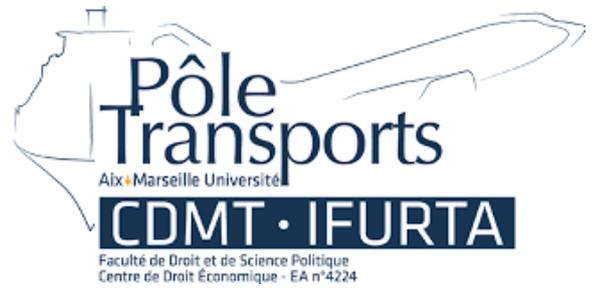




Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université



UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

POLE TRANSPORTS

CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS (CDMT)

LA QUESTION DE LA REQUALIFICATION DES CONVENTIONS DE TERMINAL

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et management des activités maritimes

Par

Paul DELAUNEY-RISSETTO

Sous la direction de M. le professeur Cyril BLOCH

Année universitaire 2019-2020

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

POLE TRANSPORTS
CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS (CDMT)

LA QUESTION DE LA REQUALIFICATION DES CONVENTIONS DE TERMINAL

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et management des activités maritimes

Par

Paul DELAUNEY-RISSETTO

Sous la direction de M. le professeur Cyril BLOCH

Année universitaire 2019-2020

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire ne se serait pas faite sans l'encadrement de personnes essentielles.

A ce titre, je tiens à remercier M. le professeur Cyril BLOCH, pour l'écoute qu'il m'a offerte et pour le soin quotidien qu'il prend à faire du Master 2 *Droit et management des activités maritimes* un master de droit unique et exigeant.

Je fais également part de toute ma gratitude à mon maître d'apprentissage M. Vincent COUSQUER, chef du service *Sinistres Marchandises Transportées* d'Helvetia Paris, pour m'avoir ouvert les portes du monde des transports mais aussi pour sa bienveillance et sa flexibilité. Ces qualités doivent également être attribuées à mes collègues du service *sinistres*, qui m'ont beaucoup appris.

J'exprime ma reconnaissance envers Mme Claire MERLIN, directrice juridique du Grand Port Maritime de Marseille, pour ses cours empreints de pragmatisme, et M. Robert REZENTHEL, pour l'expérience imprégnant son enseignement et pour ses apports fondamentaux à la doctrine.

Enfin, mes remerciements se dirigent vers les professionnels du secteur portuaire avec lesquels j'ai eu l'occasion de m'entretenir. Parmi eux, ont particulièrement compté : Mme Julie CORLER, chargée du domaine public portuaire de Saint-Malo au sein de la Région Bretagne, M. Paul Estaque, juriste chez Port Sud de France et M. Thibault RIOULT-CHIMENTI, juriste au Grand Port Maritime du Havre.

SOMMAIRE

PARTIE INTRODUCTIVE : UNE HISTOIRE RECENTE DU DROIT PORTUAIRE FRANÇAIS p.6

I – La réforme de la manutention en 1992	p.9
II – L’influence du droit communautaire sur le droit portuaire dans les années 1990	p.10
III – La réforme portuaire de 2008	p. 12
IV – La décision <i>Grand Port Maritime de Bordeaux</i> du Conseil d’Etat en 2017	p. 18
V – La loi d’orientation des mobilités en 2019	p.25
VI - Appréhender le débat amorcé par le Conseil d’Etat au regard des évolutions législatives récentes et des enjeux économiques, institutionnels et pratiques du secteur portuaire	p.25

PREMIERE PARTIE – LA VOLONTE DU CONSEIL D’ETAT DE REQUALIFIER LES CONVENTIONS DE TERMINAL EN CONCESSIONS DE SERVICE, UN SOUHAIT PERTINENT p.30

Titre I – L’application du droit de la commande publique aux conventions de terminal, une évolution souhaitable	p.31
Titre II – La qualification de concession de service, une qualification sur-mesure ..	p.42

SECONDE PARTIE – LE DROIT DES TERMINAUX PORTUAIRES EN FRANCE, UNE MATIERE EN MAL DE SIMPLIFICATION p.53

Titre I – Le retour de la qualification de convention domaniale avec la loi d’orientation des mobilités (2019), une manœuvre maladroite et source de nouvelles incertitudes	p.54
Titre II – La domanialité des ports décentralisés, une réponse aux incertitudes pesant sur la domanialité des grands ports maritimes	p.69

ABREVIATIONS ET SIGLES

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics (EFE)
C. civ.	Code civil
C. com	Code de commerce
C. transp.	Code des transports
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMP	Contrats et marchés publics (LexisNexis)
DAG	Droit administratif général
DMF	Revue de droit maritime français
GPMB	Grand Port Maritime de Bordeaux
GPMH	Grand Port Maritime du Havre
GPMM	Grand Port Maritime de Marseille
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée nationale
LOM	Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités
RFDA	Revue française de droit administratif
TA	Tribunal administratif

PARTIE INTRODUCTIVE : UNE HISTOIRE RECENTE DU DROIT PORTUAIRE FRANÇAIS

1. **L'incertitude planant sur la qualification des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes.** « *Il n'y a point de vent favorable pour celui qui ne sait pas dans quel port il veut arriver* », écrivait Sénèque dans une de ses *Lettres à Lucilius* au I^{er} siècle après Jésus Christ. Le philosophe et homme d'Etat romain entendait utiliser l'image du marin n'ayant pas de destination précise pour signifier que, dans la vie quotidienne, on ne saurait progresser avec succès sans objectif précis. En appliquant cette idée à la matière portuaire et à notre époque, on pourrait oser la phrase suivante : « *Il n'y a point de convention de terminal favorable pour celui qui ne sait pas quelle qualification juridique il faut lui appliquer* ». En effet, depuis l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 14 février 2017 dans le cadre de l'affaire dite du *Terminal de Verdon*, une forte incertitude plane sur la qualification juridique des conventions de terminal conclues entre les grands ports maritimes et les opérateurs de manutention pour l'exploitation des terminaux portuaires. Pour comprendre les enjeux irriguant ces contrats portuaires, il convient de s'intéresser, plus largement, aux enjeux irriguant le secteur portuaire, autant dans ses dimensions juridiques que dans ses dimensions institutionnelles, économiques et logistiques.

2. **La richesse des activités portuaires.** Les ports sont par nature des lieux remplis d'enjeux. Un port pourrait être défini comme un lieu de chargement et de déchargement de marchandises, liant la mer et la terre. Cependant, définir aussi strictement la notion de port reviendrait à passer à côté d'enjeux majeurs engendrés par le port. Il convient d'abord d'étudier, d'un point de vue pratique, les activités suivant leur cours au sein des ports. Comme le souligne Claire Merlin¹, un port est à la fois un lieu d'accueil des navires, de chargement et de déchargement, de stockage temporaire, de réacheminement terrestre et un lieu d'implantation d'activités industrielles et logistiques.

Dès la phase d'accueil des navires, de nombreux acteurs interviennent : les armateurs, les chargeurs, les remorqueurs, les pilotes, les lamaners ou encore la capitainerie du port. Pour le profane, ces acteurs ne représentent cependant que la face visible de l'iceberg. Un port est également un lieu de stockage temporaire : on y stocke depuis peu du gaz naturel liquéfié et on y stocke depuis plus longtemps des matières premières comme le charbon, la bauxite ou le minerai de fer. Le port, en tant que plateforme multimodale, permet le préacheminement terrestre et le post-acheminement terrestre des marchandises grâce aux canalisations d'hydrocarbures, aux routes, aux voies ferroviaires et aux voies fluviales. C'est parce que les ports présentent à la fois des infrastructures de stockage et des infrastructures d'acheminement que des entreprises s'y implantent. On trouve dans les grands ports une activité de sidérurgie, liée au commerce de l'acier, une activité de raffinage de pétrole, une

¹ Cours de Négociation des partenariats portuaires dispensé par Mme Claire Merlin dans le cadre du Master 2 Droit et management des activités maritimes lors de l'année universitaire 2019-2020

activité de chimie et de pétrochimie, une activité de production d'énergie, notamment en matière de gaz, mais aussi des services à la marchandise : entreposage, dégroupage et gestion dynamique des stocks.

Pourtant, bien que les activités présentes dans une zone portuaire soient très variées, c'est bien l'exploitation des terminaux mêmes qui a animé le débat juridique ces dernières années, c'est-à-dire l'activité de chargement et de déchargement des marchandises. Deux contrats majeurs structurent cette phase de manutention : le contrat conclu entre l'armateur et l'opérateur exploitant le navire – le contrat de manutention – et le contrat conclu entre l'opérateur exploitant le terminal et le port – la convention de terminal.

3. **La convention de terminal, un contrat de droit public.** La convention de terminal est un contrat de droit public. Elle est conclue entre un grand port maritime, qui autorise ainsi un opérateur (souvent privé) à occuper une dépendance du domaine public du port, et un opérateur de manutention, qui s'engage à réaliser le chargement et le déchargement de marchandises à la demande des armateurs et des propriétaires des marchandises. La convention de terminal, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui, trouve son origine dans la « convention d'exploitation de terminal », un type de contrat mis au point sans texte (mais dans le respect du droit domanial public) dans les années 1990 afin de pallier la rigidité des autres contrats publics alors disponibles à l'époque. L'expérience dunkerquoise s'étant avérée efficace, le décret 99-782 du 9 septembre 1999 a instauré ce régime dans le code des ports maritimes. L'article R.115-7 du code des ports maritimes disposait alors : « I. - *La réalisation et l'exploitation d'outillages mis à disposition du public sont assurées par le port autonome lui-même ou font l'objet d'une concession ou d'un contrat d'affermage qui peuvent être conclus avec des collectivités publiques, des établissements publics ou des entreprises privées.*

II. - Des outillages mis en place par une entreprise et nécessaires à ses propres besoins font l'objet d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public.

