

## **DECISIONS SUR LES CONCESSIONS PORTUAIRES**

**Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) - Sénégal**

**DECISION N° 036/11/ARMP/CRD DU 16 MARS 2011 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission litiges sur le recours de la société THOCOMAR dénonçant le rejet de son offre pour tardiveté dans le cadre de la manifestation d'intérêts relative à l'exploitation du mole 2 du Port autonome de Dakar.**

**Concessions portuaires – Terminal RORO - Port autonome de Dakar – attribution – manifestation d'intérêt – offre – loi applicable – droit communautaire UEMOA (non) – code des obligations de l'administration (non) – loi régissant le port autonome (oui) – marché public (non) – délégation de service public (non) – service public (non)**

*Ne constitue pas un marché public, la consultation qui ne consiste pas dans la satisfaction d'un besoin ponctuel en travaux, fournitures ou services pour le compte de l'autorité contractante contre paiement d'un prix en contrepartie mais plutôt dans la mise à disposition par l'autorité contractante d'un ouvrage aux fins de son exploitation à titre temporaire contre versement d'une redevance domaniale annuelle par les bénéficiaires des prestations.*

*Ne constituent pas un service public, les prestations consistant dans l'exploitation du domaine public maritime par un opérateur en contrepartie de paiement de redevances domaniales annuelles à verser à l'autorité contractante avec une partie fixe calculée sur la base de la superficie occupée et une partie variable par rapport aux services offerts aux navires escalant au terminal concédé.*

*Constitue un service public, l'ensemble des activités exercé par ou pour le compte de la puissance publique dans le but de satisfaire une demande sociale considérée comme devant être disponible pour tous à l'instar des centrales et réseaux de distribution dans le secteur de l'électricité, des télécommunications, de l'eau, des transports publics, du ramassage des déchets etc.*

### **LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES,**

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;  
Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 21 février 2011 de la société THOCOMAR ;

Après avoir entendu le rapport de M...., rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de M. Président, de M., membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM...., Directeur général, ..., Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, de sur M., la Conseiller juridique et chargé des enquêtes régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés publics, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire du 21 février 2011, enregistrée le 22 février 2011 sous le numéro 125/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société THOCOMAR a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre portant sur la manifestation d'intérêts relative à l'exploitation du Môle 2 du Port autonome de Dakar (PAD) ;

## **1. OBJET DE LA REQUETE**

Par courrier du 21 février 2011, la société THOCOMAR a saisi directement le CRD pour contester le refus de la commission des marchés du Port autonome de Dakar de prendre possession de son offre produite dans le cadre de la Manifestation d'intérêts visée en objet, et souhaite en conséquence être rétablie dans ses droits;

## **2. LES FAITS ET LA PROCEDURE**

Après avoir effectué la réalisation d'importants travaux d'extension et de réhabilitation de son domaine, le PAD a lancé une Manifestation d'intérêts pour sélectionner un opérateur chargé d'exploiter le terminal RORO, conformément aux dispositions combinées de la loi du 18 août 1987 modifiée, autorisant la création de la Société Nationale du Port Autonome de Dakar et de ses statuts approuvés par le décret no 87-1552 du 19 décembre 1987 ;

Suite à l'ouverture des plis de ladite manifestation d'intérêts, l'Offre de la société THOCOMAR a été rejetée au motif qu'elle est arrivée après la clôture de la séance ;

### **2.1. Les moyens présentés à l'appui de la saisine :**

La société THOCOMAR a introduit un recours pour contester le rejet de son offre. A l'appui de sa requête, le requérant déclare qu'il a été interdit à tort de compétition pour s'être présenté en retard à l'ouverture des plis, alors que l'avis à manifestation d'intérêts a seulement indiqué l'heure de remise des offres en omettant de mentionner l'heure de la clôture.

Le requérant soutient qu'une telle attitude fausse délibérément les règles de la compétition et qu'il souhaite, par conséquent, être rétabli dans ses droits par le CRD.

### **2.2. Motifs donnés par l'autorité contractante :**

Par lettre du 03 mars 2011 enregistrée le même jour sous le numéro 151/11 au Secrétariat du CRD, le PAD déclare que la procédure de sélection qui a été déroulée pour choisir l'exploitant du terminal n'est régie ni par les dispositions de l'article premier de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ni par l'article 10 du Code des Obligations de l'Administration modifié, encore moins par l'article 2 du Code des marchés publics modifié.

Selon l'Autorité contractante, la sélection d'un opérateur pour l'exploitation du Môle 2 du PAD trouve son fondement légal dans la loi n° 87-18 du 18 août 1987 modifiée par la loi n° 92-63 du 22 décembre 1992 autorisant la création de la société nationale du Port autonome de Dakar.

Il ressort de l'article 3 de la loi 87-18 du 18 août 1987 modifiée au « l'Etat transfère à la Société nationale la propriété des biens et droits immobiliers de son domaine privé ainsi que la gestion physique, comptable et financière des biens et droits immobiliers de son domaine public lorsqu'ils sont nécessaire à la réalisation de son objet social ». Qu'en référence à cette disposition, l'article 3 de la loi n°92-63 du 22 décembre 1992 autorise la société nationale du port autonome de Dakar à consentir sur le domaine public dont la gestion lui est transférée, des autorisations d'occupation temporaire de vingt-cinq (25) ans renouvelables à des fins d'installation et d'exploitation d'équipements liés directement aux opérations portuaires et dont les constructions autorisées ainsi que les équipements sont susceptibles d'hypothèques ou de nantissement.

A ce propos, toute bénéficiaire d'une autorisation d'exploitation doit être sélectionné en conformité avec la convention type figurant en annexe à la loi 11092-63 du 22 décembre 1992 qui tient lieu également de cahier des charges.

Selon le PAD, l'exploitant sélectionné dans le cadre de la Manifestation d'intérêts, objet du litige, exercera exclusivement des activités lucratives et marchandes et non des activités de service public telles que prévue par le Code des Obligations de l'Administration. A cet égard, l'autorisation d'occupation du domaine public

ne peut être assimilée ni à un marché public, ni à une délégation de service public ; par conséquent, elle ne peut relever du champ d'application du Code des Marchés publics.

Subsidiairement, le PAD soutient également que le requérant n'a pas saisi le PAD d'un recours gracieux à la suite du rejet de son offre, alors que l'article 11 de la Directive n°05/2005/CM/UEMOA prévoit à charge des candidats :

1. un recours préalable devant le représentant de l'autorité contractante ;
  2. un recours devant l'autorité hiérarchique pour contester la décision du représentant de l'autorité contractante ; enfin, le cas échéant,
  3. un recours devant le CRD ;
- Qu'au cas où le CRD pour connaître dudit litige, il devra dans ce cas prononcer l'irrecevabilité de la requête ;

### **3. SUR LE FOND**

#### **3.1. Sur l'applicabilité du Code des marchés publics au marché concerné :**

Considérant que l'article premier du Code des marchés publics, modifié, dispose que les règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics de travaux, fournitures et services ainsi que la passation et le contrôle des contrats portant participation à l'exécution d'un service public s'appliquent aux sociétés nationales et aux sociétés anonymes à participation publique majoritaire;

Considérant que la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA, notamment en ses articles 3 et 5 s'appliquent :

- a) aux marchés et délégations de service public passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité locale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ;
- b) aux marchés et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public ;

Pour ces raisons, conclut que le Port autonome de Dakar est soumis aux règles régissant les marchés publics et les délégations de service public.

#### **3.2. Sur la qualification de « marché public » :**

Considérant que l'article 4.8 du Code des marchés publics définit le marché public comme « le contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » ;

Considérant qu'il résulte de l'article premier du règlement de la consultation que la prestation envisagée a pour objet la sélection d'un opérateur chargé d'exploiter le Môle 2 affecté au trafic RORO pour une durée maximale de quinze (15) ans en contrepartie de redevances annuelles à payer ;

Considérant que pour un marché public le paiement est effectué par l'acheteur public et il est intégral et immédiat ;

Que pour cette raison, ladite consultation ne constitue pas un marché public en ce sens qu'elle ne consiste pas en la satisfaction d'un besoin ponctuel en travaux, fournitures ou services pour le compte du PAD contre paiement d'un prix en contrepartie, mais plutôt à la mise à disposition par l'autorité contractante d'un ouvrage aux fins de son exploitation à titre temporaire contre versement d'une redevance domaniale annuelle par les bénéficiaires de prestations ;

### **3-3. Sur la qualification de délégation de service public :**

Considérant que l'article 10 nouveau de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifiée, portant Code des Obligations de l'Administration dispose que constitue un contrat de partenariat le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers; pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation, d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée.

La durée du contrat de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de leur financement. Le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés »;

Considérant également que l'article premier de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA définit la délégation de service public par « le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 4 à 5 de ladite Directive confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

Que sont considérés comme telle, les régies intéressées, les affermagés, ainsi que les concessions de services publics quelles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage » ;

Considérant que l'opérateur sélectionné aura comme mission de recevoir les navires munis de portes latérales ou de portes arrières et délivrer des services à l'attention du secteur privé, se résumant à la manutention des marchandises sur plate-forme et des conteneurs suivant la méthode « Roll On- Roll Off » ;

Considérant que par rapport à l'objet du litige, les prestations demandées consistent à l'exploitation du domaine public par un opérateur en contrepartie de paiement de redevances domaniales annuelles à verser au PAD comportant une partie fixe calculée sur la base de la superficie occupée, et une partie variable par rapport aux services offerts aux navires escalant au terminal ;

Considérant que de façon générale, les contrats de délégation de service public supposent la fourniture de services ou de biens au public dont la responsabilité incombe aux pouvoirs publics par l'intermédiaire d'un délégataire public ou privé qui les distribue ensuite aux usagers, ou encore l'exploitation ou la maintenance d'une installation destinée aux usagers du service public ;

Considérant que l'expression « services publics » telle qu'employée à l'article premier de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA désigne les services se rattachant à une infrastructure publique ou résultant de son exploitation ;

Que du point de vue fonctionnel, une infrastructure publique désigne les installations matérielles qui fournissent des services essentiels à la population, dans le but de satisfaire l'intérêt général, à l'instar des centrales et réseau de distribution dans le secteur de l'électricité, des télécommunications, de l'eau, des transports publics, du ramassage des déchets, etc.) ;

Considérant que fort de ce constat, un service public est l'ensemble des activités exercé par ou pour le compte de la puissance publique dans le but de satisfaire une demande sociale considérée comme devant être disponible pour tous.

