

## Cahiers du LARJE / Working paper / n° 2010-3

Le service public, un outil de la desserte aérienne et maritime intérieure à la Nouvelle-Calédonie ? L'exemple de la province des Îles Loyauté

**Auteurs : Gilles Harbulot & Mathias Chauchat**

**Résumé :**

*Les dessertes aérienne et maritime en Nouvelle-Calédonie apparaissent faussement symétriques. Seule la Nouvelle-Calédonie est compétente pour organiser la desserte aérienne sur l'ensemble du pays, alors que la loi organique confère à la Nouvelle-Calédonie la seule maîtrise de la desserte maritime « d'intérêt territorial ». L'intervention du juge, avec 20 ans de recul, a rapproché ces deux compétences. Si une simple mission d'intérêt général assurée par des sociétés privées, qu'elles soient filiales de SEM ou exclusivement privées, ne pénalise pas nécessairement une bonne desserte, le service public peut aujourd'hui être intégré dans un marché concurrentiel, la présence d'un opérateur privé n'excluant plus l'intervention publique. Mais il faut remettre de l'ordre dans l'utilisation des SEM et de leurs filiales qui trouble la perception des contraintes légales.*

**Mots clés :** Nouvelle-Calédonie, desserte aérienne et maritime, service public

**Abstract:**

*New Caledonia alone is responsible for organizing domestic air transport, whereas the Organic Law gives the New Caledonian government alone the control of maritime services of "territorial interest" (i.e. between two provinces). Court decisions, over the last 20 years, have brought these two areas of power closer. Even if something of general interest can be satisfied by private companies (which are either subsidiaries of public-private joint ventures or exclusively private companies), this does not necessarily penalize good service. However, today the public service can be integrated into a competitive market, while the fact that private operators are involved no longer prevents public service intervention. Nevertheless, the creation of public-private joint ventures and their subsidiaries must be clarified.*

**Key words:** New Caledonia, domestic air and maritime transport, public service



**Le service public, un outil de la desserte aérienne et maritime intérieure à la Nouvelle-Calédonie<sup>1</sup> ?  
L'exemple de la province des Îles Loyauté**

Par Gilles HARBULOT  
Ancien responsable des affaires juridiques de la province des Îles Loyauté  
Attaché d'administration générale  
& Mathias CHAUCHAT  
Professeur à l'Université de la Nouvelle-Calédonie,  
Agrégé de droit public

La desserte, qu'elle soit maritime ou aérienne, est la problématique centrale du développement de la Province des Îles Loyauté (PIL) qui connaît une « double insularité », externe vis-à-vis de la Grande Terre de la Nouvelle-Calédonie, interne que lui impose sa configuration en forme d'archipel composé des trois îles principales que sont Ouvéa, Maré et Lifou à laquelle se rattache la petite Tiga. Le désenclavement nécessite la mise en œuvre d'un double principe de continuité territoriale à l'échelle d'une part, de la Nouvelle-Calédonie et d'autre part, de la province. Cette problématique est similaire pour la province Nord, qui comprend aussi des parties insulaires, mais dispose de l'immense avantage de pouvoir assurer, à côté de l'air et de la mer, un lien routier avec le Sud et Nouméa.

L'agitation provinciale sur la politique du transport, a souvent été suivie d'une saisine des tribunaux en retour. Les délibérations prises au sein de l'hémicycle de la province des Îles auront donné l'occasion au juge administratif de contribuer à la définition des principes gouvernant la desserte. Ces positions jurisprudentielles n'ont pas été rendues au jour de l'installation des provinces en 1988, mais sont le produit d'une construction juridique étalée maintenant sur une période de plus de 20 ans.

Tout a commencé pour la province des Îles dès l'achat en 1991 du ferry emblématique de la provincialisation, le Président YEIWENE, du nom du leader kanak assassiné aux côtés de Jean-Marie TJIBAOU à Ouvéa le 4 mai 1989. La province souhaitait désenclaver les Îles et, dans cette optique, avait organisé la mise en place d'une desserte maritime de passagers avec la Grande Terre. Pour ce faire, l'assemblée de la province avait créé, par une délibération du 30 janvier 1991, une société d'économie mixte locale : la société de développement des Îles Loyauté (SODIL). La SODIL avait confié à la société maritime des Îles Loyauté (SMIL) l'exploitation du navire Président YEIWENE, dans le cadre du service public de transport maritime de personnes. La SMIL bénéficiait alors de subventions d'exploitation de la Province et d'une exonération des droits et taxes sur le carburant. En dépit de ces aides, la SMIL a été mise en redressement judiciaire, puis en liquidation le 15 juin 1996. La société TRANSILES, ayant pour activité le transport de marchandises entre les îles de l'archipel de Nouvelle-Calédonie, a alors demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie (TANC), puis à la CAA de Paris, qui lui ont tous deux

---

<sup>1</sup> La position constitutionnelle de la Nouvelle-Calédonie est particulière. Celle-ci ne relève pas des dispositions permanentes du titre XII de la Constitution « *Des collectivités territoriales* », mais du titre XIII « *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie* ». Le Conseil d'Etat a rejeté la tentation d'un double rattachement constitutionnel du « Pays », principal au titre XIII et supplétif au titre XII ; Conseil d'Etat n° 279323 du 13 décembre 2006 *M. Genelle*, AJDA 19 février 2007, p. 363.

accordé<sup>2</sup>, la condamnation de la province à lui verser une somme en réparation du préjudice que lui a causé la concurrence déloyale du service public de transport concédé par la province à la SMIL<sup>3</sup>. D'autres opérations suivront en empruntant, peu ou prou, la même construction et les bateaux se succéderont. Le grief de la concurrence déloyale que la juridiction administrative<sup>4</sup> avait retenu pour sanctionner l'intervention de la province des Îles lors de la mise en service du ferry Président YEIWENE en 1994, serait certainement apprécié aujourd'hui avec plus de précaution, au point même d'être écarté en faveur de la province, si le transport maritime était élevé au rang des « services absolument vitaux », expression précisément employée par le Premier ministre François Fillon à propos de la desserte lors de sa venue aux Îles en juillet 2010<sup>5</sup>, à l'égard desquels les lois du marché sont aujourd'hui jugées inopérantes.

Au delà de l'hésitation jurisprudentielle, le législateur lui-même est à l'origine du remaniement des politiques publiques au travers de la modification de la règle de droit. L'exemple de la desserte aérienne est significatif. Alors que la loi référendaire de 1988<sup>6</sup> donnait aux provinces la maîtrise de la desserte aérienne de leur territoire, la loi organique de 1999<sup>7</sup> leur a ôté cette compétence au profit de la Nouvelle-Calédonie. Les provinces conservent toutefois des moyens à forts enjeux avec la propriété des équipements aéroportuaires relevant de leur domaine respectif. La loi organique n'est pas non plus si limpide en matière maritime. La notion « d'intérêt territorial », qui conduirait à attribuer la compétence d'une liaison en matière de transport maritime à la Nouvelle-Calédonie, a attendu 2008 pour être définie. Le Conseil d'Etat, lors d'une affaire tranchée d'abord en sens contraire par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie en 1999, retient l'absence de compétence de la province des Îles à financer la Compagnie Maritime des Îles, au titre du déficit d'exploitation de conventions relatives au transport maritime de voyageurs entre la Grande Terre et les îles passées avec cette société<sup>8</sup>. En se prononçant ainsi pour la 1<sup>ère</sup> fois, il met en harmonie sa propre position avec celle qu'avait pu dégager en 1992 le TANC, mais en matière aérienne<sup>9</sup>.