III. - Le port autonome peut également conclure avec une entreprise une convention d'exploitation de terminal. Cette convention porte exclusivement sur la gestion et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics et comprenant les terre-pleins, les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liées aux navires. Le recours à ce mode de gestion, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, doit être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public. ».

4. **Le remplacement de la convention d'exploitation de terminal par la convention de terminal.** La réforme portuaire de 2008 a ensuite remplacé la convention d'exploitation de terminal par la convention de terminal et a généralisé ce régime à tous les grands ports maritimes. L'article R.5312-84 du code des transports a ensuite remplacé l'article R.115-7 du code des ports maritimes. Il dispose : « *Sans préjudice des dispositions des articles 7, 8 et 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet*

2008 portant réforme portuaire, les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints ».

5. **La commande publique, source de débats.** De 1999 à 2017, la qualification des conventions de terminal était peu débattue. Ces conventions étaient considérées comme des conventions d'occupation domaniales. Cependant, comme les années 2010 ont assisté à l'essor du droit de la commande publique, le droit des contrats publics a connu une refonte et cette effervescence a touché le droit portuaire. La commande publique s'est enrichie ces dernières années et a vocation à aspirer tous les contrats pouvant entrer dans son champ. Or, contrairement aux marchés publics et aux concessions, qui sont les deux grandes catégories de contrats publics composant la commande publique, les conventions d'occupation domaniales ne font pas partie de la commande publique. Hélène Hoepffner définit les conventions domaniales comme « *tout contrat – de droit privé ou de droit administratif – par lequel une collectivité publique propriétaire autorise l'occupation, à titre privatif, d'une dépendance du domaine public ou privé, moyennant le versement d'une redevance, par une personne publique ou privée afin qu'elle puisse y exercer une activité pour son compte ou celui de cette collectivité* »².

6. **Le tiraillement entre droit de la commande publique et conventions domaniales.** Comme les conventions de terminal ne prévoient pas l'exécution, par l'occupant – c'est-à-dire par l'entreprise de manutention – d'un service public, les conventions de terminal étaient jusqu'à peu considérées comme faisant forcément partie de la catégorie fourre-tout des conventions domaniales, la commande publique ne portant que sur l'exécution de services publics. Or, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a créé un nouveau type de concession : la concession de service, aussi appelée concession de service *ordinaire*, par opposition à la concession de service *public*. Le Conseil d'Etat, en 2017, a profité de son arrêt *Terminal du Verdon*³ pour requalifier une convention de terminal en contrat de concession de service ordinaire, jugeant que la logique d'une convention de terminal correspondait à la logique concessive. Le régime concessif étant réputé moins souple que le régime des conventions domaniale, cette évolution a suscité l'inquiétude de nombreux acteurs portuaires. Le législateur a tenté d'y remédier en 2019⁴. Des

² Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^{ème} édition (2019)

³ Conseil d'Etat, 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n°405157

⁴ Loi n° 2019-1428 d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019

incertitudes planent toujours sur la qualification des conventions de terminal. Pour comprendre ces incertitudes, une brève étude des évolutions qu'a connu le droit portuaire français lors des dernières décennies s'impose.

I – La réforme de la manutention en 1992

7. **La privatisation du travail de manutention par la réforme de 1992.** Le droit portuaire français a beaucoup changé lors des années 1990 et 2000. Cette série d'évolution a débuté avec la réforme de la manutention portuaire, intervenue en 1992, qui a conduit à appliquer de plus en plus les règles de droit commun à cette activité⁵. Avant cette réforme, la situation de travail des dockers français était régie par la loi n°47-1746 du 6 septembre 1947 sur l'organisation du travail de manutention dans les ports. La situation antérieure à la réforme de 1992 se caractérisait par un tripartisme Etat-employeurs-dockers et par l'intermittence du travail des dockers.

8. **La généralisation du contrat à durée indéterminée (CDI).** Les dockers travaillaient de manière intermittente en effectuant des shifts (travail d'une journée) et des vacations (travail d'une demi-journée). Ils bénéficiaient d'une priorité d'embauche. Pour être embauchés, ils se présentaient au Bureau Central de la Main d'œuvre (BCMO) du port, le BCMO étant composé de représentants de dockers et d'employeurs et étant présidé par l'administration portuaire. A travers le BCMO, l'administration portuaire « recrutait » les dockers et répartissait le travail entre les dockers en mettant ces derniers à disposition des entreprises de manutention. Entre chaque shift ou vacation, le docker n'était aucunement lié à l'employeur par un contrat et changeait d'employeur d'un shift à l'autre. Du point de vue juridique, les dockers étaient des salariés des entreprises de manutention puisqu'ils étaient rémunérés par ces entreprises. Cependant, la liberté pratique dont bénéficiaient les dockers – un lien de subordination ne pouvant réellement se créer à travers des missions de quatre heures ou de huit heures – amenait la place portuaire à considérer le BCMO – et donc le port – comme l'employeur des dockers. Ce flou juridique, qui prenait l'apparence d'une dualité d'employeurs, avait pour conséquence de complexifier les contentieux et de déresponsabiliser les employeurs. La réforme de 1992 a remplacé ce contrat de travail *sui generis* par le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) et a fait pénétrer, de manière plus générale, le droit commun dans le secteur de la manutention portuaire.

9. **La perte de la qualité de service public par l'activité de manutention portuaire.** L'œuvre d'intégration de la manutention portuaire au droit commun a pris une plus grande épaisseur en 2009 quand le Conseil d'Etat, dans un avis rendu par la section des travaux publics, a affirmé que la manutention portuaire était une activité économique comme les autres. En effet, la question s'est posée de savoir

⁵ Loi n° 92-496 du 9 juin 1992 modifiant le régime du travail dans les ports maritimes

si « dans le contexte issu de la loi portant réforme portuaire du 4 juillet 2008, [...] les ouvrages [...] destinés à accueillir les marchandises déchargées des navires ou les cuves destinées à recueillir les fluides acheminés par la voie maritime, constituant, avec les bâtiments nécessaires à l'exploitation de ces infrastructures, des ouvrages "nécessaires au fonctionnement des services publics portuaires" au sens de l'article L. 146-8 du code de l'urbanisme y compris lorsque ces ouvrages sont construits et exploités par des personnes privées ». Le Conseil d'Etat y a répondu en affirmant : « il est vrai que [...] la réalisation et l'exploitation des outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage [...] sont désormais confiées, sauf exception, à des personnes privées. [...] Les missions correspondantes ne constituent donc plus en principe un service public, alors même que les outillages continuent à relever du régime de la domanialité publique. Mais ces installations, qui participent du bon fonctionnement global du port, n'en demeurent pas moins affectées à l'objet d'utilité générale qui en a déterminé la création. Dès lors, la circonstance qu'elles relèvent d'une exploitation privative, fût-ce pour le compte propre d'une entreprise, n'a pas pour effet de les soustraire au service public portuaire, dont elles ne sont pas dissociables ». L'activité de manutention portuaire n'est donc pas un service public, bien que nécessaire au fonctionnement du service portuaire. L'amointrissement du champ du service public français s'explique notamment par l'influence du droit communautaire. Ce droit, d'inspiration libérale, tend à favoriser l'initiative privée et à réduire le champ des services publics pris dans leur définition franco-française. Cette influence du droit communautaire sur le droit français, véritable dynamique de fond, s'est particulièrement manifestée en droit portuaire dans les années 1990.

II – L'influence du droit communautaire sur le droit portuaire français dans les années 1990

10. **La flexibilisation du droit français par le droit européen.** Lors des années 1990, le droit communautaire a entraîné l'éclosion du droit public économique. Les sources européennes ont remodelé le rôle de l'administration française dans l'économie. Cela s'est fait, d'une part, en réduisant le champ des services publics afin d'élargir le champ de l'initiative privée et, d'autre part, en permettant à l'administration d'intervenir comme opérateur économique sur le marché, à condition qu'elle y intervienne dans les mêmes conditions que les opérateurs privés. Ces dynamiques du droit communautaire sont progressivement apparues comme le remède à un droit portuaire trop rigide. Le manque de malléabilité du droit portuaire trouvait principalement sa source dans la qualification de service public qui s'appliquait à l'activité de manutention portuaire.

11. **La qualification historique de service public de la manutention portuaire.** La loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes avaient fait figurer l'activité de manutention portuaire parmi les missions confiées aux ports autonomes. Pendant longtemps, la qualification s'appliquant à l'activité de manutention portuaire était fondée sur cette loi mais aussi sur des décisions

comme l'arrêt *Compagnie Maritime d'Afrique Orientale*, rendu par le Conseil d'Etat en 1944⁶. Lors de cette jurisprudence fondatrice, le juge administratif avait simplement déclaré : « *les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public* ». Les juges français sont venus préciser cette jurisprudence dans les années 1980 en qualifiant l'activité de manutention portuaire de service public industriel et commercial. Dans son arrêt *Port autonome de Bordeaux* de 1982⁷, le Conseil d'Etat a affirmé : « *il résulte des articles 1 et 2 de la loi du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes que ces ports sont des établissements publics de l'Etat qui assurent, concurremment, une mission de service public à caractère administratif en ce qui concerne notamment l'aménagement, l'entretien et la police des aménagements et accès du port, et une activité de nature industrielle et commerciale en ce qui concerne en particulier l'exploitation des outillages du port* ». La Cour de cassation, dans son arrêt *Syndicat des manutentionnaires et employeurs de main d'œuvre du port de Rouen*⁸, en 1989, a ajouté la courte formule : « *le Port autonome de Rouen est un établissement public à caractère industriel et commercial* ».