Considérant que même si les contrats d'occupation du domaine public ont en commun avec les contrats de concession de service public, le fait qu'ils comportent tous deux, ou peuvent comporter, une occupation du domaine public, il n'en demeure pas moins que ces deux catégories s'opposent fondamentalement, en ce sens que les contrats de gestion déléguée visent à satisfaire un besoin d'intérêt général, tandis que les contrats d'occupation du domaine public ont pour spécificité d'être conclu dans l'intérêt propre de ses occupants ;

Que dès lors, le contrat d'occupation du domaine public issu de la manifestation d'intérêts, objet du litige, n'a pas de rapport avec la gestion du service public

Qu'en conclusion de toutes ces considérations le CRD

**DECIDE :**

- 1) Constate que les prestations envisagées ne peuvent être assimilées à un marché public ;
- 2) Constate que les services offerts par le futur opérateur s'adressent aux sociétés privées au bénéfice propre de l'opérateur. Ces services ne visent donc pas la satisfaction d'un besoin essentiel pour toute la population ;
- 3) Dit que le contrat d'occupation du domaine public issu de la manifestation d'intérêts, objet du litige, n'a pas de rapport avec la gestion d'un service public ;
- 4) En conséquence, se déclare incompétent.
- 5) Dit que le Directeur Général de IARMP est chargé de notifier à la société THOCOMAR, au PAD ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

---

**Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) – Côte d'Ivoire**  
**DECISION N° 009/2013/ANRMP/CRS DU 08 MAI 2013**

Sur la dénonciation faite par le groupement INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES INC (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS pour irrégularités commises dans la procédure de passation de l'appel d'offres international avec présélection n°s31/2012 portant mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième terminal à conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan. Concessions portuaires – Terminal à conteneurs (TC2) – Port autonome d'Abidjan – marché public - procédure de présélection – principe de libre concurrence – abus de position dominante – loi applicable –

*Doit être soumis au code des marchés publics et à la réglementation communautaire sur les marchés publics, l'appel d'offres relatif à la concession d'un terminal à conteneur.*

*Est contraire aux principes fondamentaux régissant les marchés publics, toute disposition d'un dossier d'appel d'offres, de nature à écarter un candidat à l'accès à la commande publique ; dès lors, est contraire à la réglementation des marchés publics, norme supérieure et donc réputée non écrite, la mention dans le dossier de présélection d'une disposition tendant à faire croire qu'un soumissionnaire est écarté d'avance de la commande publique au motif qu'il est déjà attributaire d'une autre concession avec la même autorité contractante,*

**LA CELLULE RECOURS ET SANCTIONS STATUANT EN MATIERE D'IRREGULARITES,  
D'ACTES DE CORRUPTION ET DE PRATIQUES FRAUDULEUSES ;**

Vu le décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant Code des Marchés Publics ;

Vue le décret n°2009-260 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu le décret n°2010-62 du 27 avril 2010 portant notamment du Président de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n° 2010-64 du 27 avril 2010 portant nomination des membres de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la Cellule Recours et Sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu la correspondance en date du 16 avril 2013 du groupement International Container Terminal Services Inc (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS ;

Vu les pièces du dossier ;

En présence de M., le Président de la Cellule et de Messieurs..., membres ;  
Assistés de Monsieur..., le Secrétaire Général Adjoint chargé des Recours et Sanctions, rapporteur ;  
Après avoir entendu le rapport de Monsieur ... exposant les irrégularités dénoncées ;  
Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par correspondance en date du 16 avril 2013, enregistrée le même jour au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics sous le n°0077, le groupement International CONTAINER TERMINAL SERVICES INC(ICTSI)/CMACGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS a saisi IANRMP d'une dénonciation portant sur des irrégularités qui auraient été commises dans l'appel d'offres international avec présélection n°S31/2012 pour la mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan.

### **LES FAITS ET LA PROCEDURE**

Le Port Autonome d'Abidjan (PAA) a fait publier dans les bulletins officiels des Marchés Publics (BOMP) des 19 et 26 juin 2012, un avis de présélection relatif à un appel d'offres international n°S31/2012 pour la mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan ;

Cet appel d'offres avec présélection devait se dérouler en deux (02) étapes dont la première consistait en l'analyse des offres techniques à l'issue de laquelle les soumissionnaires ayant obtenu les points requis, seraient invités à participer à l'étape deux (02) qui consistait à l'analyse des offres financières, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement révisé par l'autorité concédant ;

A la séance d'ouverture des plis qui s'est tenue le 18 juillet 2012, quatre (04) groupements ont soumissionné, à savoir :

- HANJIN/TIL/MSC ;
- APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ;
- ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-
- CGM/TERMINAL LINK/MOVIS ;
- PSA EUROPE/MARSA MAROC ;

A l'issue de la phase de présélection qui s'est tenue les 30 juillet et 17 août 2012, les quatre (04) groupements soumissionnaires ont été pré qualifiés pour participer à la première étape ;

Après l'examen des offres techniques, à la séance tenue le 24 décembre 2012, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) a qualifié, pour participer à la deuxième étape, les trois (03) groupements qui avaient soumissionné à la première étape, pour avoir franchi le seuil de qualification fixé à 65 points sur 100 points ; ce sont :

- ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA- CGM/TERMINAL LINK/MOVIS classé premier avec 81,8 points sur 100 points ;
- HANJIN/TIL/MSC classé deuxième avec 73 points sur 100 points ;
- APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TP classé troisième avec 66,9 points sur 100 points ;

Suite à l'examen des offres financières qui a eu lieu à la séance du 08 mars 2013, la COJO, a désigné comme attributaire provisoire de la concession pour la réalisation et l'exploitation du second Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan, le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TP qui a été classé premier avec 100 points sur 100, après avoir offert un ticket d'entrée portant sur la somme de cent vingt millions (120.000.000) d'euros, une redevance fixe annuelle de vingt-deux millions (22.000.000) d'euros, une baisse du Tarif Public Plafond de 25% et une prévision de transbordement de 450.000 TEU (Twenty Equivalent Unit) ;

Par correspondance n°0610/2013/MPMEF/DGBF/ DMP/27 du 14 mars 2013, la Direction des Marchés Publics a donné son avis de non objection et a invité l'autorité concédant à engager les négociations avec l'attributaire provisoire dans les conditions fixées par l'article 181 du Code des marchés publics ;

Par correspondance n°00800/DGPAA/DM/TC du 21 mars 2013, le Port Autonome d'Abidjan (PAA) a notifié les résultats de cet appel d'offres aux différents groupements soumissionnaires ;  
Estimant que les résultats de cet appel d'offres lui causent un préjudice, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/ MOVIS, a par correspondance en date du 03 2013, un recours gracieux le 16 avril auprès 2013 ;

Cependant, bien qu'ayant emprunté la procédure de règlement que prévue par l'article 167 du Code des marchés publics, il reste que ledit groupement ne démontre pas, aux termes de sa requête, qu'il a été injustement évincé dudit appel d'offres comme l'exige l'article 167 précité, notamment en établissant que c'est tort que son offre a été rejetée alors quelle serait techniquement conforme et financièrement avantageuse ;

Par contre, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS a dénoncé des irrégularités dans la procédure de présélection, la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics, des irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'offres (RPAO) ainsi que le caractère arbitraire du jugement d'attribution ;

Ainsi, s'agissant du non-respect des conditions de présélection, le plaignant soutient que la COJO en préqualifiant les groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC a violé les articles 2.5 et 2.6 du dossier de présélection, lesquels exigeaient pour être présélectionné, et à peine d'exclusion directe, « la production des comptes sociaux et annexes audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables clos du candidat ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion du candidat pour les cinq (05) dernières années » ;

Or, selon le plaignant, la société APM TERMINAL du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, à l'exclusion de son rapport d'activités pour l'année 2007, n'a fourni que des rapports d'activités en anglais, au titre des années 2008, 2009 et 2010 ;

Quant à la société MSC du groupement HANJIN/ TIL/MSC, elle n'a fourni ni ses comptes sociaux des cinq dernières années, ni aucun rapport d'activités tout comme la société TIL. Il ajoute que les rapports d'activités de la société HANJIN SHIPPING au titre des années 2007 et 2011, ont été fournis en anglais ; Le groupement ICTSI/NCT ment le non-respect, pendant la règles de concurrence édictées par le marchés publics et le Traité de Dakar du 10 1994 instituant IUEMOA, lesquels interdisent atteintes à la libre concurrence et les abus de position dominante ;

Le plaignant explique que le groupement TERMINALS/BOLLORE AFRICA BOUYGUES étant déjà concessionnaire du premier Terminal à Conteneurs et exploitant plusieurs autres terminaux à conteneurs dans l'espace UEMOA, la COJO aurait dû rejeter son dossier dès la phase de présélection dans la mesure où le choix d'un tel candidat tendrait à instituer, favoriser ou entretenir la constitution qui sont interdits par les articles 4.1 et 4.3 du règlement n 0 02/2002/CM/UEMOA ;

En outre, s'agissant des irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'Offres (RPAO), le plaignant fait valoir que l'article 6.2 du RPAO consacre l'attribution du marché sur la base d'un critère unique d'appréciation : celui de la meilleure offre financière ; ce qui constitue une violation des règles des marchés publics notamment les articles 70.2 et 71.1 du Code des marchés publics qui exigent, outre l'analyse financière d'une offre, son analyse technique. Il estime par conséquent que le jugement d'attribution intervenu sur la base de ce seul critère est arbitraire ;