Cette difficulté pour le législateur comme le juge à adopter des solutions pérennes témoigne de l'inconfort dans lequel ils placent le décideur public quand ce dernier doit présider à l'intervention publique en matière de transport : la collectivité est-elle compétente pour élaborer un cadre réglementaire, organiser un service de transport ou librement intervenir sur un marché économique ? L'érection des dessertes en service public, surtout gérées par une personne publique, est loin d'être systématique. L'économie mixte et surtout les mécanismes de défiscalisation, réservés au secteur privé, n'y sont pas étrangers. Il en résulte un certain désordre juridique. L'échec économique est également patent. La compagnie AIRCAL, qui assure la liaison aérienne, est lourdement déficitaire, le navire BETICO qui assure le transport maritime licencie. La défiscalisation, si elle a permis l'investissement, n'a pas créé de marché solvable. Les pertes reviennent aujourd'hui, comme un *boomerang*, sur les collectivités publiques

---

<sup>2</sup> CAA Paris n° 05PA01979 du 15 décembre 2008, Société TRANSILES (et jugement confirmé du TANC du 10 mars 2005).

<sup>3</sup> La Cour parisienne avait déjà condamné la province dans un arrêt du 18 novembre 2004 à verser à la société HANNER, opérateur concurrent de la SMIL, une indemnisation : CAA Paris n° 99PA00767 du 18 novembre 2004, Province des Îles Loyauté c/société HANNER.

<sup>4</sup> CAA Paris n° 05PA01979 précité.

<sup>5</sup> Source: <http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/intervention-du-premier-ministre-francois-fillon-hotel-de-la-province-des-iles-loya>

<sup>6</sup> Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998.

<sup>7</sup> Loi organique n° 99-209 modifiée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

<sup>8</sup> Conseil d'Etat n° 279923 du 11 juillet 2008, Compagnie Maritime des Îles et province des Îles Loyauté.

<sup>9</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 92-213 du 30 septembre 1992, Etat c/province des Îles Loyauté.

Cette étude fera le point sur les compétences dans le domaine des dessertes aérienne et maritime. Elle s'interrogera sur la possibilité d'en faire un service public. Elle réfléchira sur les outils d'économie mixte disponibles, qui sont un élément non négligeable de la prise de décision publique.

## **I. LA FAUSSE SYMETRIE DES COMPETENCES DES DESSERTES AERIENNE ET MARITIME A GENERE UN CERTAIN DESORDRE JURIDIQUE**

Les dessertes aérienne et maritime apparaissent faussement symétriques. Seule la Nouvelle-Calédonie est compétente pour réglementer et organiser la desserte aérienne sur l'ensemble du pays, alors que l'article 22-8° de la loi organique confère à la Nouvelle-Calédonie la seule maîtrise de la desserte maritime « *d'intérêt territorial* ». L'intervention du juge a néanmoins rapproché ce dénominateur commun nécessaire à la répartition de ces deux compétences.

### ***A – La desserte aérienne intérieure relève de la Nouvelle-Calédonie :***

On relèvera trois groupes de compétences, la desserte, les aérodromes et les compétences en matière de police, sûreté et sécurité.

#### *1 – La desserte aérienne :*

Seule la Nouvelle-Calédonie est compétente pour réglementer et organiser la desserte aérienne<sup>10</sup> sur l'ensemble du territoire calédonien, suivant l'article 22-9° de la loi organique. Cette attribution de compétence, issue de la loi organique de 1999, rompt avec les principes en vigueur de la loi référendaire de 1988 qui attribuaient aux provinces la maîtrise du transport aérien pour la desserte intérieure de leur territoire. Dans un jugement de 2008, le tribunal administratif a eu à examiner, à la demande de la compagnie maritime des îles, intéressée par symétrie, la légalité de l'aide à la continuité territoriale intérieure<sup>11</sup> versée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie à la société Air Calédonie. Les observations présentées par la Nouvelle-Calédonie dans ce litige insistaient sur le bénéfice d'une aide financière pour le transport des personnes des provinces Nord, des Îles Loyauté et de celles de l'île des Pins entre leurs lieux de résidence et Nouméa. A aucun moment, il n'était fait référence à la desserte intérieure de chacune des provinces. Le TANC, quant à lui, a reconnu « *une mission d'intérêt général visant à réduire la tarification de ses prestations aériennes sur les prix aller ou retour pour le transport de certains usagers résidents des provinces Nord et Îles Loyauté et de l'île des Pins ou pour le fret urgent dans le but d'atténuer les contraintes liées à l'insularité vis-à-vis de la Grande Terre et à l'éloignement des principaux centres* » et consacré l'existence « *d'un principe de continuité territoriale intérieure* ».

Il est aujourd'hui très paradoxal que la province des Îles continue d'exercer une compétence qu'elle ne détient plus, particulièrement en subventionnant le déficit d'exploitation de la liaison aérienne « Tige / Lifou » qu'assure Air Calédonie, croyant qu'il s'agissait d'une liaison d'intérêt provincial, car se situant à l'intérieur de son territoire. L'ambition louable provinciale de stabiliser le prix du billet d'avion inter-îles devrait être pleinement acquittée par la Nouvelle-Calédonie au titre des missions que lui impose la loi organique.

---

<sup>10</sup> L'article L.310-1 du code de l'aviation civile, dans sa version applicable à la Nouvelle-Calédonie, définit la desserte en disposant que « *le transport aérien consiste à acheminer par aéronef, d'un point à un autre, des passagers, de la poste et des marchandises* ».

<sup>11</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 07270 du 19 juin 2008, Société Compagnie Maritime des Îles.

## 2 – Les aérodromes :

La compétence appartient à la Nouvelle-Calédonie si les équipements aéroportuaires ressortent « *du domaine de la Nouvelle-Calédonie* » suivant l'article 22-26° de la loi organique. Néanmoins, cela autorise l'interprétation suivant laquelle les provinces disposent d'une compétence résiduelle, eût égard au passé, et ont la charge des équipements aéroportuaires liés à leur domaine, suivant leur clause générale de compétence de l'article 20<sup>12</sup>. Il est sans doute surprenant que les provinces puissent réaliser des aérodromes dans la mesure où la desserte aérienne dans son ensemble dépend du pays. La loi organique a, sans doute, voulu permettre de figer une situation pour les petits aérodromes provinciaux<sup>13</sup> ; en définitive, ce seront aux provinces de négocier ou non, selon leur volonté, la reprise des aérodromes dans le domaine de la Nouvelle-Calédonie.

La construction des aérodromes par les décideurs publics provinciaux sur des sols où le droit commun s'applique ne soulève aucun empêchement. Plus difficile est la question des terres coutumières inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables, qui se pose principalement aux Îles, mais aussi au Nord<sup>14</sup>. L'appui de la province paraît être une aide bienvenue dans ces réalisations.

## 3 - Les services de police, sécurité et sûreté sur ces aérodromes :

Ces services relèvent exclusivement de la compétence de l'Etat. Seules la police et la sécurité sont prévues au titre des missions transférables à la Nouvelle-Calédonie en matière de circulation aérienne intérieure suivant les articles 21-II-4° et 21-III-1° de la loi organique. Ces missions sont en voie de transfert au 1<sup>er</sup> janvier 2013, la loi du pays ayant été votée en décembre 2009<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> 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* ».

<sup>13</sup> Maré, Ouvéa, et Tiga pour la province des Îles ; Canala, Touho, Koumac, Belep pour la province Nord ; Îles des Pins-Moué et Bourail-Poé pour la province Sud. Koné relève de la Nouvelle-Calédonie, comme Nouméa-Magenta et Lifou. La Tontouta relève de l'Etat et La Foa-Oua Tom de la commune. Il existe même un aérodrome privé à Poum-Malabou (source <http://www.aviation-civile.nc/aerodromes/generalites>).