12. **Le décalage entre droit français et droit communautaire.** Or, non seulement la qualification de service public, attribuée à l'activité de manutention portuaire, imposait trop de contraintes à cette activité, mais en plus cette qualification ne pouvait tenir très longtemps en raison du décalage entre droit français et droit communautaire. En effet, le droit français distinguait les activités de service public des autres activités. Le droit communautaire, lui, distinguait trois types d'activités. Le premier type résidait dans les activités ne présentant pas de caractère économique, non soumises au droit européen de la concurrence. Le deuxième type résidait dans les activités économiques présentant un caractère d'intérêt général, qui échappent au droit européen de la concurrence sous certaines conditions. Le troisième type résidait dans les activités économiques pures et simples, totalement soumises au droit européen de la concurrence.

13. **La sortie de la manutention portuaire du champ du service public.** Le juge européen a rapidement rapproché l'activité de manutention portuaire des activités économiques totalement soumises au droit de la concurrence. Dans son arrêt *Port de Gênes* de 1991⁹, la Cour de Justice des Communautés Européennes a affirmé que l'activité de manutention portuaire ne possédait pas de caractère d'intérêt économique général et qu'elle était à rapprocher des activités économiques classiques. Le droit européen est donc venu donner la solution au droit français. Le législateur et le juge français n'avaient alors plus qu'à se conformer au droit européen pour libérer la manutention portuaire des chaînes du service public.

⁶ Conseil d'Etat, sect., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale*, n°66679

⁷ Conseil d'Etat, sect., 26 juillet 1982, *Port autonome de Bordeaux*, n°16957

⁸ Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 31 mai 1989, *Syndicat des manutentionnaires et employeurs de main d'œuvre du port de Rouen*, n°87-17236

⁹ CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto Di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, Rec. p. II-5889.

Quelles étaient ces chaînes ? Puisque l'activité de manutention portuaire était considérée comme un service public, les lois du service public pesaient sur elle : principe de continuité du service public, principe de mutabilité du service public et principe d'égalité et de neutralité du service public. Cette qualification de service public avait un impact fort sur la relation entre administration portuaire et opérateurs : ils concluaient, par principe, des concessions de service public. Or, les clauses de ces concessions étaient pour partie de nature contractuelle et pour partie de nature réglementaire. Les clauses régissant les tarifs de manutention étaient de nature réglementaire, ce qui laissait très peu de marge de manœuvre aux manutentionnaires français pour négocier avec les armateurs et les chargeurs. Thomas Bockelee avait, à l'époque, très bien résumé la situation qui se présentait devant lui à l'époque¹⁰ : « *en clair, si un chargeur fait jouer la concurrence entre un port français et un autre port européen du même rang, ni les autorités portuaires françaises ni les opérateurs privés ne pourront légalement surenchérir sur les offres concurrentes au-delà des limites fixées réglementairement ; le trafic en jeu risque alors d'être perdu, faute de souplesse* ».

14. **Le remplacement de la logique concessive par la logique d'occupation domaniale.** Pour se libérer des contraintes de la concession de service public, les ports autonomes avaient développé la pratique de l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. Cependant, cela ne permettait pas aux acteurs portuaires d'échapper au champ du service public. C'est pour résoudre ce problème qu'a été élaborée la convention d'exploitation de terminal. Cette dernière, étant qualifiée juridiquement d'autorisation d'occupation domaniale, trouve ses origines dans l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. Cependant, c'est la convention d'exploitation de terminal qui, ne faisant pas partie de ce qui a plus tard été appelé la commande publique, a permis de sortir du cadre du service public. La convention d'exploitation de terminal sera renommée convention de terminal par la réforme portuaire de 2008 et sera, par la même occasion, étendue à tous les grands ports maritimes.

III – La réforme portuaire de 2008

15. **Le passage du modèle du port outil au modèle du port propriétaire, logique irriguant la réforme de 2008.** Pour comprendre la relation entre les opérateurs exploitant les terminaux portuaires et l'administration portuaire, il convient de se pencher sur la réforme portuaire de 2008. Avant cette réforme, les ports autonomes fonctionnaient selon le modèle du port outil, aussi appelé *tool port*. Le port chargeait et déchargeait lui-même les marchandises. Il s'agissait d'une prestation de service offerte aux opérateurs. Cet ancien modèle avait plusieurs inconvénients. Cela créait un flou dans les conseils d'administration. De plus, comme le port mettait le personnel (le grutier) et le portique à disposition du manutentionnaire, on constatait une sorte de double commandement. Cette dualité entraînait une désresponsabilisation des acteurs et était source de contentieux. Depuis la réforme portuaire de 2008, le manutentionnaire est propriétaire des portiques. Cela présente plusieurs avantages. En plus de pallier

¹⁰ T. Bockelee, « Les ports autonomes face à la construction européenne », DMF 528, 1^{er} mai 1998

les difficultés du double commandement, cela incite le manutentionnaire à acheter des portiques performants et adaptés à son activité. Il dispose également de son propre personnel.

La réforme portuaire de 2008 a été fondée sur deux textes : la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire et le décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008. Cette réforme n'a concerné que les ports autonomes métropolitains : Marseille, Le Havre, Dunkerque, Rouen, Nantes Saint-Nazaire, Bordeaux et La Rochelle. Elle a transformé ces ports maritimes autonomes métropolitains en *Grands Ports Maritimes*. Puisque la loi du 4 juillet 2008 aborde d'abord la modification du fonctionnement interne des ports autonomes, en modifiant leur statut et leur gouvernance (A), pour ensuite aborder leur rôle au sein de la place portuaire, en modifiant leur spécialité et leur relation avec les opérateurs privés (B), nous étudierons ladite réforme portuaire en suivant cette trame.

A – La modification du fonctionnement des ports autonomes

16. **Changement de statut et changement de gouvernance.** La modification du fonctionnement des ports autonomes s'est faite, d'une part, avec le changement du statut des ports autonomes (1) et, d'autre part, avec l'élaboration d'une nouvelle gouvernance de ces ports (2), alors renommés grands ports maritimes.

1) Le nouveau statut des ports autonomes

17. **Les grands ports maritimes, des établissements publics de l'Etat.** Le statut des ports autonomes, devenus grands ports maritimes, a été modifié. La loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire précise qu'ils sont des établissements publics (EP) de l'Etat mais ne précisent pas s'ils sont des établissements publics à caractère administratif (EPA) ou des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC). Pour le Conseil d'Etat, un port autonome était un EP à double visage : un port autonome était un EPA relativement aux activités de service public *stricto sensu* (police portuaire par exemple) et un EPIC pour les autres activités (pour l'activité de manutention par exemple). Pour la Cour de cassation, un port autonome était un EPA. A l'heure actuelle, aucune jurisprudence n'a été rendue à propos du caractère des grands ports maritimes en tant qu'EP. Certaines activités commerciales ayant été conservées par les grands ports maritimes, les grands ports maritimes pourraient être qualifiés d'EP à double visage.

2) La nouvelle gouvernance des ports autonomes

18. **L'action primordiale du directoire et du conseil de surveillance.** La gouvernance des ports autonomes a été modifiée. Alors que les ports autonomes étaient dirigés par un conseil d'administration qui adoptait les plus importantes décisions du port, les grands ports maritimes sont dirigés à la fois par un directoire et par un conseil de surveillance. L'article L5312-10 du code des transports dispose que « *le directoire assure la direction de l'établissement et est responsable de sa gestion. A cet effet, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom du grand port maritime. Il les exerce dans la limite des missions définies à la section 1 et sous réserve de ceux qui sont attribués au conseil de surveillance* ». Le directoire, composé de quelques membres, vote à la majorité les projets stratégiques du port, l'état prévisionnel des recettes et des dépenses du port et assure la gestion domaniale, le tout sous le regard du conseil de surveillance.

En vertu de l'article L5312-7 du code des transports, « *le conseil de surveillance est composé de cinq représentants de l'Etat, deux représentants de la région, trois représentants des collectivités territoriales [...] autres que la région, trois représentants du personnel de l'établissement public [...], cinq personnalités qualifiées [...]* ». Le conseil de surveillance approuve les projets stratégiques et les comptes financiers qui lui sont présentés par le directoire et statue sur les cessions et investissements du port mais également sur les conditions générales de passation des conventions et des marchés publics conclus par le port.

19. **L'action secondaire du conseil de développement et du conseil de coordination interportuaire.** L'action du directoire et du conseil de surveillance est complétée par celle du conseil de développement et du conseil de coordination interportuaire. Le conseil de développement est composé d'une dizaine de membres, représentant les milieux professionnels, sociaux et associatifs mais aussi les collectivités territoriales. Le conseil de développement a vocation à adresser au conseil de surveillance des avis sur la politique tarifaire du port ou les projets stratégiques ou d'investissements. Les clients des ports ont été écartés de la gouvernance des ports et ont été insérés dans ce conseil de développement, afin d'éviter les conflits d'intérêts potentiels.

L'article L5312-12 du code des transports explique le rôle d'un conseil de coordination interportuaire : « *Pour assurer la cohérence des actions [...] de plusieurs grands ports maritimes et [...] fluviaux s'inscrivant dans un même ensemble géographique ou situés sur un même axe fluvial, un conseil de coordination interportuaire associant des représentants de l'Etat, des collectivités territoriales [...], des ports concernés [...] peut être créé par décret. Ce conseil adopte un document de coordination relatif aux grandes orientations en matière de développement, de projets d'investissement et de promotion des ports qui y sont représentés dans le but d'élaborer des positions communes par façade sur les enjeux nationaux et européens. Ce document peut proposer des modalités de mutualisation de leurs moyens d'expertise et de services [...].* »

La réforme portuaire de 2008 a constitué un changement de grande ampleur car elle ne s'est pas cantonnée à modifier le fonctionnement interne des ports mais a également eu un fort impact sur leur relation avec les autres acteurs de la place portuaire.