Le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS poursuit ses griefs, en indiquant que le RPAO révisé pour la seconde étape, en validant la candidature du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, viole les dispositions du droit communautaire qui interdisent la constitution de monopoles, de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles ;

Par ailleurs, dénonçant la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics, le plaignant estime que la COJO a méconnu le principe de légalité de traitement, pour avoir validé d'une part, l'offre du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES qui a présenté une modèle économique fondé sur l'exploitation conjointe du premier terminal à conteneurs dont il est concessionnaire et

du second Terminal à conte alors que l'appel d'offres consistait à présenter un modèle économique et des projections fondées uniquement sur la concession du second Terminal à conteneurs et d'autre part, les lettres de confort produites par l'attributaire provisoire qui n'étaient pas conformes au modèle annexé au RPAO révisé ;

Le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMACGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient également que la COJO a violé l'ordre public économique depuis la phase de présélection jusqu'à l'attribution de la concession ;

Le plaignant explique que l'attributaire étant déjà concessionnaire du 1er Terminal à conteneurs, les droits d'entrée des produits en Côte d'Ivoire imposés par ses soins en sa double qualité de concessionnaire des TC 1 et TC 2, connaîtront une nette flambée, ce qui limitera inéluctablement et de manière désastreuse la production, les débouchés, le développement technique au préjudice du seul consommateur ;

Toujours au titre des principes fondamentaux, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMACGM/TERMINAL LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir violé le principe de la transparence au motif qu'elle a modifié en cours de procédure, l'objet de l'appel d'offres, les composantes de l'offre financière et leur pondération ;

Enfin, abordant son grief relatif au caractère arbitraire du jugement d'appel d'offres, le plaignant estime que la note de 15/30 attribuée au groupement APM TERMINALS /BOLLORE AFRICA LOGISTICS/ BOUYGUES au titre de sa capacité à promouvoir la concurrence intra-portuaire ainsi que celle de 15/30 attribuée pour sa capacité réelle de transbordement en matière de stratégie commerciale, ne reposent sur aucun élément objectif et sont, par conséquent, arbitraires, injustifiées et non méritées ;

En effet, selon le plaignant, il est incompréhensible que la Commission, après avoir affirmé que la stratégie commerciale proposée par l'attributaire provisoire constitue plutôt une faiblesse, car n'étant pas de nature à promouvoir la concurrence inter et intra portuaire, et après avoir constaté que ce dernier n'a pas été en mesure de démontrer une quelconque capacité de transbordement, lui ait attribué ces notes ;

Le groupement conduit par ICTSI conclut que l'offre de l'attributaire souffre de graves insuffisances en raison des incohérences contenues dans son offre technique, particulièrement dans le modèle économique et financier proposé, ainsi que de l'absence d'un plan d'entreprise intégral, constant et modélisé ;

Invitée par correspondances n° 0271/13/ANRMP/ SG/SGA-2/CE-2 du 18 avril 2013 et n° 0307/13/ANRMP/SG/SGA-2/CE-2 du 26 avril 2013 à faire valoir ses observations et commentaires, le Port Autonome d'Abidjan a transmis, par correspondance n° 016/DGPAA/DAJC/SD/mct en date du 26 avril 2013, l'ensemble des pièces de la procédure d'appel d'offres, notamment les dossiers d'appel d'offres des différentes étapes à partir de la présélection, les offres des différents soumissionnaires, les procès-verbaux d'ouverture des plis des différentes étapes, les procès-verbaux de jugement des offres et les courriers de notification des résultats ;

Par ailleurs, préalablement à la saisine d'IANRMP, l'autorité contractante avait transmis le 11 avril 2013 à IANRMP, pour information, ses observations sur le recours gracieux du groupement conduit par ICTSI.

## **SUR L'OBJET DE LA DENONCIATION**

Il ressort des faits ci-dessus exposés que la dénonciation porte sur la violation des critères de présélection, les irrégularités contenues dans le RPAO, la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics et le caractère arbitraire du jugement d'attribution.

## **SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE**

Considérant qu'aux termes de l'article 10 alinéa le de l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010, « **La Cellule Recours et Sanctions est saisie par toute personne physique ou morale de droit privé o de droit public, partie ou non à un marché public ou à une convention de délégation de service public qui a connaissance de faits ou qui a intérêt à v prononcer des sanctions pour atteinte à la réglementation** » ;

Considérant que l'alinéa Ier de l'article 11 de l'arrêté précité ajoute que « La Cellule Recours et Sanctions est saisie par tout moyen laissant trace écrite ou par appel téléphonique effectué sur une ligne verte prévue à cet effet » ;

Considérant qu'en l'espèce, bien qu'ayant emprunté la procédure de règlement des litiges telle que prévue par l'article 167 du Code des marchés publics, en introduisant au préalable un recours gracieux, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMACGM/TERMINAL LINK/MOVIS a essentiellement dénoncé des irrégularités dans la procédure de l'appel d'offres en cause ;

Qu'ainsi, en saisissant IANRMP par correspondance en date du 16 avril 2013, ledit groupement s'est conformé aux dispositions combinées des articles 10 et 11 de l'arrêté suscité ;

Qu'il y a donc lieu de déclarer sa dénonciation recevable en la forme.

## **SUR LE BIEN FONDE DE LA DENONCIATION**

Considérant qu'il ressort de l'examen de sa correspondance en date du 16 avril 2013, que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA- CGM/TERMINAL LINK/MOVIS dénonce quatre (4) faits :

- le non-respect des conditions de présélection ;
- les irrégularités contenues dans le règlement particulier d'appel d'offres ;
- la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics ;
- le caractère arbitraire du jugement d'attribution.

### **1) Sur le non-respect des conditions de présélection**

- a) Sur la pré-qualification des groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC en violation des dispositions des articles 2.5 et 2.6 du dossier de présélection

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir pré-qualifié les groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/ BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC alors que ceux-ci ne satisfaisaient pas aux exigences contenues dans l'article 2.5-C) du dossier de présélection relatif à la présentation du candidat et documents sociaux notamment les points (vi) et (vii) relatifs respectivement, aux comptes sociaux et annexes audités et certifiés ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion ;

Qu'il est constant qu'aux termes des dispositions de l'article 2.5-C) du dossier de présélection, les dossiers de candidature doivent comprendre les documents suivants :

**(i) Un exposé sommaire des motifs de la participation à l'appel d'offres et de la stratégie du candidat en ce qui concerne le Port d'Abidjan et sa cohérence avec les objectifs du Port Autonome d'Abidjan tels que définis au paragraphe 1.1 du présent dossier de présélection ;**

**(ii) Une présentation générale du candidat (dénomination sociale, capital social, forme juridique, adresse du siège social, activités principales) incluant une liste des actionnaires qui détiennent vingt pour cent (20%) ou plus des actions et/ou des droits de vote du candidat ;**

**(iii) Une copie certifiée conforme et à jour des statuts du candidat ;**

**(iv) Un extrait original du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier relatif au candidat (ou un certificat équivalent, selon le pays du candidat) ;**

**(v) Un certificat de non faillite du candidat (ou tout autre document équivalent selon le pays du candidat) datant de moins de trois mois avant la date limite (pièces originales ou copie certifiée conforme) ;**

**(vi) Les comptes sociaux et annexes audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables clos du candidat ;**

**(vii) Les rapports d'activités et rapports de gestion du candidat pour les cinq (05) dernières années. Pour les candidats souhaitant présenter leur candidature en tant que groupement, le dossier devra comprendre les documents prévus au point (i) à (vii) pour chaque membre du groupement ;**

**(viii) Un engagement écrit, sous forme de lettre signée de chaque membre du groupement, confirmant l'engagement de chaque membre dans le groupement et identifiant file pour le compte des autres membres et ayant le pouvoir d'engager tous les membres du groupement.**

Qu'en l'espèce, il ressort de l'analyse des pièces du l'espèce, que la société APM TERMINAL appartenant groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES a produit son rapport d'activités allant du 07 août 2007 au 31 décembre 2008 ;

Que s'il est vrai que le rapport d'activités ne couvre qu'une partie de l'année 2007, cela se justifie par le fait que, cette société n'a été immatriculée que depuis le 1er août 2007, c'est-à-dire au cours de l'exercice 2007 ;

Que de même, il est vrai que les rapports d'activités 2008, 2009, 2010 produits par cette société sont en anglais, seul le rapport d'activités 2011 est en français;

Que cependant, l'article 3.4 in fine du dossier de présélection dispose que « l'Autorité concédant pourra décider de ne pas tenir compte de toute information transmise en une autre langue sous les réserves suivantes : les comptes sociaux et annexes et rapports annuels visés aux points 2.4.1 (C) (vi) et (vii) n'ont pas à être traduits, à l'exception de toute réserve ou tout commentaire des commissaires aux comptes. »;

Qu'ainsi, la production par les candidats de rapports annuels d'activités dans la langue de leur choix ne constitue pas une violation du règlement de la présélection dès lors que ceux-ci ne comportent pas de réserves ou de commentaires émanant des commissaires aux comptes ;

Que ce grief n'est pas fondé ;

Considérant qu'en ce qui concerne le groupement JIN/TIL/MSC, il ressort de l'analyse des pièces du dossier que celui-ci avait effectivement fourni un dossier de présélection incomplet.