<sup>14</sup> L'article 18 de la loi organique définit le domaine des terres coutumières en ce qu'il est constitué de réserves et de terres attribuées aux Groupement de Droit Particulier Local (GDPL) et aux clans au titre du lien à la terre. L'ensemble du territoire de la PIL est constitué de terres coutumières (Cour d'Appel de Nouméa n° 07-497 du 10 mars 2008). Sous quel régime juridique, droit coutumier ou droit domanial, sont placées les infrastructures mobilières ou immobilières ? Contrairement au droit civil immobilier d'après lequel tout ce qui est au-dessus du sol revient au propriétaire du sol, l'article 18 précité subordonne l'application de la coutume aux biens à un critère organique, celui de l'appartenance à une personne ayant le statut civil coutumier. Ce n'est pas le droit des terres coutumières qui régirait le bien qui y est établi, mais le régime du statut civil de la personne duquel la chose mobilière ou immobilière dépend. Il n'est dès lors pas exclu que la propriété domaniale puisse se superposer à la propriété coutumière. Il serait ainsi concevable qu'un aérodrome puisse exclusivement appartenir à la province des Îles, alors même que son assiette foncière relève d'une autorité coutumière distincte ; affecté aux besoins de la circulation aérienne publique, il pourrait relever, eu égard au caractère réducteur des règles coutumières, de son domaine public.

<sup>15</sup> Loi du pays n° 2009-11 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'Etat en matière de police et sécurité de la circulation aérienne intérieure et des exploitants établis en Nouvelle-Calédonie dont l'activité principale n'est pas le transport aérien international et avis du Conseil d'Etat, n° 370.694, 15 mars 2005.

## ***B - La desserte maritime d'intérêt territorial relève de la Nouvelle-Calédonie***

L'article 22-8° de la loi organique confère à la Nouvelle-Calédonie la maîtrise de la desserte maritime « d'intérêt territorial ».

### *I – La desserte maritime d'intérêt territorial*

On notera avec François Garde<sup>16</sup> que cette expression désuète « d'intérêt territorial », le territoire étant devenu le pays par l'Accord de Nouméa, a à peu près disparu pour faire place aux expressions « de la Nouvelle-Calédonie » ou « intéressant la Nouvelle-Calédonie », dont la portée est identique et identiquement imprécise.

Dans un jugement en date du 20 avril 2006 conduisant à l'examen d'une aide économique versée à la société exploitant le navire BETICO I, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie soutenait qu'une liaison maritime entre la Grande-Terre et les îles Loyauté devait être regardée comme une desserte maritime d'intérêt territorial se rattachant au champ d'action de la Nouvelle-Calédonie<sup>17</sup>. Cette jurisprudence était en cohérence avec celle de 2003, par laquelle il indiquait que la desserte en fret intérieure aux îles Loyauté, entrait bien dans le champ de compétence provincial<sup>18</sup>. Dans l'arrêt déjà cité du 11 juillet 2008<sup>19</sup>, le Conseil d'Etat a eu pour la première fois à se prononcer sur le qualificatif « d'intérêt territorial » afin d'apprécier si la province des Îles était compétente en vertu de la loi référendaire du 9 novembre 1988 pour instituer, par voie de conventions passées de 1996 à 1998 avec la Compagnie Maritime des Îles, un service maritime de transport entre Nouméa et les différents ports des îles Loyauté. La compagnie maritime s'interrogeait sur l'absence de symétrie entre le maritime et l'aérien. Le Conseil d'Etat en énonçant qu'est « d'intérêt territorial » une liaison interprovinciale maritime constatait que la province avait excédé ses pouvoirs. Cette définition jurisprudentielle, bien que consacrée sur la base de la loi référendaire, conservait toute sa portée, dès lors que la loi organique qui y succède, reprenait la formule en donnant compétence à la Nouvelle-Calédonie pour les dessertes maritimes d'intérêt territorial.

Mais, cette jurisprudence avait suscité un malaise : l'arrêt du Conseil d'Etat passait sous silence, la desserte maritime intérieure d'une province. Or, les contrats en cause concernaient à la fois les dessertes entre Nouméa et les différents ports des îles Loyauté, liaisons d'intérêt territorial, mais également des dessertes inter-îles de la province, liaisons d'intérêt provincial. Les calendriers des rotations du navire MARIE-HELENE qui font état de circuits inter-îles, témoignaient de cette évidence. Il aurait fallu certainement distinguer. Cette position du Conseil d'Etat était sévère. Le débordement du champ d'action des personnes publiques à des activités périphériques à leurs attributions légales est pourtant admis<sup>20</sup>. En effet, la Haute Juridiction accepte d'adjoindre un service complémentaire concurrentiel à un service principal, sans qu'il ait lieu d'examiner si le critère de la carence de l'initiative privée est rempli, sous réserve qu'il existe un intérêt public. Si la province des Îles n'est pas compétente pour instituer un service maritime d'intérêt territorial, elle pourrait, et c'est ici l'exception, le prendre en charge à la condition d'en faire l'accessoire de sa desserte inter-îles, qui devra être l'objet principal. Mais l'argument semble paradoxal, tant la liaison interprovinciale paraît souvent la plus intéressante<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> François GARDE, Les institutions de la Nouvelle-Calédonie, L'Harmattan 2001, p. 192.

<sup>17</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 05210 du 20 avril 2006, aide financière au BETICO I au titre de la continuité territoriale.

<sup>18</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 02-88 du 9 mai 2003, Province des Îles Loyauté c/ CMI.

<sup>19</sup> Conseil d'Etat n° 279923 du 11 juillet 2008, Compagnie Maritime des Îles, précitée.

<sup>20</sup> Tribunal des Conflits, n° 02605 du 15 janvier 1990, Reinhardt c/ IGN ; Conseil d'Etat, n° 67019 du 10 février 1988, Mézy.

<sup>21</sup> C'est cette thèse que la province des Îles soutenait dans l'affaire l'opposant à la CMI devant le Conseil d'Etat, à propos de l'aide financière attribuée à la société LIS aux fins d'acquisition du vraquier SISA NE NANA dans le but d'assurer

## 2 – *Les autres dessertes maritimes d'intérêt provincial :*

Si la Nouvelle-Calédonie est compétente pour les dessertes d'intérêt territorial, les provinces, au titre de leur compétence de droit commun, ont la maîtrise des dessertes intérieures de leur territoire<sup>22</sup>. L'exercice de cette compétence ne se limite pas à l'organisation d'un service de transport, mais peut s'étendre à la mise en place d'un dispositif de soutien à la continuité du territoire au bénéfice des usagers des transports maritimes des îles Loyauté. En effet, prenant appui sur le modèle de l'aide au passage aérien, la province pourrait très bien instituer une contribution financière destinée à faciliter les déplacements à caractère maritime des personnes résidentes ou non, entre les îles de Maré, Lifou, Tiga et Ouvéa.

## 3 – *Les ports :*

La loi organique reprend une formule exactement symétrique pour les ports et aéroports à l'article 22-26° ; la Nouvelle-Calédonie a donc la charge des équipements portuaires du domaine de la Nouvelle-Calédonie, alors que les provinces ont la responsabilité de ceux dépendant de leurs domaines respectifs.

## 4 - *Les missions de police et de sécurité de la circulation maritime :*

Ces missions s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie, relèvent de la compétence de l'État jusqu'à leur transfert au pays en application de l'article 21-III-1°bis de la loi organique. Ces missions sont en voie de transfert au 1<sup>er</sup> janvier et 1<sup>er</sup> juillet 2011, la loi du pays ayant été votée en décembre 2009<sup>23</sup>.