B – La modification du rôle des ports autonomes au sein de la place portuaire

20. **Nouvelle spécialité et nouvelle relation avec les acteurs privés.** La redéfinition de la spécialité des grands ports maritimes (1) a entraîné une redéfinition de la répartition des rôles entre cette administration portuaire et les acteurs portuaires privés (2).

1) La nouvelle spécialité des ports autonomes, devenus grands ports maritimes

21. Un grand port maritime étant un établissement public, il a nécessairement une spécialité. Cette spécialité s'apprécie à la lecture des missions confiées aux grands ports maritimes et listées par l'article L5312-2 du code des transports : « *le grand port maritime [...] est chargé des missions suivantes :* »
- 1° *La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes*
 - 2° *La police, la sûreté et la sécurité [...]*
 - 3° *La gestion et la valorisation du domaine [...]*
 - 4° *La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels [...]*
 - 5° *La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, notamment des bassins et terre-pleins, ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale*
 - 6° *La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés*
 - 7° *L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire ;*
 - 8° *Les actions concourant à la promotion générale du port ».*

On constate que le rôle assigné par la loi du 4 juillet 2008 aux grands ports maritimes est plus un rôle de promoteur que de commerçant, plus un rôle de valorisation du domaine que d'occupation-même du domaine et plus un rôle de supervision que d'exécution. Les grands ports maritimes voient leurs missions se concentrer sur l'aménagement et l'administratif. Seul le terme d'*exploitation* des accès maritimes pourrait laisser penser que les grands ports maritimes se voient confier l'exécution d'une activité commerciale. Pourtant, l'article L5312-4 du code des transports vient poser une limite très stricte à cette possibilité. Cet article explique que « *le grand port maritime ne peut exploiter les outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires qu'à titre exceptionnel* ». Ce même article dresse la liste des cas dans lesquels une telle exploitation par un grand port maritime est possible :

- « 1° *En régie ou par l'intermédiaire de filiales, à condition qu'il s'agisse d'activités ou de prestations accessoires dans l'ensemble des activités d'outillage présentes sur le port ;*
- 2° *Par l'intermédiaire de filiales pour un motif d'intérêt national ; l'autorité*

administrative notifie au grand port maritime la liste des activités ou des outillages dont le maintien doit être prévu pour ce motif dans le projet stratégique ;

3° Par l'intermédiaire d'une filiale, après échec d'un appel à candidatures organisé en application de l'article 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire ;

4° En détenant des participations minoritaires dans une personne morale de droit privé ».

La réforme de 2008 a consisté à concentrer l'activité des grands ports maritimes sur leurs missions d'aménagement et de valorisation du domaine public et sur les missions régaliennes revenant à l'autorité portuaire. L'activité de manutention a été totalement abandonnée par les grands ports maritimes et a été confiée aux opérateurs privés. Ce transfert a totalement remodelé les rapports entre l'administration portuaire et les opérateurs de droit privé.

2) La nouvelle répartition des activités entre administration portuaire et opérateurs privés

22. **Du port outil au port propriétaire.** En effet, jusqu'à cette réforme de 2008, la manutention horizontale était effectuée par des salariés de droit privé employés par des entreprises privées et la manutention verticale était exécutée par des salariés de droit public employés par les ports autonomes et mis à disposition des opérateurs privés. Cela a impliqué la vente, de l'administration portuaire au secteur privé, de l'outillage public et, par conséquent, le transfert du personnel qui mettait en œuvre cet outillage. C'est cet aspect qui caractérise le passage du modèle du port outil, c'est-à-dire du port possédant et utilisant les outils de manutention, au modèle du port propriétaire, ne jouant que le rôle de propriétaire du domaine portuaire et qui conclut des conventions avec les opérateurs portuaires, conventions valant autorisation d'occuper le domaine. Le modèle du port propriétaire et la convention de terminal sont deux faces d'une même pièce. En effet, la généralisation du régime de la convention de terminal par la réforme de 2008 (a) a permis de libéraliser davantage le droit portuaire français (b).

i. La naissance de la convention de terminal

23. **La convention d'exploitation de terminal, ancêtre de la convention de terminal.** Les nouveaux rapports entre l'administration portuaire et les opérateurs privés ont vu naître la convention de terminal. Avant 2008, on parlait notamment de *conventions d'exploitation de terminal*. Depuis 2008, on parle de *conventions de terminal*. En effet, le décret d'application de la réforme prévoyait que, lors de la mutation des ports autonomes en grands ports maritimes, les conventions domaniales conclues en vertu des I et II de l'article R.115-7 du code des ports maritimes étaient maintenues et valaient convention de terminal au titre de l'article R.105-1 du même code. Ces conventions domaniales qui avaient été

conclues avant la réforme de 2008 sur le fondement de l'article R.115-7 se traduisaient par :

- Les outillages mis en place par une entreprise privée pour les besoins de cette entreprise et qui faisaient l'objet d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public
- Les conventions d'exploitation de terminal.

Si toutes ces autorisations et conventions ont été englobées dans la nouvelle case des « conventions de terminal » créées lors de la réforme, l'ancêtre de la convention de terminal est bien la convention d'exploitation de terminal. La convention d'exploitation de terminal était définie par l'article R.115-7 du code des ports maritimes comme suit : la convention d'exploitation de terminal « *porte exclusivement sur la gestion et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics et comprenant les terre-pleins, les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liées aux navires. Le recours à ce mode de gestion, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, doit être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public* ».

24. **La définition textuelle de la convention de terminal.** L'article R.105-1 du code des ports maritimes, créé par le décret de 2008 (puis abrogé en 2014, le code des ports maritimes étant progressivement intégré au code des transports), évoquait les conventions de terminal nouvelles en ces termes : « *Sous réserve des cas d'exploitation en régie prévus à l'article R.103-2, les terminaux du port sont exploités par des opérateurs, avec lesquels le grand port maritime passe des conventions de terminal, dans les conditions prévues à l'article R.105-2* ». Cet article R.105-2, également créé par le décret d'application du 9 octobre de 2008, ajoutait : « *Sans préjudice des dispositions des articles 7, 8 et 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints* ». La largeur de cette définition, qui évoque explicitement la qualification de convention d'occupation domaniale - « *autorisation d'occuper le domaine public* », a permis sa généralisation.

b) Généralisation du régime de la convention de terminal et libéralisation du droit portuaire

25. **L'abandon d'un nombre important de qualifications contractuelles au profit de la convention de terminal.** Les concessions de service public conclues en matière portuaire sont également devenues des conventions de terminal lors de la réforme de 2008. En englobant un grand nombre de contrats conclus sur le domaine portuaire dans la nouvelle catégorie des conventions de terminal, le législateur a généralisé le régime de la convention de terminal. En effet, comme l'a souligné le docteur Robert Rézenthel en 2008¹¹, le décret n° 99-782 du 9 septembre 1999 (modifié) avait créé une convention d'exploitation terminal type obligatoire. En englobant dans la catégorie nouvelle des conventions de terminal des contrats qui n'étaient jusqu'alors pas des conventions d'exploitation de terminal, le législateur a, sans le dire explicitement, rendu caduque la convention d'exploitation de terminal type.
26. **La souplesse de la convention de terminal.** La convention de terminal, née de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, a alors reçu la qualification juridique de convention d'occupation du domaine public. Son régime est plus souple que celui des contrats qui avait été conclus avant la réforme et qui n'étaient pas des conventions d'exploitation de terminal. La réforme a donc eu pour effet de libéraliser le droit portuaire. Le docteur Robert Rézenthel expliquait en 2008 : « *contrairement aux concessions d'outillages publics ou aux autorisations d'occupation temporaire, l'opérateur de terminal détermine librement sa politique commerciale sous réserve de respecter des objectifs de trafic maritime ou d'investissements* ». La convention de terminal est, depuis la réforme de 2008, régie par l'article 4 de cette loi. Pourtant, avoir inscrit dans le marbre législatif la qualification reçue par les conventions de terminal n'a pas empêché le Conseil d'Etat, en 2017, de remettre en cause cette qualification et de mettre au goût du jour un débat de fond sur les conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes.

IV – L'arrêt *Grand Port Maritime de Bordeaux* du Conseil d'Etat en 2017, une décision requalifiant une convention de terminal conclue par un grand port maritime, et jusqu'alors qualifiée de convention d'occupation domaniale, en contrat de concession de service ordinaire

27. **L'arrêt *Grand Port Maritime de Bordeaux*, aussi appelé « affaire du Terminal du Verdon », une décision aux conséquences potentiellement fortes.** Un contentieux né au sein du grand port maritime de Bordeaux et portant sur l'exploitation d'un terminal a donné l'occasion au Conseil d'Etat de questionner la qualification juridique jusqu'alors appliquée aux conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes. En requalifiant une convention de terminal en contrat de concession de service, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt à fort retentissement (A). Il faut s'intéresser aux conclusions rendues par le

¹¹ R. Rézenthel, « Une nouvelle stratégie pour le développement des "grands ports maritimes" français », DMF n°698, 1^{er} décembre 2008

rapporteur public pour comprendre que, bien que s'appliquant en l'espèce à une convention de terminal provisoire conclue dans un contexte particulier, cet arrêt pouvait potentiellement amorcer la requalification de beaucoup de conventions de terminal en France (B).