Que toutefois, en application l'article 2.6.1 du dossier de présélection qui dispose que « tout dossier incomplet pourra conduire à l'exclusion directe du candidat concerné. Toutefois la commission pourra éventuellement demander aux candidats dont les dossiers de candidature sont incomplets de compléter les pièces manquantes dans un délai déterminé par la lettre d'invitation. » ;

Qu'en application de cette disposition, la COJO a adressé une correspondance au représentant de ce groupement pour lui demander de compléter son dossier de présélection ;

Qu'une première partie des pièces manquantes a été transmise par le candidat le 30 juillet 2012 et la seconde partie notamment, les comptes sociaux audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion des cinq (05) dernières années des entreprises HANJIN et TIL a été transmise le 16 août 2012 ; Ces rapports d'activités et comptes sociaux ont par ailleurs été transmis en versions anglaise et version française;

Que par contre, il est établi que ce groupement n'a pas transmis les comptes sociaux et les rapports d'activités et de gestion de la société MSC ;

Que c'est donc en violation du RPAO, que la COJO a présélectionné le groupement HANJIN/TIL/MSC malgré l'absence des comptes sociaux de la compagnie MSC;

Qu'il y a lieu de déclarer le plaignant bien fondé en cette dénonciation ;

Que toutefois, ce groupement n'ayant pas été déclaré attributaire à l'issue de l'étape 2, cette violation est sans conséquence sur la procédure de passation de l'appel d'offres en cause.

#### **b) Sur la violation des règles de la concurrence**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NE-COTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS soutient que la commission a violé les règles de la concurrence en présélectionnant le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES déjà concessionnaire du premier Terminal à conteneurs ;

Qu'il estime que le choix d'un tel candidat tendrait à instituer, favoriser ou entretenir la constitution de monopoles privés et de concentrations qui sont interdits par les articles 4.1 et 4.3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA ;

Qu'en effet, le plaignant fonde son argumentaire sur l'article 1.1 des dispositions générales du dossier de présélection qui dispose en son point (i) que « l'exploitation du Terminal se fera dans un cadre concurrentiel,

notamment avec le terminal à conteneurs actuellement exploité au Port d'Abidjan» et déduit que le dossier de candidature de l'attributaire n'était pas recevable, parce que déjà titulaire du premier terminal à conteneurs ;  
Considérant cependant, qu'il ressort du dossier de présélection que la loi applicable à l'appel d'offres concerné est le Code des marchés publics et les Directives n° 04/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans IUEMAO et n° 05/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans IUEMAO, toutes deux datées du 09 décembre 2005 ;

Qu'il est constant que les marchés publics et les délégations de service publics sont régis par des principes fondamentaux, dont le libre accès à la commande publique et la libre concurrence ;

Qu'en effet, l'article 2 de la Directive n° 04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans IUEMAO dispose que « Les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumises aux principes suivants :

- L'Economie et l'efficacité du processus d'acquisition ;
- Le libre accès à la commande publique ;
- L'Egalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle ;
- La transparence des procédures, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures... » ;

Que l'article 9 du Code des marchés publics dispose que « Les marchés publics et les conventions de délégation de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumis aux principes suivants :

- Le libre accès à la commande publique ;
- L'égalité de traitement des candidats ;
- La transparence des procédures ;
- Interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité des candidats, sous réserve de la préférence communautaire qui est appliquée à toute entreprise communautaire présentant une offre ;
- La libre concurrence ;
- L'économie et l'efficacité de la dépense publique ;
- L'équilibre économique et financier » ;

Qu'il s'ensuit qu'en la matière, toute disposition dans le dossier d'appel d'offres, de nature à écarter un candidat à l'accès à la commande publique, est contraire auxdits principes fondamentaux ;

Qu'en l'espèce, la mention dans le dossier de présélection d'une disposition tendant à faire croire que le groupement dont fait partie la société BOLLORE, titulaire de l'actuel terminal à conteneurs au Port d'Abidjan, est écarté d'avance de la commande publique, est contraire à la réglementation des marchés publics, norme supérieure, et est donc réputée non écrite ;

Qu'en conséquence, en déclarant recevable le dossier de candidature de l'attributaire, la COJO a fait une stricte application des principes fondamentaux des marchés publics et des délégations de service public ;

Qu'il y a donc lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

## **2) sur les irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'Offres**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECO-TRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS fait valoir que le RPAO révisé, en retenant en son article 6.2 le critère financier comme unique critère d'appréciation et de jugement des offres, viole les dispositions de l'article 71.1 du Code des marchés publics qui dispose que l'attribution du marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres ;

Qu'en l'espèce, il ressort de l'examen des pièces du dossier, que contrairement aux affirmations du plaignant, l'appel d'offres en cause s'est fait en deux étapes précédées d'une présélection ;

Que la première étape a consisté à l'appréciation des offres techniques des candidats présélectionnés conformément aux critères fixés à l'annexe 4 du DAO à savoir :

- la pertinence de la stratégie commerciale ;
- la qualité de la stratégie d'aménagement et d'organisation du Terminal ;
- la qualité du plan d'entreprise partiel remis par le soumissionnaire ;

Qui l'issue de cette analyse technique, les soumissionnaires ayant obtenu un minimum de soixante-cinq (65) points ont été invités à participer à la seconde étape qui consistait à l'analyse de leurs offres financières sur la base d'un RPAO révisé, après qu'ils aient produit un dossier technique définitif ;

Qu'en l'espèce, par correspondance n000203/DGPAA/DM/TC/DC du 16 janvier 2013, l'autorité contractante a notifié aux trois soumissionnaires de l'étape I qu'ils ont été qualifiés pour l'étape suivante pour avoir atteint le seuil de qualification, sous réserve pour le groupement plaignant de produire dans un délai de quinze (15) jours, une nouvelle garantie de soumission conforme au modèle de l'annexe 5 du RPAO ;

Que concernant l'étape 2, il ressort de l'annexe A du RPAO révisé que l'appréciation des offres financières s'est faite sur la base de trois critères à savoir:

- les Transferts Financiers ;
- le niveau d'engagement de trafic de transbordement minimum ;
- du soumissionnaire sur les tarifs plafonds ;

Qu'en l'espèce, l'attributaire a été classé premier à cette étape, après avoir obtenu 100 points sur 100 ;

Qu'il est donc erroné de soutenir que l'attribution de la concession s'est faite uniquement sur la base de l'offre financière, occultant ainsi l'étape de l'évaluation technique ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

### **3) Sur la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINWMOVIS dénonce la violation par la COJO des principes de l'égalité de traitement, de la transparence et de l'ordre public économique.

#### **a) Sur la violation du principe de légalité de traitement**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS soutient que l'appel d'offres portant exclusivement sur la mise en concession du second Terminal à Conteneurs (TC 2), les offres techniques et financières des soumissionnaires devaient porter uniquement sur ce terminal ;

Or, selon lui, le groupement attributaire a proposé un modèle économique fondé sur

L'exploitation conjointe du TCI dont il est déjà concessionnaire et du TC2 à créer;

Considérant que la violation du principe de légalité de traitement s'analyse comme une faveur accordée par la COJO à l'un des soumissionnaires, et le respect de ce principe sous-entend que tous les candidats soient traités sur le même pied d'égalité ;

Qu'en l'espèce, chaque candidat ayant la liberté de présenter le modèle économique de son choix, le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES a préféré proposer une stratégie de développement du trafic

Import-export fondée sur l'exploitation conjointe des deux terminaux à conteneurs ;

Que la commission a d'ailleurs relevé dans son rapport d'analyse que la stratégie de développement du trafic import-export proposée par le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES était fortement dépendante des volumes de trafics des autres compagnies maritimes présentes dans les groupements concurrents ; ce qui lui a valu la note de 5/10 et ce grâce uniquement à la lettre

d'intérêts produite par la compagnie MAERSK LINE, que la COJO a estimé être un atout pour le groupement ;

Que la COJO qui n'a eu à poser aucun acte de nature à favoriser l'attributaire de la concession ne saurait avoir méconnu le principe de légalité de traitement ;

Considérant en outre, que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir violé le principe de légalité de traitement, suite à la validation des lettres de confort produites par le groupement attributaire, émanant des compagnies maritimes MAERSK LINE et MOL Côte d'Ivoire, au motif qu'elles n'étaient pas conformes à l'annexe D du RPAO du DAO révisé ;

Considérant cependant, qu'il est constant que le plaignant ne démontre pas en quoi, la COJO a posé des actes de nature à favoriser l'attributaire au détriment des autres candidats ;

Qu'il convient de dire et juger qu'il n'y a pas en l'espèce de violation du principe de légalité de traitement.

Que par contre, il appert de l'examen de sa correspondance en date du 16 avril 2013, que le plaignant dénonce la violation du RPAO révisé, relativement à la conformité des lettres de confort, en tant qu'élément dévaluation de l'offre financière ;

Qu'en effet, le groupement conduit par ICTSI fait grief à la COJO d'avoir validé la lettre de confort de la compagnie maritime MOL alors qu'elle a été signée par sa représentation en Côte d'Ivoire ;

Qu'il fait également grief à la lettre de confort émise par la compagnie MAERSK LINE, d'être sans engagement ferme de la part de la compagnie maritime et de comporter des réserves ;

Qu'en l'espèce, s'agissant de la lettre de confort de la compagnie maritime MOL, l'annexe D du RPAO ne donnant pas de précisions sur le niveau de signature de la lettre de confort, c'est à bon droit que la COJO n'a pas mis en cause la signature de la représentation nationale de la Compagnie MOL ;

Qu'au surplus, le plaignant ne rapporte pas la preuve que cette lettre de confort n'est pas de nature à engager la compagnie maritime MOL ;

Que s'agissant de la lettre de confort émise par la compagnie MAERSK LINE, un examen de ce document permet de constater qu'elle n'est pas strictement conforme au modèle de l'annexe D ;

Qu'en effet, cette compagnie maritime n'a pas retranscrit à l'identique le paragraphe 3 du modèle libellé ainsi : « Nous vous confirmons que, sous réserve que l'offre de [désignation du Candidat ou du Groupement] soit retenue, nous nous engagerons envers le concessionnaire à générer sur le TC2 un trafic de transbordement au moins égal à ce qui ... »;