## **II. LA QUESTION DU SERVICE PUBLIC DOIT ETRE REPLACEE AU CENTRE DE L'ORGANISATION ET DU FONCTIONNEMENT DES DESSERTES MARITIME ET AERIENNE**

Selon Jean-François LACHAUME, « *le service public est une activité d'intérêt général assumée par une personne publique ou, sous son contrôle, par une personne privée, et qui est soumise, à des règles variables suivant les cas, à un régime exorbitant du droit privé* »<sup>24</sup>. Et, c'est précisément parce que cette mission d'intérêt général est gérée ou contrôlée par une personne publique qu'elle sera labellisée « *service public* ».

Ainsi, en matière de desserte maritime, des activités telles que la réglementation ou le contrôle,

---

un service de fret maritime à destination des îles Loyauté et entre elles. La Cour administrative d'appel de Paris avait balayé cette argumentation au motif que le soutien financier de la PIL ne concourait pas principalement aux besoins économiques de la province, dans la mesure où l'activité de sable située en province Sud qu'assurait le navire, générerait plus de la moitié du chiffre d'affaires de l'exploitation ; Cour administrative d'Appel de Paris, n° 03PA03703 du 3 octobre 2006. Le Conseil d'Etat a vu au contraire dans la seule circonstance d'un besoin local des populations un intérêt provincial, justifiant l'aide à l'entreprise, et rejeté la demande de la CMI (Conseil d'Etat, n° 300347 du 20 octobre 2010).

<sup>22</sup> Conseil d'Etat, n° 279923 du 11 juillet 2008, précité ; TANC, 9 mai 2003, n° 02-88 PIL c/ CMI : subvention à la L.I.S pour l'acquisition du SISA NE NANA.

<sup>23</sup> Loi du pays n° 2009-10 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'Etat en matière de police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie, et de sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales. La sécurité de la navigation dans les eaux territoriales, qui comprend l'hydrographie et la signalisation maritime, est transférée le 1<sup>er</sup> janvier 2011 ; la police et la réglementation de la circulation maritime dans les eaux territoriales, la réglementation de la sécurité des navires et l'inspection des navires, ainsi que la sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales sont transférées le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

<sup>24</sup> Grands services publics, Masson, 1989, p. 23

ressortent par leur nature des prérogatives de puissance publique. Edicter un acte unilatéral, émettre un titre de perception en marquent aussi l'exercice, à l'exception de la liberté de déterminer un prix<sup>25</sup>. Ce n'est pas exclusif des personnes publiques. Le Conseil d'Etat a confirmé la pratique séculaire de la délégation de service public : *« Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »*<sup>26</sup>.

#### **A – Le service public pourrait être intégré dans les politiques publiques de desserte :**

Une simple mission d'intérêt général assurée par des sociétés privées, qu'elles soient filiales de SEM ou exclusivement privées, ne pénalise pas nécessairement une bonne desserte. Mais le service public peut aujourd'hui avoir sa place dans un marché concurrentiel, la présence d'un opérateur privé n'empêchant plus l'intervention publique. Comment savoir si l'activité assurée par une personne privée est une mission de service public ?

##### **1 – Les contraintes de la qualification de service public et du libre jeu de la concurrence :**

Cette qualification ne fera guère de difficulté quand la personne publique l'aura déléguée par voie de contrat. Car, il y a fort à supposer que l'administration l'aura d'abord organisée en l'assortissant, au moyen de la rédaction d'un cahier des charges, d'obligations de service public. Qu'en est-il en l'absence d'acte contractuel venant consacrer la dévolution formelle d'une mission de service public à un opérateur privé ? C'est l'hypothèse du doute. Le Conseil d'Etat apporte cette réponse nuancée : *« lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements »*<sup>27</sup>. Toutefois, cette possibilité n'est ouverte sans contrat que si *« le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »*<sup>28</sup>.

*1.a* La justification de l'intérêt public au regard de la liberté du commerce et de l'industrie est déterminée par un élément de fait, la présence d'un opérateur privé, qui fait du marché un marché concurrentiel. La jurisprudence administrative a forgé un principe juridique visant à protéger le secteur privé face à l'intervention de la puissance publique sur le marché. A l'origine, cette protection était quasi absolue. Un premier assouplissement s'est produit lorsque le Conseil d'Etat, dans son arrêt de 1930 *Chambre Syndicale du Commerce en détail de Nevers*, a soumis

<sup>25</sup> Cour de cassation, chambre commerciale, 17 Juin 2008, n° 05-17.566, Sarl Vedettes inter-îles Vendéennes.

<sup>26</sup> Conseil d'Etat, n° 284736 du 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence.

<sup>27</sup> Ibid. Au même titre que toutes les présomptions, la preuve contraire peut être apportée (Conseil d'Etat, n° 264541 du 22 février 2007, APREI ; Conseil d'Etat, n° 298773 du 5 octobre 2007, UGC-Ciné-Cité).

<sup>28</sup> Ibid.

l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine économique à la condition d'un « intérêt public »<sup>29</sup>. Cet intérêt se confondait alors avec la carence ou l'insuffisance du secteur privé. C'est dans ce cadre, que la concurrence déloyale pratiquée par la Société Maritime des Îles Loyauté (SMIL) à l'aide du ferry « Président YEIWENE » a été combattue. En effet, il avait été reproché à cette époque à la province d'avoir organisé un tel transport alors que l'initiative privée constituée des opérateurs privés HANNER, TRANSILES, et SOLENAV était en mesure d'y faire face<sup>30</sup>.

Cette jurisprudence serait-elle encore actuelle aujourd'hui ? En d'autres termes, serait-il possible à la province de créer un service alors que des personnes privées le rendent déjà ? La réponse donnée à cette question classique, a fortement évolué. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt d'assemblée du 31 mai 2006, a réaffirmé les principes classiques, en les assortissant de deux nuances, évanescentes pour le profane : « *Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ; (...) qu'ainsi, aucune des attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marché ; que par suite, les dispositions de l'article 2 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ; qu'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'égal accès à la commande publique*<sup>31</sup> ». C'est nous qui soulignons.

Le Conseil d'Etat distingue les activités de service public qui échappent « par nature » aux règles du marché, de celles qui poursuivent un but économique, dont la légalité est subordonnée au respect de la liberté du commerce et de l'industrie. Sont classées dans les services publics « par nature », ceux qui répondent « à un intérêt général particulièrement marqué », l'administration ayant une vocation quasi naturelle à assumer leur prise en charge. Leur objet administratif ne permettant pas de les assimiler à une intervention sur le marché, les met à l'abri des lois du commerce et accorde une faculté d'intervenir de principe aux personnes publiques<sup>32</sup>. Ont été admis comme tels des services publics non lucratifs comme l'instauration du titre « emploi service »<sup>33</sup>, la gestion des œuvres

<sup>29</sup> Conseil d'Etat Sect. 30 mai 1930, Chambre Syndicale du Commerce en détail de Nevers, GAJA Dalloz 2005, n°44.

<sup>30</sup> CAA Paris n° 05PA01979 du 15 décembre 2008, Société TRANSILES et jugement du TANC du 10 mars 2005 ; CAA Paris n° 99PA00767 du 18 novembre 2004, Province des Îles Loyauté c/société HANNER, précités.

<sup>31</sup> Conseil d'Etat, Ass. n° 275531 du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris.