A – La décision publiée par le Conseil d'Etat

28. **Faits et procédure.** Le Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) a conclu une convention de terminal en décembre 2014 avec la société EUROPORTE afin de confier à cette société l'exploitation d'un terminal dit « terminal du Verdon ». Comme des difficultés sérieuses sont apparues lors de la mise en service effective du terminal, une procédure de médiation s'est tenue lors de l'été 2016 entre le GPMB, la société EUROPORTE et la Société de Manutention Portuaire d'Aquitaine (SMPA), sous-traitante de la société EUROPORTE. A la suite de l'échec de cette procédure de médiation, le GPMB a conclu « une convention de mise en régie de la convention d'exploitation du terminal du Verdon » avec la SMPA en septembre 2016. Cette seconde convention de terminal était provisoire et avait une durée maximale de dix-huit mois. Cette convention provisoire reprenait la quasi-intégralité des droits et obligations qui avait été convenus entre le GPMB et la société EUROPORTE dans la première convention. La société SEA INVEST BORDEAUX a saisi d'un référé contractuel le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux. Ce tribunal administratif a annulé la convention conclue entre le GPMB et la SMPA par une ordonnance de novembre 2016. Le GPMB et la SMPA se sont donc pourvus en cassation contre cette ordonnance.
29. **Le référé contractuel, un outil réservé aux contrats issus de la commande publique.** Une question s'est vite posée : le référé contractuel ne peut être utilisé que contre les contrats relevant de la commande publique, c'est-à-dire les marchés publics et les contrats de concession. Or, jusqu'à cette décision de 2017, les conventions de terminal recevaient la qualification juridique de conventions d'occupation domaniale. Les référés précontractuels et contractuels ne pouvaient donc pas être exercés contre une convention de terminal. La question s'est posée de savoir si une convention de terminal était un contrat de la commande publique et, dans l'affirmative, de quelle catégorie de contrat les conventions de terminal relevaient.
30. **L'annulation de l'ordonnance du tribunal administratif.** Dans un premier temps, le Conseil d'Etat commence par définir le référé contractuel, les missions des grands ports maritimes et le contrat de concession. Dans un deuxième temps, le Conseil d'Etat relève que le tribunal administratif s'est fondé sur l'article R.5312-84 du code des transports imposant « une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire » préalablement à la passation des conventions de terminal pour faire droit au référé contractuel formé par la société SEA INVEST BORDEAUX. Or, comme le relève le Conseil d'Etat, un tel référé n'est recevable que pour demander l'annulation d'un contrat relevant de la commande publique,

et non d'un contrat dont la procédure de passation est prévue par le code des transports. Par conséquent, le GPMB et la SMPA sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance du tribunal administratif. Dans un troisième temps, le Conseil d'Etat entreprend de trancher au fond la question de la recevabilité du référé contractuel formé par la société SEA INVEST BORDEAUX contre une convention de terminal.

31. **La question sous-jacente de la recevabilité d'un référé contractuel face à une convention de terminal.** C'est ce troisième temps qu'il convient de décortiquer. Le Conseil d'Etat établit d'abord la compétence du juge du référé contractuel. Le Conseil d'Etat explique que la convention de terminal conclue entre le GPMB et la société EUROPORTE est un contrat de concession de service au sens de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Le Conseil d'Etat explique ensuite que la convention de terminal provisoire, conclue entre le GPMB et la SMPA, doit également être qualifiée de contrat de concession de service car elle contient les mêmes obligations contractuelles que la première convention de terminal. Le Conseil d'Etat ajoute que la société SEA INVEST BORDEAUX est recevable à former un référé contractuel contre la convention de terminal provisoire car, d'une part, elle figure parmi les concurrents potentiellement lésés par un vice dans la procédure de passation et, d'autre part, de tels vices sont constatés (le GPMB n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat et, par conséquent, n'a pas non plus respecté le délai de onze jours entre cette publicité et la conclusion du contrat). Pour finir, le Conseil d'Etat rappelle qu'une personne publique peut conclure un contrat relevant de la commande publique en violation de certaines règles de concurrence et de publicité quand l'urgence le justifie et qu'une telle passation permet alors d'assurer la continuité du service. En l'espèce, le GPMB est bel et bien passé outre certaines exigences de publicité et de mise en concurrence. Cependant, la conclusion de la convention de terminal provisoire, conclue dans une situation d'urgence et à titre provisoire, l'a été car seul le terminal du Verdon permet l'accueil de navires d'un certain tonnage et afin que les grands opérateurs maritimes de l'écosystème bordelais puissent honorer leurs contrats. Par conséquent, le GPMB n'était pas tenu de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence habituellement en vigueur dans le cadre de la commande publique. Le référé contractuel formé par la société SEA INVEST BORDEAUX est donc rejeté. Plus que l'arrêt du Conseil d'Etat, ce sont les conclusions du rapporteur public qu'il faut lire. Ces conclusions permettent de comprendre pourquoi le Conseil d'Etat a fait basculer une convention de terminal dans le champ de la commande publique.

B – Les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier suivies par le Conseil d'Etat

32. **La volonté novatrice du rapporteur public d'interroger la nature d'une convention de terminal.** Si la requalification des conventions de terminal en concessions de service opérée dans cet arrêt constitue une petite révolution, les

conclusions du rapporteur public Gilles Pellisier contiennent davantage de matière à débattre. Ces conclusions ayant été suivies par le juge administratif, il conviendra de reprendre le raisonnement du rapporteur public de manière linéaire afin de cerner les fondements de cette requalification.

Les conclusions du rapporteur public mettent d'abord en lumière une erreur de droit commise par le juge du tribunal administratif. Ce dernier a fait droit à un référé contractuel en relevant que la conclusion de la convention provisoire n'avait pas respecté les règles de passation prévues par le code des transports alors même que le référé contractuel n'est destiné qu'à veiller au respect des règles de passation prévues pour les contrats relevant de la commande publique. Or, les contrats de la commande publique ne figurent pas au sein du code des transports. Ce raisonnement suffit à lui seul à faire annuler l'ordonnance du tribunal administratif (et donc à affirmer la légalité de la convention provisoire). Cependant, le rapporteur public se propose de répondre à la question sous-jacente : une convention de terminal est-elle un contrat de la commande publique et, si oui, lequel ?

Avant de déterminer si une convention de terminal est un marché public ou un contrat de concession, le rapporteur public cherche d'abord à savoir si une convention de terminal est un contrat de la commande publique. Dans son ensemble, la réflexion du rapporteur public a consisté à observer l'objet d'une convention de terminal, à comparer cet objet avec le concept de commande publique pour enfin opérer un rapprochement entre conventions de terminal et commande publique.

1) Le critère de l'objet du contrat : un contrat répondant aux besoins de l'administration

33. **Les conventions de terminal, des contrats en ballotage entre commande publique et conventions domaniales.** Un contrat de la commande publique est un contrat par lequel le cocontractant de l'administration répond aux besoins de l'administration. Cette définition de la commande publique se fonde sur le critère de l'objet du contrat. Dans le cadre d'un marché public, le cocontractant est rémunéré par l'administration à travers un prix. Dans le cadre d'un contrat de concession, le cocontractant de l'administration se rémunère via un droit d'exploitation que l'administration lui accorde. Or, quand l'administration conclut une convention d'occupation domaniale avec un opérateur, cet opérateur se voit conférer un droit d'exploitation, comme dans le cadre d'un contrat de concession. Une fine frontière sépare donc la concession de la convention domaniale. C'est là que le critère de l'objet du contrat intervient. Si l'on considère qu'une convention de terminal confère à l'opérateur le droit d'exploiter une dépendance du domaine public portuaire mais que cette exploitation ne répond pas à un besoin de l'administration portuaire, alors les conventions de terminal sont de simples conventions d'occupation domaniales, situées hors du champ de la commande publique. Si l'on considère qu'une convention de terminal confie un droit d'exploitation à un opérateur dans le but

de satisfaire les besoins de l'administration portuaire, alors les conventions de terminal font partie de la commande publique.

34. **La notion de satisfaction des besoins de l'administration par le cocontractant de l'administration, une condition *sine qua none* d'intégration du contrat au droit de la commande publique.** Comme le relève le rapporteur public, le point 15 du préambule de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession¹² dispose que « *certaines accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics [...], en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive* ». La notion d'acquisition de travaux ou de services spécifiques corrobore la notion de besoins de l'administration et conditionne l'intégration du contrat dans le champ de la commande publique. A ce propos, le rapporteur public cite plusieurs arrêts¹³ lors desquels le juge administratif a qualifié un contrat public de convention d'occupation domaniale, et non de contrat de la commande publique, au motif que, même si le contrat faisait peser sur l'occupant du domaine « *des obligations dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général* », le contrat « *n'avait pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique* ». Cette exigence de satisfaction des besoins de l'administration par le cocontractant prise en compte, encore faut-il savoir en quoi consiste de tels besoins.

2) La définition de la notion de « besoins de l'administration » : du critère du service public au critère des missions de l'administration

35. **L'ancien critère de la participation à un service public.** Savoir qu'un contrat de la commande publique répond aux besoins de l'administration est une chose, savoir en quoi consiste un contrat répondant aux besoins de l'administration en est une autre. Pendant longtemps, on a considéré que, dès lors que le contrat faisait participer le cocontractant de l'administration à un service public, alors ce contrat répondait aux besoins de l'administration. Gilles Pellissier illustre ce critère historique en expliquant que le Conseil d'Etat a estimé que « *l'exploitation, à destination du public, d'un outillage public, qui est nécessaire au*

¹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Cette directive est à rapprocher de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Ces deux directives fondent le droit de la commande publique, qui englobe les marchés publics et les concessions et au sein duquel le Conseil d'Etat a voulu insérer les conventions de terminal. Le code de la commande publique, qui formalise le droit de la commande publique français, n'est entré en vigueur qu'à la fin de l'année 2018. Il n'existait donc pas quand le Conseil d'Etat rendu son arrêt mais le droit de la commande publique, lui, s'appliquait déjà en tant que tel.

¹³ Conseil d'Etat, 10 mars 2006, Société Unibail, n° 284802 ; Conseil d'Etat, 19 janvier 2011, CCI de Pointe-à-Pitre, n°341669 ; Conseil d'Etat, 15 mai 2013, Ville de Paris, n°364593

fonctionnement du port, est une mission de service public »¹⁴. Au contraire, un contrat qui se contente de permettre à une personne privée d'occuper le domaine public du port pour qu'elle y exerce une activité privée et qui ne contient aucune concession d'outillage public a été qualifié de convention d'occupation domaniale par le Conseil d'Etat¹⁵.

