessionnaire.

³¹ Ce qui implique de gérer les risques inhérents à mener autant de chantiers de front sans certitude sur la rentabilisation de toutes les installations.

³² Voir l'avis n°B 13-025 du 17 juillet 2013 de la chambre de céans – à chiffres constants.

OBSERVE

- que les stipulations contractuelles comportent diverses irrégularités, imperfections ou imprécisions, notamment :

- les incohérences existant entre les stipulations des articles 1^{er}, 9 et 13 de la convention sur la répartition de la responsabilité des travaux sur les ouvrages d'infrastructure,
- les stipulations afférentes à la possibilité de confier, sans publicité ni mise en concurrence préalable, des mandats de maîtrise d'ouvrage au concessionnaire,

- que si l'équilibre financier de la convention paraît de prime abord très sécurisant pour le département, il demeure qu'il devra s'acquitter d'une indemnité conséquente à l'issue de la convention au titre des biens de retour non amortis et pourrait devoir s'acquitter d'une indemnité représentant la presque totalité des investissements du concessionnaire dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée de la convention.

RECOMMANDE en conséquence que :

- les clauses de la convention de délégation objet des observations qui précèdent soient corrigées, complétées et précisées ;
- le département provisionne dès maintenant les sommes lui permettant de couvrir le montant de l'indemnité de fin de contrat ;
- l'obligation pour le concessionnaire de tenir une comptabilité analytique à l'article 51 de la convention soit introduite.

SOULIGNE toutefois que l'information des membres du conseil général de Mayotte sur les éléments financiers de la convention de délégation a été insuffisante ;

RAPPELLE que l'assemblée délibérante du Département de Mayotte devra être informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales.

Le présent avis sera notifié au préfet de Mayotte et au président du conseil général de Mayotte ; copie en sera adressée au payeur départemental de Mayotte.

Délibéré par la chambre régionale des comptes de Mayotte dans sa séance du trente et un octobre deux mille treize.

Présents :

M. Christian Roux, conseiller référendaire à la Cour des comptes, président,
Mme Marie-Christine Tizon, première conseillère,
M. Taha Bangui, premier conseiller,
Mme Souad Le Gall, conseillère,
M. Stéphane Gueguein, conseiller-rapporteur.

En foi de quoi, le présent avis a été signé par nous.

Signé : M. Christian Roux, conseiller référendaire à la Cour des comptes, président et M. Stéphane Gueguein, conseiller-rapporteur.

Collationné, certifié conforme à la minute étant au greffe de la chambre régionale des comptes de Mayotte et délivré par moi, secrétaire général de la chambre régionale des comptes de Mayotte.

Pour le secrétaire général
et par délégation,
le greffier