<sup>32</sup> Conclusions Didier CASAS sur Ordre des avocats au barreau de Paris, précité, RFDA 2006, p. 1048 : « *Nous croyons que l'ensemble de la jurisprudence relative aux libertés économiques n'a de sens qu'en tant qu'elle concerne, précisément, une activité économique. (...) Mais quelle peut être la portée de tels principes lorsqu'est en cause une activité qui, par nature, ne serait pas économique et se trouverait hors commerce ? On objectera qu'une telle hypothèse est rarissime et que tant votre jurisprudence que celle de la Cour de justice des Communautés européennes s'appliquent à débusquer d'authentiques prestations économiques derrière ce qui était traditionnellement présenté comme des activités d'intérêt général hors marché. Nous ne le nions pas. Mais cela signifie-t-il que tout soit marchand ou aurait vocation à le devenir ? Tel n'est pas notre avis. (...) Nous avons la ferme conviction que ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie eu égard à l'intérêt général particulièrement marqué qu'il y a pour l'Etat à suivre de près les conditions dans lesquelles ces contrats sont conclus* ».

<sup>33</sup> Conseil d'Etat n° 264739 du 10 août 2005 Société ADP GSI France et autres.

sociales du Ministère de l'Intérieur<sup>34</sup>, ou bien encore, cette mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat de l'arrêt en cause et qui relevait de la mission d'intérêt général de l'État qui consiste à veiller au respect du principe de légalité.

A défaut de pouvoir être rangé dans ce domaine « sanctuarisé », l'interventionnisme économique d'une personne publique, ayant un objet marchand, est contraint de se justifier de la présence d'un intérêt public, et, c'est là le second assouplissement dégagé par le Conseil d'Etat, qui peut résulter « *notamment* » de la carence de l'initiative privée. L'évolution majeure consiste en ce que « *la défaillance ou l'insuffisance de l'initiative privée* » n'est plus la condition exclusive pour le caractériser. Elle en est une parmi d'autres qui sont à débusquer, dans le « *notamment* » comme par exemple dans la satisfaction des besoins de la population, ou bien encore les besoins futurs du développement touristique, fondant par exemple l'intervention économique de la Polynésie Française en matière de desserte aérienne : « *Considérant que la bonne desserte aérienne de la Polynésie française, indispensable à ses relations avec le reste du monde et à son développement, constitue un intérêt public local ; qu'en jugeant que l'intérêt public ne pouvait s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique et que seule l'insuffisance de l'initiative privée était susceptible de justifier les délibérations litigieuses, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit* »<sup>35</sup>. En présence d'un service public « fondamental », l'intérêt public sera inhérent à la mission de puissance publique dont la personne publique est investie, alors que face à une activité économique, l'administration devra démontrer un tel intérêt.

*Ib* S'ajoute encore, et depuis plus récemment, la contrainte du respect du droit de la concurrence. Il ne s'agit plus ici de trancher du principe de la prise en charge d'une activité économique marchande par une personne publique. Il incombe ici d'examiner les modalités de l'intervention de cette personne publique sur le marché et plus précisément de vérifier si elle ne fausse pas le libre jeu de la concurrence. La légalité à laquelle est soumise l'administration n'est pas constituée exclusivement par le droit qui régit son organisation et son fonctionnement. Elle comporte l'ensemble des normes qui prescrivent, limitent ou interdisent certains comportements : droit pénal, bien entendu, mais aussi droit de la concurrence<sup>36</sup>. Pour ne citer qu'un exemple, ce droit sera méconnu lorsque la personne publique ou son délégataire proposera des prix très inférieurs par rapport à ceux pratiqués par leurs concurrents, qui découleront des moyens dont ils disposent au titre de l'exercice de la mission de service public<sup>37</sup>. Ces deux dimensions, liberté du commerce et concurrence, ne se substituent pas l'une à l'autre. Il s'agit de contraintes distinctes, l'une de principe, l'autre de modalités<sup>38</sup>.

## *2. La qualification nécessaire de service public pour l'activité de desserte en Nouvelle-Calédonie :*

En les énumérant pour les attribuer expressément à la Nouvelle-Calédonie ou implicitement aux provinces, le législateur organique ne conçoit les dessertes que comme de simples activités d'intérêt général. Il ne fait directement ni de la desserte aérienne intérieure, ni du transport maritime, des missions de service public. Ces dernières ne seront labellisées service public que si les autorités compétentes décidaient de les prendre en charge pour les assurer elles-mêmes ou les confier à un tiers. Dans toutes les matières où le législateur lui reconnaît une compétence, la province pourra

<sup>34</sup> Conseil d'Etat, Avis n° 369315 du 23 octobre 2003 Fondation Jean Moulin, EDCE 2004, p. 209.

<sup>35</sup> Conseil d'Etat, n° 254199 du 18 mai 2005, Territoire de la Polynésie Française.

<sup>36</sup> Conseil d'Etat Sect. 3 novembre 1997, Société Million et Marais, GAJA Dalloz 2005, n° 105.

<sup>37</sup> Cour administrative d'appel de Douai, n° 03DA00269 du 9 juin 2005 Compagnie Générale des Eaux, dans la droite ligne de l'avis du Conseil d'Etat n° 222208 du 8 novembre 2000 Jean-Louis Bernard Consultants. On y recense aussi les arrêts CAA Paris n° 05PA01979 du 15 décembre 2008, Société TRANSILES et jugement du TANC du 10 mars 2005 ; CAA Paris n° 99PA00767 du 18 novembre 2004, Province des Îles Loyauté c/société HANNER, précités, mais qui se fondent paradoxalement sur la liberté du commerce et non le principe de concurrence.

<sup>38</sup> Conclusions Didier CASAS sur Ordre des avocats au barreau de Paris, précité.

intervenir. Elle pourra ériger des activités de service public dans le domaine du développement économique, touristique, mais également du transport maritime provincial.

Eu égard à la contrainte d'isolement très particulière des îles Loyauté liée à leur double insularité, la mise en place d'une desserte tant provinciale que territoriale visant à atténuer ces sujétions au titre d'un principe de continuité, à la fois interne et externe du territoire de la province des Îles, pourrait être hissée au nombre des missions revêtant un intérêt général particulièrement marqué et placée hors commerce. Ce serait une très forte avancée du droit. Le juge disposerait de deux arguments nouveaux pour opérer cette mutation spectaculaire : le transport maritime a été élevé au rang des « *services absolument vitaux* », par le Premier ministre François Fillon lors de sa venue aux Îles en juillet 2010<sup>39</sup>, ce qui démontre une évolution de la perception politique. Ensuite, la section du rapport et des études du Conseil d'Etat commentant en 2006 l'arrêt de 2005 sur la Polynésie française précité, a souligné « *que l'intérêt public justifiant l'intervention économique d'une collectivité territoriale peut être reconnu, pour certains services publics fondamentaux, tels que celui des transports, alors même que l'initiative privée ne serait pas défailante* ». De ce fait, elle autoriserait à classer le domaine de la desserte insulaire dans son ensemble (aérienne/maritime/terrestre) au nombre des services publics fondamentaux, celle-là même dont la création ou la prise en charge échapperait à l'application des règles du marché telles que la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence. En d'autres termes, la desserte constituerait en elle-même « un intérêt public » indispensable aux relations et au développement de la collectivité locale qui en est à l'initiative.

Cette qualification n'est toutefois pas la seule qui soit possible. On objectera aisément que les pouvoirs publics, en recevant un prix qualifié de redevance et trouvant sa contrepartie dans la fourniture au moins proportionnelle d'une prestation de transport, ne se comportent pas différemment d'un opérateur privé. Cela conférerait à la desserte un caractère marchand et emporterait nécessairement intervention économique sur un marché, surtout s'il est partiellement servi. Si la qualification de service public fondamental à la desserte des îles Loyauté est jugé trop difficile par le juge, il existe la possibilité intermédiaire de reconnaître simplement une activité de service public, en appréciant la notion d'intérêt public, « *au regard des besoins futurs de développement de la collectivité* » comme l'a fait le Conseil d'Etat pour la Polynésie française dans cet arrêt de 2005. En l'espèce, la bonne desserte aérienne de la Polynésie française, indispensable à ses relations avec le reste du monde et à son développement, pouvait constituer un intérêt public local. La différence sensible de régime serait que le reproche de la concurrence déloyale, qui découlerait des moyens publics dont le service public serait investi, demeurerait un facteur limitant. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Casas, « *une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »<sup>40</sup>. Ce pas jurisprudentiel serait sans doute socialement plus acceptable et éviterait également une dérive, toujours possible, préjudiciable aux finances publiques.