36. **Du critère de la participation à un service public au critère du concours à l'exercice des missions de l'administration.** Cependant, depuis que certains contrats de la commande publique ne mettent plus en œuvre des services publics (il existe désormais des concessions de service *ordinaire* et plus uniquement des concessions de service *public*), le critère de la participation du cocontractant à l'exécution d'un service public ne permet plus d'identifier les contrats de la commande publique. Le rapporteur public du Conseil d'Etat, dans ses conclusions sur l'affaire du *Terminal du Verdon*, souligne qu'à présent, c'est le critère du concours à l'exercice des missions de l'administration qui prévaut : « *le contrat doit être regardé comme conclu pour les besoins de la personne publique lorsqu'il concourt à l'exercice de ses missions, même s'il n'a pas directement pour objet de confier à un tiers l'exercice de l'une de ses compétences* ». Le rapporteur public tire ce critère de jurisprudences du juge communautaire.

37. **L'origine européenne du critère nouveau du concours à l'exercice des missions de l'administration.** La première jurisprudence citée par le rapporteur public est l'arrêt *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne en 2007¹⁶. Dans cet arrêt, le juge affirme qu'une convention d'aménagement conclue pour la réalisation d'un pôle de loisirs doit être qualifiée de marché public (et donc de contrat de la commande publique, au même titre qu'une concession), alors même que la personne publique n'est pas propriétaire des ouvrages à réaliser et n'a pas vocation à le devenir, dès lors qu'il ressort de la convention que « *par la réalisation du pôle de loisirs dans son ensemble, la commune de Roanne cherche à repositionner et à redynamiser le quartier de la gare* ». Les similitudes entre cette jurisprudence et le schéma des conventions de terminal, bien qu'elles ne soient pas aussitôt et explicitement mises en lumière par le rapporteur public Gilles Pellissier, sont évidentes :

La convention de l'espèce est conclue dans un but d'aménagement, comme en matière de conventions de terminal.

La personne publique n'est pas propriétaire des ouvrages à réaliser et n'a pas vocation à le devenir. Ce cas de figure se retrouve également avec les conventions de terminal. L'opérateur portuaire est chargé de la construction des superstructures situées sur le quai et est propriétaire de l'outillage portuaire qu'il exploite.

La convention étudiée dans l'arrêt de 2007 cherche à repositionner et à redynamiser un quartier, de la même manière qu'une convention de terminal

¹⁴ Conseil d'Etat, 26 juin 1974, Port autonome de Marseille, n°85687

¹⁵ Conseil d'Etat, 8 juin 2011, Port autonome de Marseille, n°318010

¹⁶ CJUE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ Commune de Roanne, n° C-220/05

cherche à repositionner et à redynamiser un port pour faire face à la concurrence mondiale.

Dans l'arrêt *Kansaneläkelaitos*, rendu en 2015 par la Cour de Justice de l'Union Européenne¹⁷, cette dernière a expliqué que ce n'est pas parce que le pouvoir adjudicateur (la plupart du temps, l'administration) n'est pas responsable de l'organisation d'une prestation qu'il ne peut pas confier cette prestation à un cocontractant dans le cadre d'un contrat. De plus, le contrat permettait en l'espèce au pouvoir adjudicateur de réaliser des économies et de remplir sa mission légale. Or, bien que le rapporteur public n'explique pas cela, la conclusion d'une convention de terminal se fait dans des circonstances très similaires à celles évoquées dans l'arrêt *Kansaneläkelaitos* :

Le grand port maritime n'est pas responsable de la manutention mais la confie quand même par le biais des conventions de terminal

La convention de terminal permet aux grands ports maritimes de faire des économies (elle leur permet même d'enregistrer des recettes, à travers la redevance domaniale et les droits de port)

La convention de terminal permet aux grands ports maritimes de remplir leur mission légale (définie par la loi de 2008 portant réforme portuaire), comme nous l'avons dit à propos de la jurisprudence *Commune de Roanne*, notamment : aménager le domaine et transférer l'exploitation des terminaux à des opérateurs.

Ce constat nous amène à dire que les opérateurs concluant des conventions de terminal concourent à l'exercice des missions confiées aux ports.

3) La convention de terminal, outil concourant à l'exécution des missions des grands ports maritimes

38. **Confier la manutention portuaire à des opérateurs, une mission des grands ports maritimes.** Après avoir affirmé qu'un contrat public répond aux besoins d'une personne publique – et fait ainsi partie de la commande publique – quand il concourt aux missions de cette personne publique, le rapporteur public cherche à savoir si les conventions de terminal concourent bien aux missions des grands ports maritimes.

L'exposé des motifs de la loi de 2008 portant réforme portuaire insiste notamment sur « *les fonctions d'aménageur du domaine* » des grands ports maritimes et affirme que les opérateurs portuaires sont « *responsables de l'ensemble des opérations de manutention* ». Pour mettre en œuvre un tel schéma, l'exposé des motifs dispose que « *les grands ports maritimes cessent, sauf cas exceptionnel, de détenir ou d'exploiter les outillages de manutention et les transfèrent à des opérateurs* ».

Comme le précise le rapporteur public, la mission à laquelle le contrat doit concourir ne doit pas être la gestion et la valorisation du domaine, sinon le critère du concours à la mission de la personne publique n'amènera plus à distinguer la commande publique des conventions d'occupation domaniale. Comme l'explique le point 11 du préambule de la directive européenne 2014/23 sur les contrats de concession, il faut qu'il y ait « acquisition de travaux ou de services spécifiques » et non uniquement la définition « des conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question ». Les conventions de

¹⁷ CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, n° C-269/14

terminal permettent à l'administration portuaire de mettre en œuvre une de leurs missions : transférer l'activité d'exploitation des quais et des outillages de manutention à des opérateurs privés.

39. **Les conventions de terminal, des contrats par lesquels les grands ports maritimes confient à des opérateurs la manutention portuaire.** L'acquisition de travaux ou services spécifiques, condition *sine qua none* de la qualification de contrat de la commande publique, ressort de l'article R.5312-84 du code des transports, cité par Gilles Pellissier et définissant les conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes : « *les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints* ». La description de ce qu'implique l'exploitation d'un terminal est caractéristique de travaux et de services « spécifiques ». De plus, la fixation d'objectifs surveillés par l'administration portuaire et sanctionnables démontre que la convention de terminal répond à un besoin de l'administration portuaire.

Le magistrat administratif en conclut que les conventions de terminal relèvent de la commande publique. Par ricochet, une convention de terminal provisoire relève également de la commande publique. La convention conclue en l'espèce peut donc faire l'objet d'un référé contractuel. Malgré tout, le raisonnement de Gilles Pellissier ne s'arrête pas là : répondre au fond à la procédure de référé implique de s'assurer que la procédure de passation réalisée en l'espèce respecte les règles de la commande publique. Or, ces règles diffèrent selon que le contrat conclu est un marché public ou un contrat de concession, le Conseil d'Etat était donc dans l'obligation de déterminer la qualification contractuelle d'une convention de terminal.

4) La convention de terminal conclue par un grand port maritime : une concession de service

40. **Les conventions de terminal, des concessions de service.** Pour ce qui est de la qualification contractuelle s'appliquant aux conventions de terminal, les conclusions rédigées par le rapporteur public Gilles Pellissier à l'occasion de l'affaire Terminal du Verdon sont sans équivoque : « *Le critère de distinction entre les marchés publics et les concessions tient au mode de rémunération du titulaire, par un prix versé par le pouvoir adjudicateur ou par l'exercice du droit d'exploitation qu'il lui a concédé, le concessionnaire en supportant le risque (art 5 ordonnance du 29 janvier 2016). Comme nous l'avons dit, la rémunération du titulaire de la convention de terminal de 2014 est assurée par l'exploitation du service. Il s'agit donc d'une concession* ». Or, la manutention portuaire n'étant plus un service public, la concession de service conclue dans le cadre d'une telle

manutention est nécessairement une concession de service ordinaire. Après avoir qualifié la convention de terminal originale, le rapporteur public va étendre cette qualification à la convention de terminal conclue provisoirement dans l'affaire du Terminal du Verdon.

5) La qualification juridique de la convention provisoire et le rejet du référé

41. **La convention provisoire de l'espèce, une concession de service.** En guise de conclusion, le rapporteur public propose de donner à la convention de terminal provisoire la même qualification que la convention de terminal initiale et rejette le référé contractuel formé par la société SEA INVEST BORDEAUX en se fondant sur la jurisprudence *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*¹⁸, qui a permis à une personne publique de conclure un nouveau contrat de délégation de service public « *sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites* » sous certaines conditions (impossibilité soudaine, urgence, motif d'intérêt général, délégation de service public pas plus longue qu'une procédure de passation, etc.).

V – Les incertitudes ajoutées par la loi d'orientation des mobilités de 2019 sur le débat engagé par le Conseil d'Etat en 2017

42. **La maladresse d'une loi ne tranchant pas assez clairement le débat.** Face à l'inquiétude créée chez une partie de la place portuaire par la décision *Grand Port Maritime de Bordeaux*, le législateur a souhaité réitérer la qualification de convention d'occupation domaniale qui s'applique à son sens aux conventions de terminal. La loi d'orientation des mobilités (2019) a été l'occasion de le faire¹⁹. Or, si l'intention du législateur ne fait aucun doute, le résultat laisse une large place au débat car il n'est pas sûr que le législateur ait atteint l'objectif qu'il s'était fixé avec cette loi. Au lieu de qualifier purement et simplement les conventions de terminal de conventions d'occupation – ce qui, à mon sens, n'aurait pas été le meilleur choix mais aurait été un choix clair –, le législateur a choisi de créer une alternative s'appliquant aux contrats conclus par les grands ports maritimes. Il dispose que les « *conventions de terminal* » conclues par les grands ports maritimes « *pour la mise en œuvre de leurs missions* » sont, par principe, « *des conventions d'occupation du domaine public* ». La loi d'orientation des mobilités dispose ensuite que, par exception, lorsque les contrats ont « *pour objet de répondre aux besoins spécifiques exprimés par le grand port maritime* », il s'agit de « *contrats de concessions* »²⁰. Sur le plan formel, la manière dont a été rédigée la loi laisse penser que les conventions de terminal sont normalement des conventions d'occupation domaniale. Cependant, le fait que le législateur n'ait pas pu revenir sur le critère de qualification utilisé par le Conseil d'Etat en 2017, qu'il ne précise pas la notion de « *besoins spécifiques* » et qu'il ne définisse pas les champs d'application des deux qualifications possibles ne répond pas clairement au débat créé par le Conseil d'Etat et ajoute même de nouvelles incertitudes à la matière portuaire.