Qu'en outre, la compagnie MAERSK LINE a émis les réserves suivantes :

- Son trafic vers l'Afrique de l'Ouest doit croître d'au moins 10% par an entre aujourd'hui et la fin de la période ci-dessus ;
- Le nombre de terminaux en eau profonde de la région ouest africaine doit rester limité ;
- Les conditions commerciales et opérationnelles doivent être attractives et compétitives pour elle tout au long de la période ;
- Sujet à accord sur les conditions opérationnelles et commerciales ;

Qu'enfin, la lettre de confort de la compagnie MAERSK LINE ne fait pas une estimation annuelle des type et nombre de navires susceptibles d'être envoyés sur le terminal au cours des sept prochaines années en lien avec les engagements de trafic de transbordement indiqués ;

Considérant cependant, que le RPAO révisé ne mentionne cependant, que la lettre de confort doit être stricte au modèle de l'annexe D, sous peine de rejet ;

Qu'en effet, en précisant Maritime que de « Premier Les lettres Plan de doit confort être modèle en et Annexe laisse une C révisé certaine », le RPAO admet une souplesse et laisse une certaine latitude aux compagnies maritime, pourvu qu'elles comportent des éléments permettant d'évaluer les vo-PO es de transbordement déclarés par la compagnie maritime ;

Qu'en tout état de cause, ledit RPAO prévoit que « Le non-respect de ces engagements par la Compagnie Maritime de Premier Plan ne libérera toutefois aucun cas le Soumissionnaire de ses engagements de Trafic de Transbordement Minimum au titre de la Concession et des sanctions de leur non-respect » ;

Qu'en outre, le paragraphe 5 du modèle de l'annexe D précise que « Cette lettre d'intérêt ne constitue nullement un engagement contractuel de notre part envers le Port Autonome d'Abidjan, mais représente notre estimation la plus sincère, sous réserve des conditions commerciales qui seront conclues entre le concessionnaire et notre société. » ;

Qu'il s'ensuit que la lettre de confort ne constitue pas un engagement ferme mais plutôt une déclaration d'intention et d'intérêt, qui en définitive, engage plutôt le concessionnaire qui la présente et non la compagnie maritime émettrice;

Qu'en conséquence, en décidant de valider la lettre de confort émise par la Compagnie MAERSK LINE, la COJO n'a pas commis de violation du RPAO ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant de ce chef.

#### **b) Sur la violation du principe de la transparence**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS fait valoir que l'autorité concédant, en modifiant en cours de procédure l'objet de l'appel d'offres, ainsi que les composantes de l'offre financière et leur pondération, a violé le principe de la transparence ;

Considérant qu'il résulte de l'article 1.3.2-(ii) du dossier de présélection relatif à la procédure d'appel d'offres que « A la suite de l'évaluation par l'Autorité Concédant des offres techniques au titre de la première étape, les soumissionnaires qui satisfont au minimum acceptable des critères de qualification et qui auront soumis une offre techniquement conforme, seront invités à participer à une seconde étape au cours de laquelle ils présenteront des propositions techniques définitives accompagnées d'une offre financière, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement révisé par l'Autorité Concédant. » ;

Qu'ainsi, dès le départ, tous les candidats étaient parfaitement informés de ce que cet appel d'offres se ferait en deux étapes et que l'évaluation des offres financières se ferait sur la base du DAO préalablement révisé par l'autorité concédant;

Que par ailleurs, contrairement aux affirmations du plaignant selon lesquelles l'objet de l'appel d'offres se limiterait à la seule concession de l'exploitation du terminal à l'exclusion de sa construction, il ressort clairement du point B & C) du préambule du projet de convention de la concession du TC 2 que :

« Afin de renforcer la capacité opérationnelle du port, d'améliorer la qualité des services offerts aux usagers du port et le développement du trafic de transbordement, de sorte plus généralement à favoriser l'attractivité du port d'Abidjan et sa place stratégique dans le transport maritime depuis et vers le Continent Africain, le Port Autonome d'Abidjan a décidé de mettre en place un deuxième terminal à conteneurs dans l'enceinte du port et d'en confier la réalisation et exploitation à un opérateur privé dans le cadre d'une concession de service public. Pour atteindre ces objectifs, le Port Autonome d'Abidjan, en sa qualité d'Autorité Concédant et conformément au Code des marchés publics, a organisé un appel d'offres international avec présélection en vue de conclure la concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième terminal à conteneur du Port d'Abidjan. » ;

Que de même, l'article 3 du projet de convention stipule clairement que l'objet de la concession est la réalisation et l'exploitation du Terminal ;

Qu'en l'espèce, les termes réalisation et construction ayant la même signification, c'est à tort que le plaignant invoque une modification de l'objet de l'appel d'offres, pour prétendre à la violation du principe de la transparence ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

#### **c) Sur la violation de l'ordre public économique**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NE COTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS soutient que l'attribution du deuxième terminal à conteneurs au groupement APM TERMINALS/ BOLLORÉ AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES est contraire à l'ordre public économique, en ce qu'elle constitue une atteinte délibérée à la concurrence et à l'économie nationale ;

Considérant cependant, que les principes fondamentaux tels que prévus par l'article 9 du Code des marchés publics sont les suivants :

- Le libre accès à la commande publique ;
- L'égalité de traitement des candidats;
- La transparence des procédures ;
- L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité des candidats, sous réserve de la toute entreprise communautaire présentant une offre ;
- La libre concurrence ;
- L'économie et l'efficacité de la dépense publique ;
- L'équilibre économique et financier ;

Qu'en l'espèce, le plaignant ne rapporte pas la preuve que l'autorité contractante a méconnu l'un de ces principes fondamentaux ;

Que mieux, il ressort du rapport d'analyse que l'attributaire a fait la meilleure offre financière conformément aux critères définis dans le RPAO révisé, en proposant un ticket d'entrée portant sur la somme de cent vingt millions (120.000.000) d'euros, une redevance fixe annuelle de vingt-deux millions (22.000.000) d'euros, une baisse du Tarif public Plafond de et une prévision de transbordement de 450.000 TEU, ce qui lui a valu la note de 100 points

Sur 100, tandis que le groupement HANJIN/TIL/ MSC classé deuxième proposait un ticket d'entrée de quatre-vingt millions (80.000.000) d'euros, une redevance annuelle de huit millions (8.000.000) d'euros, une baisse du Tarif Public Plafond de 22% et une prévision de transbordement de 450.000 TEU ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant de ce chef ;

#### **4) Sur le caractère arbitraire du jugement d'attribution**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS dénonce l'attribution faite au profit du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES comme étant arbitraire, en raison de la note qui lui a été attribuée à l'issue de l'évaluation de son offre technique, de la violation de la règle de l'appréciation multicritère d'attribution et du défaut de viabilité des offres de l'attributaire provisoire.

#### **a) Sur l'évaluation arbitraire de l'offre technique du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES**

Considérant que le plaignant estime que les notes de 15/30 attribuées au groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES à l'issue de l'évaluation de sa capacité à promouvoir la concurrence intra- portuaire, ainsi que de sa capacité réelle de transbordement en matière de stratégie commerciale, sont injustifiées, non méritées et arbitraires ;

Qu'en effet, selon le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS, la capacité du groupement attributaire à promouvoir la concurrence intra portuaire a été qualifiée de faible par la commission, qui a également jugé que le dit groupement ne démontre pas une capacité intrinsèque à apporter du trafic de transbordement ;

Que cependant, il n'apparaît nulle part dans le rapport d'analyse que la COJO a estimé que la stratégie commerciale proposée par le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, quant à sa capacité à promouvoir la concurrence intra portuaire, constitue une faiblesse.

Qu'elle a seulement qualifié cette stratégie de passable, ce qui explique la note de 15/30 qu'elle lui attribué.

Que de même, s'agissant de la capacité réelle de transbordement du groupement attributaire, nulle part, TERMINALS/BOLLORE la COJO a affirmé que le groupement APM BOUYGUES n'avait aucune stratégie de transbordement ;

Quelle a plutôt indiqué que la stratégie de l'attributaire restait limitée au motif que la compagnie MAERSK LINE qui a produit une lettre d'intérêt pour ce groupement lors de la phase de présélection, n'avait pas de stratégie de transbordement ;

Que toutefois, la COJO a pris en compte, dans l'évaluation de ce critère, la stratégie de transbordement définie uniquement par le groupement conduit par APM TERMINALS indépendamment de celle de la compagnie MAERSK LINES, ce qui a été jugé de passable et qui justifie donc la note de 15/30 qui lui a été attribuée.

Que c'est donc à tort que le plaignant reproche à la COJO d'avoir évalué arbitrairement l'offre technique de l'attributaire ;

Qu'il y a lieu de le débouter de ce chef.

#### **b) Sur la violation de la règle de l'appréciation multicritère d'attribution**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que l'attribution de la concession intervenue au profit du groupement APM TERMINALS/ BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES est arbitraire parce qu'intervenue sur la base du seul critère financier alors que conformément aux dispositions des articles 76 de la Directive n°05/CM/ UEMOA du 09 décembre 2005 et 71.1 du Code des marchés publics, l'attribution doit se faire sur la base de critères cumulatifs qui tiennent compte tant des qualités administratives, techniques, matérielles que celles d'ordre économique et financier du soumissionnaire.

Considérant qu'il a été démontré plus haut que l'attribution de la concession concernée a été faite suite à une présélection, à une analyse des offres techniques et enfin à une analyse des offres financières, le tout sur la base de plusieurs critères.

Qu'il y a donc lieu de le débouter de ce chef.