### ***B – Les modes de gestion du service public sont multiples :***

Le Conseil d'Etat dans son arrêt de 2007<sup>41</sup> Commune d'Aix en Provence en a rappelé la diversité.

#### *1. Délégation, marché ou subvention :*

Tant dans un marché public que dans une délégation de service public, il s'agit, tant pour le titulaire

---

<sup>39</sup> Précité.

<sup>40</sup> Conclusions Didier CASAS sur Ordre des avocats au barreau de Paris, précité.

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, n° 284736 du 6 avril 2007, précité.

que pour le délégataire, de répondre à un besoin défini et exprimé par la personne publique. C'est la volonté de confier la gestion du service public à un tiers dont la rémunération est liée au résultat d'exploitation qui caractérise la délégation. S'il s'agit d'un prix, ce sera un marché. A l'opposé, si la personne publique décide de financer une opération justifiée par l'intérêt général, mais initiée et menée par un tiers, la dépense prendra la forme d'une subvention. L'initiative du projet doit venir de l'organisme bénéficiaire et aucune contrepartie directe en termes de « besoins » n'est attendue par la personne publique. Si, en revanche, le versement de la subvention conduisait à ce que la personne publique détermine le contenu de l'activité financée, cette opération serait requalifiée en délégation ou, si la rémunération du bénéficiaire n'était pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, en marché public de service<sup>42</sup>.

L'administration est, à cette fin, dans l'obligation de s'astreindre aux règles de la commande publique en mettant préalablement en concurrence les candidats à la passation, soit d'un contrat de délégation de service public ou un marché public de service<sup>43</sup>. Toutefois, les collectivités publiques ne seront contraintes de se plier aux obligations de publicité et de mise en concurrence des tiers que lorsque l'activité qu'elles décident de prendre en charge par voie de gestion déléguée serait de nature économique. Inversement, en présence d'un service public fondamental, les administrations seraient dispensées de telles obligations.

## 2 – La justification du caractère substantiel d'une rémunération liée aux résultats :

Dans de nombreux contrats ayant pour objet de déléguer la gestion d'un service public, les recettes peuvent comporter un financement mixte composé pour une partie des redevances payées par les usagers et pour l'autre de sommes forfaitaires versées par la collectivité publique délégante. Dès lors, si la part des recettes d'exploitation représente au moins 30 % de l'ensemble des ressources du délégataire, la condition du caractère substantiel de la rémunération est remplie et la qualification de délégation de service public du contrat est retenue<sup>44</sup>.

Cependant, dans d'autres contrats, l'équation des 30 % ne coïncide pas toujours avec le transfert du risque financier à la charge du délégataire. Pour un exemple topique, les conventions passées par la Province des Îles avec la Compagnie Maritime des Îles (CMI) dans l'exploitation du MARIE-HELENE, prévoyaient, certes, que les redevances payées par les usagers assuraient de manière substantielle la rémunération du délégataire, mais la CMI ne prenait aucun risque économique ; celui-ci était neutralisé par les clauses contractuelles stipulant que les déficits d'exploitation seraient pris en charge par la province. La jurisprudence d'alors, se basant moins sur le transfert du risque assumé par le délégataire que sur son mode de rémunération, conduira la Cour administrative d'appel de Paris à caractériser ces conventions passées comme des délégations<sup>45</sup>. Désormais, ces contrats seraient identifiés comme des marchés publics, puisque que le Conseil d'État a expressément intégré, dans la définition d'une rémunération par les résultats, *le critère du risque financier* devant être supporté par le délégataire<sup>46</sup>. A défaut de faire peser sur le cocontractant un risque d'exploitation, le contrat de délégation de service public serait alors requalifié en marché public.

Mais en Nouvelle-Calédonie particulièrement, la troisième composante de la vie provinciale, l'économie mixte, apporte un élément de complexité supplémentaire.

---

<sup>42</sup> Conseil d'Etat, n° 284412 du 26 mars 2008, Région de la Réunion.

<sup>43</sup> Conseil d'Etat, n° 284736 du 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence précité.

<sup>44</sup> Conseil d'Etat, n°198147 du 30 juin 1999, SMITOM dans la lignée de Conseil d'Etat du 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, p. 137.

<sup>45</sup> Cour administrative d'Appel de Paris n° 00PA00985 du 24 janvier 2005, CMI.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, n° 291794 du 7 novembre 2008, département de la Vendée : en conservant une part du déficit qui peut s'élever à 30 %, une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du délégataire ; sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

### III. L'ECONOMIE MIXTE ACCENTUE L'INTERVENTIONNISME DISSIMULE

Les sociétés d'économie mixte sont dans une situation originale et bénéficient de concours financiers de la collectivité dont elles dépendent. La question est de mesurer leur insertion dans les principes généraux qui s'imposent aux collectivités publiques.

#### *A – Les SEM et leurs filiales se sont généralisées dans les provinces :*

Chaque province de la Nouvelle-Calédonie a son outil d'économie mixte très actif, sa SEM qui demeure une société de droit privé : PROMOSUD pour la province Sud, la SOFINOR pour la province Nord et la SODIL pour la province des Îles. Les SEM ne sont pas perçues directement par le citoyen comme réalisant une mission provinciale. Elles-mêmes créent des filiales. Cet outil reste fortement encouragé par les élus et relayé par le législateur<sup>47</sup>. L'intérêt à développer les SEM est multiple et il tient particulièrement à l'originalité de leurs financements et à la volonté de jouer avec les limites de l'intervention publique.

#### *1 - Le subventionnement des projets des SEM :*

Revêtant la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce, la SEM ne se distingue pas des entreprises commerciales de droit commun. Pourtant elle est le levier sur le marché de leurs collectivités actionnaires. Or, une décision de subventionner, décidée par la province, signifie nécessairement que la SEM doit être à l'origine de l'opération soutenue, ou, dit autrement, que la personne publique n'en a ni le contrôle, ni déterminé le contenu. Ainsi, les aides financières aux SEM par l'octroi de subventions devront être prises en respect du régime applicable à l'interventionnisme économique régi par l'article 212 de la loi organique<sup>48</sup>, et dont le code provincial d'aide au développement économique des îles Loyauté constitue le cadre local d'application aux îles Loyauté. A l'inverse, si la province passe commande à la SEM de la gestion d'un service public, en d'autres termes, qu'elle lui confie l'exécution d'une mission service public de desserte, la SEM, au même titre que tout autre délégataire, pourra recevoir l'appui financier de la personne publique délégante, qui sera assujéti tantôt au régime de la délégation de service public prévu à l'article 158 de la loi organique, tantôt au code des marchés publics à raison d'un versement d'un prix garanti.

Cette rémunération propre aux contrats de la commande publique n'est pas exclusive du bénéfice des dispositions des aides économiques. Ces dispositifs spécifiques peuvent se cumuler. C'est ici survoler le droit commun des différents régimes applicables aux concours financiers apportés par une personne publique aussi bien à une SEM qu'à tout autre société commerciale. Mais, eu égard à un capital social composé majoritairement de fonds publics, et c'est là la divergence avec les entreprises privées, une collectivité locale peut attribuer à une SEM des aides financières spécifiques, en sa qualité soit d'actionnaire, soit de cocontractante de ces sociétés.