¹⁸ Conseil d'Etat, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, n°396191

¹⁹ Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités

²⁰ Article 131 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités

VI – Appréhender le débat amorcé par le Conseil d’Etat au regard des évolutions législatives récentes et des enjeux économiques, institutionnels et pratiques du secteur portuaire

43. **La question principale, situer les conventions de terminal au sein de la commande publique ou en marge de la commande publique.** Face à ces incertitudes sur la qualification contractuelle s’appliquant aux conventions de terminal, il est nécessaire d’avoir des certitudes sur les différentes qualifications possibles. Les conventions de terminal sont des contrats publics. Cet aspect n’est pas remis en cause. Il faut cependant maîtriser la typologie des contrats publics. Nous reprendrons la classification opérée par Hélène Hoepffner²¹ qui classe les contrats publics en trois catégories : les contrats de la commande publique, les contrats à la marge de la commande publique et les contrats en dehors de la commande publique. La question se pose de savoir si l’on doit qualifier les conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes de concessions ou de conventions domaniales. Il n’est donc pas nécessaire de s’intéresser aux contrats hors de la commande publique. La concession est un contrat de la commande publique et la convention domaniale est un contrat à la marge de la commande publique. L’expression « à la marge » signifie que les contrats dont il est question ne sont pas intégrés dans le droit de la commande publique (ils ne figurent pas au sein du code de la commande publique) mais qu’ils sont quand même régis par les principes dont la logique se rapproche de la logique de la commande publique. En effet, depuis 2017, la conclusion des conventions domaniales est régie par une procédure de passation rappelant la procédure de passation s’imposant aux contrats de la commande publique²². La procédure de passation qui s’impose aux conventions domaniales rappelle les procédures de passation de la commande publique en ce sens qu’elles exigent de respecter des mesures de publicité et de mise en concurrence. Dans le même temps, elles s’éloignent du droit de la commande publique par une moins grande profusion des règles et une souplesse plus grande.

Afin d’appréhender avec sérénité le débat entourant la qualification des conventions de terminal, il convient de définir les marchés publics et les concessions, les deux piliers de la commande publique, ainsi que les conventions domaniales.

44. **Définition de la commande publique.** L’ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 définit le contrat de la commande publique comme « *un contrat conclu à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, fournitures ou services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* »²³. L’acheteur – dans le cadre du marché public – et

²¹ Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^{ème} édition, 2019, p. 147 à 149

²² Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques

²³ Ordonnance 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, article L2 : « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre 1er de la première partie, quelle que*

l'autorité concédante – dans le cadre de la concession – sont le plus souvent des personnes publiques. Nous utiliserons donc le terme générique d'*administration*. La nature publique des ports nous confortera dans l'utilisation de ce terme. La définition législative de la commande publique traduit plusieurs critères fondamentaux. Le caractère onéreux du contrat est explicitement affirmé : lors d'un contrat de la commande publique, les deux parties en tirent un bénéfice, le plus souvent financier ou matériel. La condition de la satisfaction du besoin est exprimée : il y a contrat de la commande publique quand le contrat est conclu à la suite d'un besoin exprimé par l'administration. Le contrat résulte donc d'une initiative du secteur public qui sollicite, le plus souvent, le secteur privé. Cette sollicitation se fait, comme l'explique le code de la commande publique, en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le marché public et la concession constituant les deux piliers du droit de la commande publique, il convient de les définir l'un après l'autre.

45. **Définition du marché public.** L'article 1111-1 du code de la commande publique définit le marché public comme « *un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ». Dans cette définition du marché public, on retrouve le caractère onéreux. Les deux parties tirent un bénéfice du contrat. L'administration se procure des services, des travaux ou des fournitures, tandis que l'opérateur perçoit un prix ou un équivalent. Ce prix se traduit le plus souvent par une somme forfaitaire. On retrouve également la notion de satisfaction des besoins de l'administration, puisque le code de la commande publique parle explicitement de *répondre* à des *besoins*.

Deux éléments caractérisent le marché public. D'une part, le marché public consiste à donner à l'administration les moyens pour qu'elle exécute elle-même sa mission. On parle d'achat public. Par exemple, une commune peut conclure un marché public avec un concessionnaire afin de renouveler son parc automobile. L'utilisation des voitures se fera sans l'opérateur économique. La commune utilisera les voitures dans le cadre de l'exécution de ses missions. D'autre part, le cocontractant de l'administration reçoit un prix. Le plus souvent, le cocontractant exécute son obligation et est payé en retour. Dans l'exemple précédemment cité, un prix sera fixé pour chaque voiture ou chaque lot. Ces deux éléments distinguent le marché public de la concession.

46. **Définition de la concession.** L'article L1121-1 du code de la commande publique définit la concession de la manière suivante : « *Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le*

soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières. »

concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. ». Ici encore, les éléments fondamentaux du droit de la commande publique sont présents. Le contrat a un caractère onéreux, puisque les deux parties en tirent profit. Le contrat vise également à satisfaire les besoins de l'administration, puisqu'en confiant l'exercice d'une activité ou l'exécution de travaux ou de services à un opérateur, l'administration se déleste d'une charge qui pesait sur elle. C'est dans ce mode de satisfaction des besoins de l'administration que repose la spécificité des concessions.

En effet, la logique concessive, contrairement à celle du marché public, n'implique pas qu'un opérateur donne à l'administration les moyens d'exécuter sa mission. La logique concessive consiste, pour l'administration, à confier, à *déléguer* une de ses missions à un opérateur. La *délégation* de service public est d'ailleurs un des ancêtres des concessions modernes. En contrepartie, l'opérateur qui se voit déléguer une mission se rémunère sur l'exploitation de cette mission. Il rentabilise lui-même la tâche qui lui a été confiée. Concrètement, si l'opérateur se voit confier un service, il se rémunérera en faisant payer ce service à ses utilisateurs. C'est le « *droit d'exploitation* » mentionné par le code de la commande publique. C'est en se fondant sur cet aspect que certains qualifient les conventions de terminal de concession. On peut considérer que les grands ports maritimes ont pour mission d'organiser la manutention et qu'ils confient ce service à des entreprises de manutention qui bénéficient, en retour, d'un droit d'exploitation. Ce droit d'exploitation consiste à conclure des contrats de manutention avec les armateurs et les chargeurs afin que ces derniers paient le service de manutention. Cependant, comme les conventions de terminal sont basées sur l'occupation, par les entreprises de manutention, d'une dépendance du domaine public des ports en échange du paiement d'une redevance domaniale, certains préfèrent qualifier les conventions de terminal de conventions d'occupation domaniale.

47. **Définition de la convention domaniale.** La convention domaniale, quant à elle, ne fait pas partie de la commande publique, bien que son régime s'en soit récemment rapproché. Comme le rappelle Héléne Hoepffner, « *la notion de convention domaniale n'est ni normative, ni usuelle en doctrine. On utilise plus souvent les expressions de concession de voirie, d'occupation temporaire ou domaniale, de contrat comportant une occupation privative* »²⁴. Cette précision nous rappelle la convention de terminal. Elle peut être liée à la notion de contrat comportant une occupation privative, puisque les entreprises de manutention sont des opérateurs privés occupant le domaine public des ports à des fins privées, c'est-à-dire dans le but de mener à bien une activité qui leurs est propre. La notion d'occupation temporaire ou d'occupation domaniale est également liée aux conventions de terminal pour les mêmes raisons.

Cela dit, Héléne Hoeffner définit la convention domaniale comme « *tout contrat – de droit privé ou administratif – par lequel une collectivité publique propriétaire autorise l'occupation à titre privatif d'une dépendance du domaine public ou privé, moyennant le versement d'une redevance, par une personne publique ou privée, afin qu'elle puisse y exercer une activité pour son compte ou*

²⁴ Héléne Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^{ème} édition, p. 238 et 239

celui de cette collectivité ». Le versement de la redevance se retrouve dans le contexte de l'exploitation d'un terminal, c'est le loyer que paie l'entreprise de manutention pour pouvoir occuper le terminal dont le port est propriétaire.

Cependant, tous les éléments de la convention domaniale ne rappellent pas la convention de terminal. Certes, l'entreprise de manutention occupe le domaine public du port à titre privatif, comme l'évoque la définition énoncée précédemment, mais cette occupation n'est pas totalement privative, puisqu'elle existe à la suite d'une sollicitation d'un acteur public ayant lancé un appel à projets. C'est pour cette même raison qu'il est difficile de dire qu'une convention de terminal qu'elle ne fait qu'autoriser l'entreprise de manutention à occuper le terminal, comme le suggère la définition citée. En effet, un grand port maritime ne fait pas qu'autoriser l'occupation de ses dépendances par des entreprises. Il la recherche, la sollicite, la définit et lui impose des exigences.