#### **c) Sur le défaut de viabilité des offres de l'attributaire provisoire**

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL

LINK/MOVIS soutient que l'offre technique de l'attributaire comporte de nombreuses incohérences de sorte qu'elle n'est pas viable ;

Considérant cependant, que la COJO a souverainement évalué l'offre technique du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/ BOUYGUES, en relevant les forces et faiblesses, ce qui lui a valu, à l'étape 1, la note totale de 66,9 points sur 100 et d'être classé troisième sur les trois soumissionnaires ;

Qu'elle a qualifié ce groupement pour la seconde étape parce qu'elle a estimé son offre technique viable

Qu'en conséquence, c'est à tort que le plaignant estime que la COJO a fait une évaluation arbitraire de l'offre technique de l'attributaire ;

Qu'il y a lieu de le débouter de ce chef,

#### **DECIDE :**

1) Déclare la dénonciation du groupement ICTSI/ NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS faite par correspondance en date du 16 avril 2013, recevable en la forme ;

2) Dit que la loi applicable en matière de marchés publics et de délégations de service public est la Directive n° 04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005, la Directive n° 05/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 et le Code des marchés publics ;

3) Déclare le plaignant bien fondé en son grief relatif à la présélection du groupement HANJIN/TIL/ MSC ;

4) Dit que ce groupement n'ayant pas été déclaré attributaire à l'issue de l'étape 2, cette violation est sans conséquence sur la procédure de passation de l'appel d'offres en cause ;

5) Déclare par contre, le plaignant mal fondé en son grief relatif à la présélection du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, ainsi qu'à tous ses autres chefs de dénonciation ;

6) Déclare en conséquence, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-

CGM/TERMINAL LINK/MOVIS mal fondé en sa dénonciation contre la décision d'attribution prise au profit du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et l'en déboute;

7) Dit que le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier au groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/ MOVIS et au Port Autonome d'Abidjan, avec ampliation au Ministère auprès du Premier Ministre chargé de l'Economie et des Finances la présente décision qui sera publiée sur le portail des marchés publics et insérée dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics à sa prochaine parution.

**LE PRESIDENT**

---

**Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (SENEGAL)**  
**ORDONNANCE DE REFERE BREF DELAI, n° 2676, rendue le 30 mai 2014**

**Concessions portuaires – Terminal vraquier – Port autonome de Dakar – agrément de manutentionnaire – gestion du domaine public portuaire – ordre d'entrée et de sortie des navires – loi applicable - loi portant création de la société du Port autonome**

*L'agrément de manutentionnaire donné par arrêté du Ministre de tutelle confère à la société agréée la liberté d'exercer cette activité sur l'ensemble du domaine public portuaire sous réserve du respect des contrats de concession terminal dont l'attribution relève de la seule compétence de la société du Port autonome en application de la loi que la crée.*

**DEMANDERESSE**

La société SEPHOS Sénégal SA, dont le siège social est à Dakar, rue 3 x C immeuble 76 A Point E, agissant poursuites et diligences de son Représentant légal, élisant domicile en l'Etude de Me..., Avocat à la Cour, à Dakar ;

Comparant et concluant à l'audience par l'organe desdits conseils ;

**DEFENDERESSE**

La Société Nationale du Port Autonome de Dakar, dont le siège est à Dakar, 21, Boulevard de la Libération ;

Comparant et concluant à l'audience par l'organe de son conseil Me..., Avocat à la Cour à Dakar ;

**NOUS, JUGE DES REFERES**

Attendu que suivant ordonnance n° 1169/2014 du 23 mai 2014 1y autorisant, la société SEPHOS SENEGAL SA a, par exploit des 23 et 26 mai 2014 assigné la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR aux fins d'obtenir l'autorisation, pour le navire « VTC SKY » d'accoster au poste 82 au môle 8 du Port Autonome de Dakar pour être chargé, et ce, sous astreinte de 50.000.000 F par jour de retard et sous le bénéfice de l'exécution sur minute et avant enregistrement ;

**EN LA FORME**

Attendu que l'action introduite dans délai requis est recevable ;

**AU FOND**

Attendu que la société SEPHOS a exposé, oralement par le canal de son conseil, qu'elle est titulaire agrément en qualité de manutentionnaire, lequel hi a été accordé suivant arrêté n° 15.11.2011-01244Y MEM/PAD du Ministre de l'Economie Maritime

Qu'en vertu dudit agrément, elle est autorisée à exercer l'activité de manutentionnaire sur le domaine portuaire suivant un cahier des charges ayant po objet de fixer les conditions dans lesquelles la société SEPHOS utilisera le domaine portuaire et y exercera son activité ;

Quelle a ainsi régulièrement exercé ladite activité depuis plusieurs années et, dans ce cadre, dispose d'un réseau important des partenaires, transporteurs ou chargeurs, au profit desquels elle assure le chargement et le déchargement de navires lorsqu'ils font escale au port de Dakar ;

Quelle assure, notamment la manutention au profit de navires affrétés par le groupe ROULLIER ;

Que c'est dans ce cadre que suivant courrier électronique en date du 29 avril 2014, le

GROUPE ROULLIER lui a demandé de charger le navire « VTC » qui était annoncé entre le 20 et le 27 mai 2014 ;

Qu'en sa de consignataire, la société SAHEL SHIPPING a déposé, le 13 mai 2014, un avis d'arrivée n° 02105/2014 du navire VTC SKY, reçu à la capitainerie du Port Autonome de Dakar, le 13 mai 2014, enregistré sous le numéro 20141042, et confirmant que le navire arriverait au Port de Dakar le 20 mai 2014 ;

Que l'avis d'arrivée mentionne expressément son comme manutentionnaire du navire alors qu'à rée du navire au port de Dakar, elle a eu l'énorme surprise de se voir informer par le consignataire SAHEL SHIPPING de ce que les autorités portuaires avaient donné des instructions verbales à celle-ci l'invitant à se rapprocher d'une société dénommée NECOTRANS pour ses opérations de chargement ;

Que les autorités portuaires ont invoqué, toujours verbalement, un contrat que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR aurait signé avec la société NECOTRANS par lequel il serait attribué à cette dernière la concession du terminal Vraquier du Môle 8 et qui lui conférerait le monopole de toutes les opérations de débarquement et de chargement des produits pondéreux ;

Qu'elle a fait constater les faits suivant procès-verbal de constat de Maître..., en date du 21 mai 2014 ;

Quelle ne sait rien du contrat qui aurait été signé entre la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR et la société NECOTRANS, lequel ne lui a jamais été notifié et qui ne semble avoir fait l'objet d'une quelconque publication ;

Qu'en fait, elle est tierce audit contrat ;

Qu'en tout état de cause, un contrat signé entre deux sociétés privées (la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR étant, bien que détenue par l'Etat, soumise au droit privé) ne peut violer les termes d'un arrêté, ni le priver d'effet ou le vider de son objet, surtout que, dans le cas d'espèce, ministère émetteur de l'arrêté assure la tutelle technique de la SOCIETE NATIONALE DU PORT UTONOME DE DAKAR ;

Que la décision des autorités portuaires qui reviendrait à la priver du droit d'exercer librement l'activité de manutentionnaire au Port Autonome de Dakar, sous la seule condition de respecter les termes de l'arrêté été n° 012443 et du cahier des charges, est manifestement mal fondée et lui cause un énorme préjudice

Quelle est même constitutive d'une voie de fait puisque tant l'arrêté susvisé que le cahier des charges sont en vigueur pour n'avoir jamais été modifiés, retirés ou résiliés;

Qu'elle demande ainsi d'ordonner à la défenderesse d'autoriser le navire « VTC SKY » à accoster au môle 8 du Port Autonome de Dakar et ce, sous astreinte de 50.000.000 F par jour de retard ;

Attendu que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR a, oralement, par l'organe de son conseil, conclu au débouté de la société SEPHOS de toutes ses demandes comme étant mal fondées arguant de ce qu'elle a le pouvoir de gérer le domaine public portuaire et de donner des autorisations d'occuper temporaires, et ce, en vertu de la loi 92-63 du 22 décembre 1992 ;

Qu'en effet, c'est à la capitainerie du port, en vertu du Code de la Marine Marchande (articles 2-1-1 et 2-1-3) de fixer l'ordre d'entrée et de sortie des navires;

Que c'est dans ce cadre qu'elle a concédé l'intégralité du terminal Vraquier du môle 8 à la société NECOTRANS ;

Que ceci ne constitue pas une violation des droits de la société SEPHOS mais l'exercice légitime de ses pouvoirs ;

Que l'arrêté d'agrément excipé par la société SEPHOS ne lui confère que l'aptitude à exercer la manutention alors que ledit contrat de concession donne un monopole à NECOTRANS s'agissant du terminal Vraquier du môle 8 ;

Attendu que la société SEPHOS a, par l'organe de son conseil soutenu que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR devait d'abord résilier le contrat de concession à elle consenti avant de concéder l'occupation du môle 8;

Attendu que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR a précisé que le contrat de concession porte sur un droit réel immobilier qui est le périmètre constitué par le terminal Vraquier du môle 8 ;

Qu'il n'est pas interdit à la société SEPHOS d'exercer ses activités de manutention ;

Attendu que la société SEPHOS a, par le biais de son conseil oralement souligné que le poste 8 du môle 8 leur ayant été concédé, elle a eu à faire des investissements très lourds sur les lieux ;

Que le contrat de concession dont s'agit ne peut donc lui être opposé ;

Qu'il ne s'agit pas d'un débat sur la légalité ;

Attendu que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR a, oralement, par le canal de son conseil précisé que la concession comprenant l'intégralité du môle 8, la société SEPHOS ne peut avoir aucune concession sur ledit périmètre ;

**SUR CE**

Attendu qu'aux termes de l'article 248 du code de procédure civile, « le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite » ;

Attendu qu'il ressort des pièces du dossier que suivant arrêté n° 15.11.2011-012443/MEM/PAD du Ministre de l'Economie Maritime, la société SEPHOS SENEGAL a été autorisée à exercer ses activités de manutentionnaire sur le domaine portuaire suivant cahiers des charges signé le 21 novembre 2011 conformément aux décrets 60-454 du 29 décembre 1960 et 68-714 du 21 juin 1968 ;