---

<sup>47</sup> La modification en août 2009 de la loi organique a introduit un troisième paragraphe à son article 53, qui dispose que « les provinces peuvent, dans le cadre de leurs compétences et dans le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour la mise en œuvre d'opérations concourant au développement économique ». Cette disposition réintroduit d'ailleurs partiellement l'ancien article 139 de la loi du 22 janvier 1988 portant statut du Territoire de la Nouvelle-Calédonie qu'on avait supprimé avec le statut issu de l'Accord de Nouméa.

<sup>48</sup> Article 212 de la loi organique, modifié par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 - art. 24 : « La province peut aider les entreprises à s'implanter, à développer ou à reconverter leurs activités sur son territoire par des subventions, prêts, avances ou bonifications d'intérêts. Un état récapitulatif des aides financières accordées en application du présent article est annexé au compte administratif ».

## *2 – les aides spécifiques directes à la SEM<sup>49</sup> :*

Ces aides n'auront pas à être soumises au régime de droit commun des aides aux entreprises et c'est ce qui les dote d'une nature spécifique. En effet, la SEM peut d'abord recevoir de sa collectivité de tutelle des apports en compte courant d'associés. Destinés à élargir sa marge de manœuvre financière, ces avances ont pour finalité de répondre à des besoins en trésorerie conjoncturels de ces sociétés. On rappellera que, de façon dérogatoire au droit commun, la durée maximale d'allocation aux SEM de ces apports, fixée à deux ans en métropole, et au terme de laquelle elle doit être, hors renouvellement, soit remboursée ou soit transformée en augmentation de capital, a été allongée à 3 ans<sup>50</sup>.

D'autre part, la SEM pourra bénéficier pour la réalisation des opérations qu'une collectivité locale, qu'elle soit actionnaire ou non, lui aura confié sur la base d'une procédure contractuelle, d'aides particulières, sous forme d'avance en trésorerie ou de subventions, placées en dehors du régime des aides économiques aux entreprises. On se bornera ici simplement à les lister, car « la desserte » n'est pas au nombre des missions spécifiques ouvrant droit à un financement dérogatoire<sup>51</sup>. Par ailleurs, l'article 8-2 de la loi simple n° 99-210 relative à la Nouvelle-Calédonie, limite les financements des « opérations contractualisées » des collectivités de tutelle. En effet, sous réserve que ne soit pas en cause la passation d'une convention ou d'un marché public de prestations de services, une collectivité publique actionnaire, qui donne mandat ou délègue à sa SEM le soin d'exécuter une mission de service public ou d'intérêt général, ne pourra lui accorder que le remboursement des dépenses engagées pour son compte ou une avance de fonds nécessaire à cette mission<sup>52</sup>.

Ainsi, les financements apportés par les collectivités en faveur des SEM sont strictement réglementés. En sens inverse, l'absence de qualification de l'activité de service public, n'oblige pas les collectivités de tutelle à venir se substituer à leur SEM afin d'honorer leur engagement financier si elles se trouvaient en faillite financière.

## *3 – L'effet d'aubaine de la défiscalisation :*

S'ajoute indéniablement à l'intérêt des élus pour les mécanismes de droit privé, mais aussi à leurs contraintes en matière de politiques publiques, l'enjeu des régimes de défiscalisation des investissements Outre-mer. Ces mécanismes ne peuvent bénéficier directement à une personne publique. La tentation est dès lors grande de faire bénéficier les politiques publiques de la défiscalisation, par des montages relais de droit privé. Issus dans leur dernière version de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer (dite LODEOM), les investissements, parmi lesquels l'acquisition des avions et des navires, peuvent être financés par des crédits d'impôts (souvent de 50 % du montant de l'investissement réalisé) et loués pendant un certain temps à une société dite « d'investisseurs en défiscalisation », ce qui est un oxymore, avant d'être rétrocédés au promoteur du projet.

---

<sup>49</sup> On renverra notamment à la circulaire n° LBLB0210028C du 20 novembre 2002 du Ministre délégué aux libertés locales aux Préfets et relative au régime juridique des SEML.

<sup>50</sup> 6 ans au total en cas de renouvellement par la loi modifiant en août 2009 la loi organique n° 99-210.

<sup>51</sup> Sont explicitement mentionnées par certaines dispositions du code général des collectivités territoriales auxquelles l'article 8-1 de la loi simple (n° 99-210) renvoie, les activités de construction ou de gestion de logements sociaux et le financement des pertes d'exploitation de ces opérations (articles L. 1523-5 et L. 1523-6 du CGCT), ainsi que les programmes liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises (article L. 1523-7 du CGCT). Le rôle d'opérateur technique délégué par la province des îles Loyauté à la SODIL, par délibération n° 2006-69 du 18 juillet 2006, dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique en matière d'habitat social, entre dans le champ d'action.

<sup>52</sup> Conseil d'Etat, n° 188393 du 30 décembre 1998, Commune de Colombes.

La défiscalisation se présente idéologiquement comme un encouragement à l'investissement privé et c'est pourquoi le secteur public ne peut être un bénéficiaire direct. La défiscalisation aurait l'immense avantage « *de ne pas correspondre à une logique d'assistance, mais, au contraire, de stimuler l'initiative et favoriser les adaptations*<sup>53</sup> ». Elle s'intégrait dans un courant idéologique néolibéral, critique de la dépense publique et admiratif de l'investissement privé. Plutôt que de subventionner des achats ou travaux par la dépense publique, la tentation était de confier l'initiative aux entreprises elles-mêmes, qui investiraient en crédits d'impôts. La puissance publique se bornerait alors à orienter l'investissement privé vers des secteurs jugés utiles à la collectivité en permettant de réduire le coût des investissements réalisés Outre-mer, soit en accordant un avantage fiscal direct aux entrepreneurs exerçant leur activité Outre-mer, soit en attirant vers les économies insulaires une partie de l'épargne métropolitaine par l'octroi d'un avantage fiscal<sup>54</sup>. L'autre mérite de la dépense fiscale est de « disparaître » des budgets. Pourtant, la défiscalisation n'est qu'une autre forme de la dépense publique, au même titre que les subventions ou les garanties d'emprunts. Elle n'est pas le seul instrument possible de soutien public à l'investissement. Dans la réalité, ce mécanisme a faussé l'économie calédonienne, favorisant le surinvestissement et les montages compliqués de droit privé pour bénéficier de l'aubaine fiscale.

### ***B – L'usage des SEM et des sociétés de droit privé par la personne publique trouble la perception des contraintes légales :***

Les affaires s'égrènent au rythme des contentieux ; elles montrent une volonté de flirter avec les limites de l'interventionnisme économique. Les SEM sont au centre de ces montages compliqués qui cherchent à contourner l'affirmation d'une activité de service public, jugée sans doute à tort, impossible et à bénéficier de la défiscalisation.

#### *1 - L'aide à la continuité aérienne intérieure à la société AIRCAL :*

Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a accordé le 19 juillet 2007 une subvention d'un montant de 80 Millions FCFP (670 400 €) à la société AIR CALEDONIE, qui est une SEM entre le gouvernement (50 %), la province des Îles (43 %) et des actionnaires privés, au titre de l'aide à la continuité territoriale intérieure. La subvention devait servir intégralement à financer une réduction sur la tarification des prestations sur les prix aller ou retour pour le transport de certains usagers résidents des provinces Nord et Îles Loyauté et de l'Île des Pins. Écartant l'hypothèse d'un concours financier ayant pour objet de compenser le déficit de fonctionnement de cette société, le tribunal administratif<sup>55</sup> a admis la mise en œuvre d'une *mission d'intérêt général* destinée à atténuer les contraintes liées à l'insularité vis à vis de la Grande Terre. Autrement dit, pour le juge il ne s'agit pas d'attribuer une aide économique à une entreprise.

Les solutions sont différentes dans le domaine maritime ; après les déboires du ferry Président YEIWENE géré par convention d'affrètement du 15 octobre 1991 entre la SEM SODIL et la société maritime des Îles Loyauté (SMIL), où la province a été condamnée pour concurrence déloyale<sup>56</sup>, un autre montage a été tenté pour le navire qui lui succède, le BETICO I, puis le BETICO II, avec la société SUDILES :

---

<sup>53</sup> Alain RICHARD, *In* rapport d'information n° 51 du 7 novembre 2002 au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur « *la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer* », par M. Roland du LUART, Sénateur, p. 11.

<sup>54</sup> Mathias CHAUCHAT, *Vers un développement citoyen ; perspectives d'émancipation pour la Nouvelle-Calédonie*, PUG 2006, p. 104.

<sup>55</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 07270 du 19 juin 2008, Société compagnie maritime des îles précité.

<sup>56</sup> CAA Paris n° 05PA01979 du 15 décembre 2008, Société TRANSILES (et jugement confirmé du TANC du 10 mars 2005), précités.

## 2 - La subvention du déficit d'exploitation des BETICO I et II :

Le BETICO I était exploité par la SAS SUDILES pour le transport intérieur de la province des Îles Loyauté, la liaison Nouméa - Îles des Pins se situant en province Sud, et enfin le lien entre ces deux provinces. Ce catamaran rapide acheté en défiscalisation, est maintenant en cours de désarmement, et son successeur le BETICO II, lui-même acquis en défiscalisation, licencie aujourd'hui une part de son personnel. La société SUDILES est constituée à parts égales des seules personnes de droit privé que sont les SEM PROMOSUD et SODIL. Elle n'est rien d'autre qu'une filiale des sociétés SODIL et PROMOSUD, créée en application de l'article L.1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) avec l'accord exprès des provinces Sud et Îles, actionnaires. Le paradoxe de cette création est que la desserte maritime d'intérêt territorial interprovinciale relève de la Nouvelle-Calédonie et pas des provinces elles-mêmes.

A l'inverse de la subvention pour la continuité aérienne intérieure, deux ans auparavant, une subvention d'un montant de 10 millions de FCFP (83 800 €) répondant aux mêmes objectifs et attribuée par ce même gouvernement à la SAS SUDILES dans le cadre de l'exploitation du BETICO I, avait été annulée. Elle ne pouvait, d'une part, compenser un déficit d'exploitation d'un service public maritime d'intérêt territorial, en l'absence d'une délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie au titre du principe de la continuité territoriale. Elle devait, d'autre part, être regardée comme une aide économique à une entreprise privée placée sous l'empire d'une procédure judiciaire<sup>57</sup>. Bref, deux jugements sur les aides directes, aériennes et maritimes, et deux solutions opposées.

Le BETICO II qui succède en 2008 au BETICO I reprend la même formule. Ce navire reste exploité par la SAS SUDILES pour le transport entre les deux provinces et la liaison Nouméa - Îles des Pins en province Sud. Aujourd'hui, après le changement de présidence à la province Sud comme à PROMOSUD à la suite des élections provinciales de 2009, la volonté provinciale est de se désengager de SUDILES et de laisser la desserte de l'île des Pins à un entrepreneur privé. En l'attente, les deux opérateurs sont subventionnés et le contentieux ne va pas tarder à surgir... On peut être certain d'affirmer que la SAS SUDILES ne peut se prévaloir du dispositif ajouté à l'article 53 III de la loi organique<sup>58</sup>. Car, il ne s'agit pas d'une SEM faute de collectivité publique majoritaire. L'activité assurée par le BETICO II pose d'abord une question de légalité, en termes de compétence sur la liaison maritime d'intérêt territorial. Il faudrait inclure la Nouvelle-Calédonie dans le montage : soit la Nouvelle-Calédonie s'associe au capital de la société SUDILES au titre d'une prise de participation minoritaire, et la question de la compétence serait levée, soit la Nouvelle-Calédonie délègue<sup>59</sup> le transport maritime d'intérêt territorial aux provinces Sud et des îles Loyauté, qui étendraient alors le champ d'intervention territoriale de leurs SEM respectives prévue par leurs statuts aux liaisons maritimes interprovinciales. Mais l'aide attribuée aux entreprises privées devra être nécessairement en conformité avec les conditions posées par l'article 212 de la loi organique<sup>60</sup> et les concours financiers devront être octroyés en application du régime des aides économiques aux entreprises propres à chaque province, selon que l'aide est accordée par les Îles ou par la province Sud.

---

<sup>57</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n° 05210 du 20 avril 2006, aide financière au BETICO I au titre de la continuité territoriale, précité.

<sup>58</sup> Article 53 : « III. - Les provinces peuvent, dans le cadre de leurs compétences et dans le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour la mise en œuvre d'opérations concourant au développement économique ».

<sup>59</sup> Certaines compétences peuvent être déléguées aux provinces sur le fondement de l'article 47 de la loi organique.

<sup>60</sup> Article 212 de la loi organique, précité.

## **Conclusion**

Ce qui frappe à l'issue de cette étude est la complexité des paramètres à maîtriser par les élus pour parvenir à de bonnes décisions publiques. Sans doute faudrait-il reconnaître un intérêt public particulièrement marqué à la question des dessertes de l'archipel calédonien et, à rebours d'une idéologie néolibérale du tout privé comme des mécanismes de défiscalisation, revenir au service public, dans le cadre d'une compétence assumée par les provinces ou le pays. Les sociétés publiques ou d'économie mixte exerceraient alors clairement par voie de délégation une mission de service public.

## Les axes de recherche

La recherche développée par le LARJE est axée sur les ressources naturelles, la biodiversité et l'environnement d'une part, le droit et l'environnement économique et social insulaire d'autre part. Ces thèmes se déclinent dans une optique de développement durable, liée à l'émancipation progressive du Pays dans le statut issu de l'accord de Nouméa. Ils entendent favoriser une recherche non seulement fondamentale, mais aussi appliquée sur les aspects économiques et juridiques de l'évolution des populations et des politiques locales liées aux activités humaines et industrielles en Nouvelle-Calédonie, particulièrement le nickel. Dans cette optique, les membres de l'équipe continueront à favoriser les ouvertures sur l'étranger par des collaborations avec les institutions régionales (CPS, PROE notamment) et les universités de la zone (USP à Port-Vila et Suva, AUF et Universités australiennes).

Le LARJE (équipe d'accueil n° 3329) a été évalué et renouvelé pour 4 ans par le MESR (décision du 29/11/2007).

## Les membres de l'équipe

- ✓ Guy Agniel, Professeur des universités en droit public
- ✓ Elisabeth Alma, Maître de conférences HDR en sciences de gestion (en délégation)
- ✓ Didier Babel, PRAG d'économie-gestion
- ✓ Jocelyn Bénéteau, Maître de conférences en droit public
- ✓ Mathias Chauchat, Professeur des universités en droit public (directeur de l'équipe)
- ✓ Etienne Cornut, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
- ✓ Jean-Florian Eschylle, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
- ✓ Sandrine Gravier, PRAG d'économie-gestion
- ✓ Gaël Lagadec, Maître de conférences en sciences économiques
- ✓ Nadège Meyer, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
- ✓ Gylène Nicolas, Maître de conférences en droit public (en délégation)
- ✓ Catherine Ris, Maîtresse de conférences en sciences économiques
- ✓ Olivier Saïssi, Maître de conférences en sciences de gestion (en délégation)
- ✓ Sandrine Sana, Professeur des universités en droit privé et sciences criminelles (en délégation)

<http://larje.univ-nc.nc/>