Que la société SEPHOS SA a soutenu qu'en dépit de ladite autorisation, la défenderesse l'empêche de charger le navire « VTC SKY » qui devait accoster au Port Autonome de Dakar, en demandant au consignataire dudit navire, la société SAHEL SHIPPING de s'adresser à la société NECOTRANS avec qui elle aurait signé un contrat ;

Quelle a ainsi versé au dossier un procès-verbal de constat dressé le 21 mai 2014 par maître huissier de justice à Dakar, dans lequel le Chef du Service des Mouvements du Port Autonome de Dakar interpellé, a déclaré « le Port Autonome de Dakar a signé avec NECOTRANS un contrat qui lui attribue la concession du Terminal Vraquier du Môle 8. De ce fait, pour toutes les opérations de débarquement et de chargement de produits pondéreux, les consignataires sont obligés de se rapprocher de NECOTRANS pour toutes opérations de ce type » ;

Attendu que l'article 3 de la loi 92-63 du 22 décembre 1992 modifiant la loi 87-18 du 18 août 1987 autorisant la création de la société Nationale du port Autonome de Dakar et portant approbation de ses statuts autorise ladite société à consentir sur le domaine public dont la gestion lui est transférée des renouvelables à des fins d'installation et d'exploitation d'équipements liées directement aux opérations portuaires et dont les constructions autorisées ainsi que les équipements sont susceptibles d'hypothèques ou de nantissement ;

Que c'est sur cette base que le contrat de concession signé le 27 novembre 2013 entre la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR et la société NCT NECOTRANS a concédé principalement à cette dernière, comme périmètre d'activité, l'intégralité du môle 8, comme il ressort des dispositions de l'article 3-1 de ladite convention ;

Que selon l'article 7 de ladite convention, à l'intérieur du périmètre concédé, le concessionnaire est, pour toute la durée de la concession seule autorisée à procéder:

- au chargement et au déchargement de tout navire opérant sur le terminal vraquier,
- à toutes les opérations de manutention bord et terre, d'entreposage de produits solides en vrac non alimentaires,
- à toutes opérations de réception et mise sur moyens d'évacuation de produits solides en vrac non alimentaires par voie maritime, routière ou ferroviaire ;
- à l'installation et/ou à l'exploitation de tout matériel, équipement, outillage destiné à la manutention de produits solides en vrac non alimentaires ;

Attendu que l'arrêté du ministre de l'Economie Maritime, portant agrément de manutention n°012443 du 15 novembre 2011, excipé par la société SEPHOS ne fait qu'agréer cette dernière en qualité de manutentionnaire et l'autoriser ainsi à exercer ses activités de manutentionnaire sur le domaine portuaire dans les conditions fixées par les décrets 60-454 du 29 décembre 1960 et 68-714 du 21 juin 1968 ;

Qu'il ne concède nullement à celle-ci une concession Qu'il ne concède nullement le domaine portuaire géré par la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR la quelle ne peut découler que d'une convention signée avec cette dernière en plus de l'arrêté ;

Que la SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR, en demandant ainsi au consignataire du navire VTC SKY de se rapprocher de la société NECOTRANS pour charger du phosphate en vrac, a donc agi dans le cadre normal des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi ci-dessus visée ;

Que le trouble illicite et la voie de fait invoquée à l'appui de la demande de la société SEPHOS ne saurait en conséquence prospérer ;

Qu'il échet dès lors de débouter la société SEPHOS de toutes ses demandes comme étant mal fondées ;

#### **SURLESDEPENS**

Attendu qu'il y a lieu de condamner la SEPHOS qui a succombé aux dépens ;

#### **PAR CES MOTIFS**

Statuant en chambre du conseil, à bref délai, en référé et en premier ressort;

#### **EN LA FORME**

- Déclarons l'action recevable ;

#### **AU FOND**

- Déboutons la société SEPHOS de toutes ses demandes comme étant mal fondées ;
- La condamnons aux dépens ;

**Et signons avec le greffier. /.**

## **Observations**

Le phénomène des concessions portuaires a essaimé depuis la fin des années 2000 en tant que mode privilégié de modernisation des ports qui trouvent ainsi le moyen de se doter d'infrastructures leur permettant de faire face à la rude concurrence. Ainsi, relève-t-on, sans être exhaustif, les concessions de différents terminaux (conteneurs, vrac, roulier etc.) dans les ports suivants d'Afrique de l'Ouest de du Centre et de façon chronologique :

- Abidjan (Côte d'Ivoire) : en 2008 pour le Terminal à conteneurs TCI à Bolloré et en 2013 le TC2 à Bolloré (60 %) et APMT (40%);
- Dakar (Sénégal) : en 2008 pour le Terminal à conteneurs au profit de DPWorld, en 2013 pour le Terminal roulier à Bolloré et le Terminal vraquier à Necotrans la même année ;
- Libreville (Gabon) : en 2008 pour le Terminal à conteneurs au profit de Bolloré;
- Pointe Noire (Congo) : en 2009, Terminal à conteneurs au profit de Bolloré -APMT SOCOTRANS ;
- Tin Can 2 (Nigéria) : en 2009 pour Bolloré; Cotonou (Bénin) : en 2010 pour le Terminal à conteneurs au profit de Bolloré;
- Freetown (Sierra Léone) : en 2010 pour le Terminal à conteneurs au profit de Bolloré ;

- Lomé (Togo) : en 2010 pour le Terminal à conteneurs au profit de Bolloré;
- Monrovia (Libéria) : en 2010 : Terminal à conteneurs concédé à APMT ;
- Conakry (Guinée) : en 2011 pour le Terminal à conteneurs au profit de Bolloré après la rupture avec Getma ;
- San Pedro (Côte d'Ivoire) : en 2011, Terminal à conteneurs concédé à MSC;
- Matadi (République Démocratique du Congo) : en 2014 pour le Terminal à conteneurs concédé au groupe Philippin International Container Terminal Services Inc.,
- Kribi (Cameroun) : en 2015 pour le Terminal à conteneurs concédé à Bolloré, CMA-CGM et CHEC et le Terminal polyvalent à Necotrans et KPMO etc.

A ce propos, d'ailleurs, il faut faire observer que beaucoup de concessions portuaires dans les Etats d'Afrique de l'Ouest et du Centre ont fait l'objet de sérieuses contestations dont certaines ont donné lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales.

Quelques exemples peuvent être cités :

- Le Tribunal de commerce de Nanterre a condamné le groupe Bolloré, jeudi 10 octobre 2013, à verser 2,1 millions d'euros au groupe français NCT Necotrans dans le litige les opposant à propos de la concession du terminal à conteneurs du Port de Conakry, en Guinée<sup>1</sup>.
- Un Tribunal arbitral a, sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA, condamné la Guinée le 22 mai 2014 dans le litige l'opposant à Getma, la filiale guinéenne de Necotrans<sup>2</sup>.
- Le Port de Dakar a, aussi, été attaqué à l'occasion de la concession du terminal vraquier à Necotrans en 2014 devant le Tribunal Régional de Dakar dont le Président avait rendu, le 30 mai 2014, une Ordonnance de référé<sup>3</sup> favorable au port sur saisine de la société SEPHOS Sénégal SA.

C'est cette affaire SEPHOS c/ le Port autonome de Dakar qui a fait l'objet de l'ordonnance ci-haut reproduite rendue le 30 mai 2014 et qui avait provoqué, alors, beaucoup de remous parmi les acteurs portuaires dudit port<sup>4</sup>. Ce qui n'avait pas manqué d'alimenter le débat sur la problématique des concessions portuaires<sup>5</sup> l'occurrence, la SEPHOS avait été agréée comme entreprise de manutention par arrêté n° 15.11.2011-012443/MEM/PAD du Ministre de l'Economie Maritime et, en conséquence autorisée à exercer ses activités de manutentionnaire sur le domaine portuaire suivant cahiers des charges signé le 21 novembre 2011 conformément aux décrets 60-454 du 29 décembre 1960 et 68-714 du 21 juin 1968. C'est alors quelle procéda à de lourds investissements au niveau du môle 8 du Port autonome de Dakar à travers notamment, l'acquisition d'équipements fixes destinés à la réception et au stockage de l'attapulgite, roche friable utilisée dans la fabrication de litière pour chats, de compléments alimentaires pour les animaux mais aussi de peinture. Elle s'est ainsi constituée un réseau important de partenaires, transporteurs ou chargeurs, au profit desquels elle assure le chargement et le déchargement de navires lorsqu'ils font escale au port de Dakar et parmi lesquels

<sup>1</sup> Cf. dépêche de l'AFP du 10 octobre 2013 – [www.Monde.fr](http://www.Monde.fr) – <http://www.lemarin.fr>

<sup>2</sup> Cf. [www.economie-jeuneafrique.com](http://www.economie-jeuneafrique.com) du 27 mai 2014

<sup>3</sup> Ordonnance de référé inédite n°2676 : Société SEPHOS Sénégal SA c/Société Nationale du Port Autonome de Dakar – décision à paraître dans la « Gazette Maritime de Dakar (GMD) de la faculté de Droit de Dakar (UCAD).

<sup>4</sup> [http://www.leral.net/Concession-du-terminal-Vraquier-du-port-a-Necotrans-Le-Gouvernement-choit-de-lacher-la-proit-pour-l-ombre\\_a113771.html](http://www.leral.net/Concession-du-terminal-Vraquier-du-port-a-Necotrans-Le-Gouvernement-choit-de-lacher-la-proit-pour-l-ombre_a113771.html) - [http://www.dakaractu.com/Projet-de-Concession-du-Mole-8-duPAD-a-NECOTRANS-Des-craintes-d-une-catastrophe-economique\\_a55168.html](http://www.dakaractu.com/Projet-de-Concession-du-Mole-8-duPAD-a-NECOTRANS-Des-craintes-d-une-catastrophe-economique_a55168.html) - <http://www.sen360.fr/actualite/reunion-du-conseil-d-administration-du-port-nectrans-passe-ca-r-le-103572.html>-(<http://www.leral.net/Consequence-de-la-cession-du-terminal-de-vraquier-Le-port-cree-3000-nouveaux-chomeurs>)- Sud Quotidien Mercredi 13 novembre 2013

<sup>5</sup> Cf. Ibrahima Khalil DIALLO «La problématique juridique des concessions portuaires » in journal Le Soleil du 15 mai 2014 – <http://www.ledakarois.net/la-problematique-juridique-des-concessions-portuaires.html> - <http://www.lesoleil.sn/.../39478-la-problematique-juridique-des-concessions-portuaires>

les navires affrétés par le groupe ROULLIER. C'est, justement, ce groupe qui par courrier électronique en date du 29 avril 2014, lui avait demandé de charger le navire « VTC SKY » qui était annoncé entre le 20 et le 27 mai Un argumentar2014. Elle ne pourra exécuter cette prestation car cette activité venait de faire l'objet d'un contrat de concession par le Port autonome au profit de la société NECOTRANS conférant à celle-ci le monopole de toutes les opérations de débarquement et de chargement des produits pondéreux du terminal Vraquier du Môle 8. La conséquence de fait d'une telle attribution monopolistique c'est l'impossibilité pour la société SEPHOS de continuer à opérer sur les pondéreux dont elle avait fait sa spécialité. En vérité, le juge dans cette affaire, reconnaît la liberté de SEPHOS à continuer à exploiter son agrément de manutentionnaire en toute liberté sauf qu'elle est contrainte d'abandonner le secteur dans lequel elle avait fait de lourds investissements, constitué un portefeuille de clientèle, embauché un important personnel. En vérité, la défense de SEPHOS aurait peut-être dû emprunter d'autres voies pour avoir des chances de prospérer. L'occurrence, de constater cet énorme préjudice subi par le plaignant.

Le principal problème juridique que ces concessions ont soulevé est celui de savoir si les procédures d'attribution doivent être soumises au code des marchés publics. Dans cette affaire, ce ne fut pas le cas ! Et, le Port autonome de Dakar fort d'un avis du Comité de règlement des différends (CrD) de l'Autorité de publics (Armp) n'a pas manqué de se prévaloir d'arguments tirés des textes qui pour servir de fondement juridique à ses choix contractuels. Un argumentaire contestable, de jure

## **1. LE PORT AUTONOME : UNE SOCIETE DE NATURE HYBRIDE.**

Le port autonome est régi par les textes suivants : la n° 87-28 du 18 août 1987 autorisant sa création loi n et modifiée par la loi n° 92-63 du 22 décembre 1992, le décret n° 87-1552 du 19 décembre 1987 portant approbation de ses statuts ; la loi no 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et la loi n° 76-66 du 02 Juillet 1976 portant code du domaine de l'Etat. Il faut y ajouter les normes de droit communautaire OHADA (en particulier les Actes uniformes) et UEMOA (notamment les Règlements et Directives) qui se caractérisent par leur primauté sur le droit national. Dans ce magma de textes, il faut retenir que le Port est soumis concurremment à deux corps de règles différentes : des règles de droit privé et des règles de droit public. Cela n'est dû au fait que l'institution à un patrimoine propre c'est-à-dire un ensemble de biens sur lesquels il exerce tous les attributs de la propriété privée. Ce patrimoine constitue le Domaine privé portuaire auquel s'appliquent les règles de droit privé des affaires. Ainsi le Port peut-il émettre des emprunts obligataires, consentir des hypothèques sur ses biens propres, faire fructifier ses avoirs par des placements, vendre (ou louer ses biens en application des normes OHADA. Par contre, le Port dispose également de biens très consistants appartenant à l'Etat et dont ce dernier lui a confié la gestion: c'est le Domaine public portuaire auquel s'appliquent les règles de droit public. Ainsi les concessions et les autorisations d'occupation temporaire sont-elles exclues du champ d'application du droit OHADA du fait que le Port n'exerce aucun droit privatif ou translatif de propriété sur ce domaine. Elles font l'objet d'un cahier des charges qui est par excellence une institution du droit public. Pour tous ces motifs, il serait exact de dire que le Port autonome est une société hybride qui répond bien à la notion de société à statut particulier retenue par l'OHADA à travers l'article 916 al. 1er de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. Ce caractère amphibologique justifie en grande partie son particularisme.

## **2. LA CONCESSION : UNSERVICE PUBLIC EXCLUSIF REMUNERE.**

Il a été soutenu que « le concessionnaire exercera exclusivement des activités lucratives et marchandes et non des activités de service publics<sup>6</sup>. En vérité, il s'agit là d'un plaidoyer pro domo. Car la concession dont il s'agit est bien un service public dès lors que c'est « une activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général » (cf. article II du Code des Obligations de l'Administration). En effet, désormais, toute opération d'import-export relative aux activités concédées (pondéreux non alimentaires,

<sup>6</sup> Cf. Ibrahima Khalil DIALLO «La problématique juridique des concessions portuaires» in journal Le Soleil du 15 mai 2014 – <http://www.ledarois.net/la-problématique-juridique-des-concessions-portuaires.html> - <http://www.lesoleil.sn/.../39478-la-problématique-juridique-des-concessions-portuaires>

roulier, conteneurs) exige de traiter obligatoirement avec le concessionnaire concerné lequel détient un monopole sur ces services portuaires. Une exclusivité qui fait peser sur lui des obligations consistant à : satisfaire la demande, assurer la continuité des prestations, observer la stricte égalité de tous devant ces services etc. C'est-à-dire des obligations de service public ! Cela est constant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en France depuis l'arrêt « Compagnie maritime d'Afrique orientale » qui considéra que « la manutention exercée en situation de monopole est un service public »<sup>7</sup>. C'est en ce sens aussi que la CNUDCI (Recommandation 53) exige que la convention de concession mentionne les obligations du concessionnaire en matière « d'adaptabilité du service à la demande des usagers, de continuité de ce service et d'égal traitement de tous les usagers ». Toutefois, il s'agit d'obligations de service public rémunéré. En effet, la contrepartie que le concessionnaire en tire, c'est justement la perception de redevances versées par les usagers et ce caractère « lucratif et marchand » de l'activité n'est pas de nature à exclure le service public : c'est la rémunération de la prestation « offerte » au public. De ce point de vue, le service public n'est pas synonyme de gratuité ! D'ailleurs, la différence entre « le marché public » et « la concession », c'est que dans le premier cas, il y a versement immédiat de la contrepartie financière par l'acheteur public au profit du prestataire alors que dans le second, le règlement se fait par les usagers du service public pendant toute la durée du contrat. En effet, la rémunération du concessionnaire par l'utilisateur est un critère essentiel de la concession, forme de délégation de service public. En conséquence, il n'est pas exact de dire que « *le contrat d'occupation du domaine public issu de la manifestation d'intérêts, objet du litige, n'a pas de rapport avec la gestion d'un service public* »<sup>8</sup> ou que ce « contrat ne peut être assimilé ni à un marché public ni à une délégation de service public »<sup>9</sup>.

### 3. LA PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE.

En l'état actuel du droit positif, on ne saurait se référer au droit interne, s'agirait-il d'une loi, si la matière est réglementée par une norme communautaire. Et en l'occurrence, la primauté des Directives précitées de l'UEMOA n'est pas discutable même si leur mise en œuvre peut s'avérer délicate voire inadéquate pour certains : *dura lex sed lex*<sup>10</sup> ! Lesquelles Directives s'appliquent aux marchés publics et aux délégations de service public dont la concession.

### 4. L'EXIGENCE D'EGALITE DE CHANCE.

En vérité, si la modernisation et la Port sont des données vitales pour notre éco il faut dire que le choix de l'opérateur exécutant d'offrir à tous les prétendants éventuels une égale chance d'être élu. D'autant que, nonobstant la menace de disparition supposée de certaines entreprises, enjeux financiers sont énormes du fait des portants attendus par l'heureux concessionnaire. Il suffit de voir que ce dernier accepte d'investir plusieurs dizaines de milliards dans les infrastructures après en avoir payé plusieurs autres au titre du ticket d'entrée ! C'est pourquoi, nous convenons, avec Jean Gros Didier de Matons que « le succès d'une concession réside d'abord dans la qualité de la du processus de sélection du concessionnaire »<sup>11</sup>. Une telle opération, en effet, quelle que soit la qualification juridique qu'on lui donne, ne saurait se faire sur la base d'un gré à gré : cela jure d'avec les enjeux de transparence et de bonne gouvernance ou, simplement, l'Etat de droit ! Le recours aux règles sur la concurrence est une voie obligée, même par appel d'offre restreint, pourvu que le jeu de la complétion saine soit observé<sup>12</sup>!

Pour la primauté du droit  
Pr Ibrahima Khalil DIALLO

<sup>7</sup> (<http://www.prissafrik.com> du Lundi 16 Décembre 2013)

<sup>8</sup> cf. affaire THOCOMAR c/Port autonome in [www.rewmi.cim](http://www.rewmi.cim) du 23 novembre 2013 et publié ci-haut

<sup>9</sup> Cf. [gttp://www.pressafrik.cim](http://www.pressafrik.cim) du Lundi 16 Décembre 2013 – Sud Quotidien du mercredi 13 novembre 2013 <http://www.leral.net>

<sup>10</sup> cf. les articles 6 et 42 et suivants du Traité de l'UEMOA qui sont les pendants des articles 10 et suivants du Traité de l'OHADA

<sup>11</sup> cf. « Modes de désignation du concessionnaire » page 111 in éditions EMS 2012

<sup>12</sup> cf. « Réformes et place du secteur privé dans les ports africains » -étude de la CNUCED in UNCTAD/SDTE/TLB/5