48. **Enjeux, cadre et plan.** L'énumération de ces incertitudes, qui sont presque des malaises, montre à quel point la question de la qualification des conventions de terminal est épineuse mais passionnante. Conserver la qualification de conventions domaniales rassurerait bon nombre d'acteurs portuaires, cette qualification n'ayant jusqu'alors pas posé de problème majeur. Cette qualification emporte également l'application d'un régime souple. Cependant, le danger d'un régime souple est qu'il soit trop léger. Le droit de la commande publique, et notamment de la concession, est capable de proposer des règles précises et fermes à un secteur économique imposant et névralgique. Le droit de la commande publique étant historiquement lié à l'exécution de services publics, et donc aux lois du service public, son régime peut faire peur. Cependant, la lourdeur du régime concessif est à relativiser. Premièrement, la notion de service public tend à se diluer sous l'influence du droit européen. Deuxièmement, l'apparition récente des concessions de service ordinaire permet à un contrat concessif de bénéficier de la transparence et de la rigueur du droit de la commande publique sans se soumettre aux lois du service public. Troisièmement, la logique concessive semble correspondre à la logique *terminalienne* en plusieurs de ses points fondamentaux. Une fois ces enjeux exposés, on comprend que la question de la qualification des conventions de terminal constitue un jeu d'équilibre, un numéro de funambule.

Pour des raisons d'efficacité, nous étudierons cette question en nous fixant des limites nationales. Tout en s'intéressant aux racines et aux influences communautaires du droit public, nous nous concentrerons sur les conventions de terminal telles qu'elles sont conclues par les grands ports maritimes français. Ce cadre franco-européen permettra d'apporter une réponse à une question elle-même franco-européenne, le débat ayant été amorcé par le Conseil d'Etat sur le fondement de jurisprudences communautaires puis nourri par le législateur français. Malgré tout, nous prendrons de la hauteur en portant notre regard sur les ports dits décentralisés. Une réponse dense ne peut être apportée à la question de la qualification des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes sans s'intéresser au mode d'exploitation des terminaux des ports voisins.

Dans un premier temps, nous soulignerons la pertinence de l'évolution juridique proposée par le Conseil d'Etat lors de l'affaire du Terminal du Verdon en 2017. Le régime de la commande publique est adapté au secteur portuaire et

permet d'apporter à ce milieu économique des bienfaits juridiques et économiques. Au sein de cette commande publique, c'est la qualification de concession qui sied le mieux à la convention de terminal.

Dans un second temps, nous constaterons que, bien que le Conseil d'Etat ait mis le droit concessif à la disposition du secteur portuaire, le droit portuaire demeure un chantier inabouti. Le législateur, qui a souhaité rassurer les acteurs de la place portuaire, a réitéré la qualification de convention d'occupation domaniale lors de l'adoption de la loi d'orientation des mobilités en 2019. Malheureusement, la maladresse de cette loi, qui devait clarifier les choses, crée en fait de nouvelles incertitudes en permettant une cohabitation floue des deux qualifications en présence. Face à cette fragilité, nous nous inspirerons de la pratique des ports décentralisés pour formuler des propositions de réforme du droit portuaire français.

PREMIERE PARTIE : LA VOLONTE DU CONSEIL D'ETAT DE REQUALIFIER LES CONVENTIONS DE TERMINAL EN CONCESSIONS DE SERVICE, UN SOUHAIT PERTINENT

49. **La requalification en concession, un éventuel progrès juridique et économique.** En requalifiant une convention de terminal conclue entre un grand port maritime et une entreprise de manutention en contrat de concession de service, le Conseil d'Etat a ouvert la porte à une requalification en concession de bon nombre de conventions de terminal. Nous le verrons plus tard, cette entreprise n'a pas été suivie par le législateur. Pourtant, il convient de souligner qu'un virage en faveur du droit de la commande publique bénéficierait au secteur portuaire en plusieurs points. Le droit de la commande publique est adapté au droit des conventions de terminal et pourrait avoir un impact juridico-économique positif sur le secteur portuaire (titre 1). Si la qualification de marché public ne convient pas à la convention de terminal, la qualification de concession, elle, colle à la logique d'exploitation des terminaux (titre 2).

Titre 1 – L’application du droit de la commande publique aux conventions de terminal, une évolution souhaitable

50. Requalifier les conventions de terminal en concessions emporterait application du droit de la commande publique aux conventions de terminal. Sur le plan strictement juridique, une telle requalification ferait sens, la logique de commande publique trouvant un écho dans la logique des conventions de terminal (chapitre 1). Sur le plan politico-économique, cette requalification permettrait aux grands ports maritimes de bénéficier de la logique de libre-concurrence, logique inhérente au droit de la commande publique (chapitre 2).

Chapitre 1 – Le droit de la commande publique, un régime adapté aux réalités des grands ports maritimes

51. L’observation de la relation port-opérateur montre que la qualification de conventions domaniales appliquée jusqu’à maintenant aux conventions de terminal n’est en fait pas en adéquation avec ces conventions de terminal (section 1). Requalifier les conventions de terminal en contrats de concession permettrait de leur appliquer le droit de la commande publique, un régime qui leurs serait plus adéquat (section 2).

Section 1 – Le nécessaire abandon de la qualification générale de convention domaniale

52. **Les conventions de terminal, des contrats rarement conclus dans le seul intérêt de l’opérateur portuaire.** Jusqu’à l’arrêt *CE 2017 Grand Port Maritime de Bordeaux*, la qualification juridique des conventions de terminal telles que nous les connaissons depuis la réforme portuaire de 2008 n’avait jamais été remise en cause. Le législateur, malgré la tentative du Conseil d’Etat de les requalifier en concessions, a réitéré leur qualification de conventions domaniales. Le problème est qu’une telle convention domaniale conclue dans un cadre portuaire appartient à une catégorie bâtarde de contrats publics. Parfois, un contrat public ayant seulement pour effet d’autoriser l’occupation du domaine public permet avant tout à l’occupant du domaine public de mener à bien son activité commerciale. Cependant, un tel contrat a, d’autres fois, comme premier objectif la satisfaction d’un besoin de la personne publique propriétaire (ou gestionnaire) de la dépendance du domaine. Il est donc logique que si des conventions de terminal s’avèrent avoir été conclues avant tout pour répondre à une commande d’un grand port maritime – et c’est souvent le cas -, ces conventions soient requalifiées afin d’être intégrées au droit de la commande publique.

Section 2 – La qualification de concession, une qualification plus proche de la convention de terminal que la qualification de convention domaniale

53. **Le critère de l'objet principal du contrat.** Afin de faire la différence entre, d'une part, les conventions domaniales répondant d'abord à l'intérêt de l'occupant du domaine et, d'autre part, les conventions domaniales ayant d'abord pour objet de répondre à une commande publique, le juge administratif a dégagé le critère de l'objet principal du contrat. La Cour administrative d'appel de Nancy a fait usage de ce critère en 2016 dans son arrêt *Ville de Reims et Association ASO*²⁵ : quand un contrat administratif a un objet mixte, sa qualification se fonde sur son objet principal. Ainsi, le juge administratif a estimé qu'un contrat par lequel une commune confie à une association l'organisation d'une course à pieds sur le domaine public n'est pas une convention d'occupation domaniale mais un marché public car l'association réalise une prestation de service afin de répondre à un besoin de la commune, la course à pieds étant organisée au sein de la commune depuis plusieurs années.

Or, la mise en œuvre du critère de l'objet principal du contrat révèle que la convention de terminal est plus proche de la concession que de la convention domaniale. La convention de terminal ne remplit pas tous les critères permettant de repérer une convention domaniale (I), tandis qu'elle remplit les critères permettant d'identifier un contrat de concession de service ordinaire (II).

I. La convention domaniale, une qualification juridique inapte à prendre en compte la réalité de la relation port-opérateur

54. **Les trois critères permettant de déterminer l'objet principal d'une convention domaniale.** L'étude de l'objet principal d'un contrat passe par l'examen d'une série de critères. Un contrat administratif est une convention domaniale quand :

Les obligations que fait peser le gestionnaire du domaine sur l'occupant font partie des obligations que ce gestionnaire peut imposer à son cocontractant pour servir l'intérêt général ou l'intérêt du domaine (pour une illustration : *CE 2006 Société Unibail*²⁶).

L'activité de l'occupant du domaine sert son intérêt propre et ne répond pas à un besoin de la personne publique propriétaire de la dépendance domaniale occupée.

L'occupation du domaine public entraîne le paiement d'une redevance domaniale par l'occupant à la personne publique propriétaire de la dépendance domaniale. Aucune rémunération n'est versée par le propriétaire à l'occupant.

²⁵ CAA Nancy, 21 juin 2016, n°15NC02284, AJDA 2017. 28, J.-M. Favret

²⁶ Conseil d'Etat, 10 mars 2006, Société Unibail, n°284802

55. **La convention de terminal ne remplit pas les trois critères de qualification de convention domaniale.** La lecture de ces critères permet de comprendre, d'une part, pourquoi la proposition de requalification des conventions de terminal fait débat et, d'autre part, pourquoi cette requalification ferait sens.

Une convention de terminal remplit le troisième critère de la qualification de convention domaniale : un opérateur portuaire paie une redevance domaniale au grand port maritime propriétaire du terminal qu'il exploite. Les flux financiers générés par une convention de terminal rappellent donc la convention domaniale et non la commande publique, commande publique dans le cadre de laquelle le cocontractant de l'administration ne paie pas l'administration.

Cependant, le premier critère d'identification de la convention domaniale n'est pas rempli par la convention de terminal : les prescriptions imposées par les grands ports maritimes aux opérateurs vont au-delà de simples règles relatives à la gestion du domaine public. Par exemple, un grand port maritime peut imposer à un cocontractant exploitant un terminal à conteneurs des objectifs annuels de trafics exprimés en Equivalent Vingt Pieds (EVP). De plus, le deuxième critère de qualification de la convention domaniale n'est, lui non plus, pas respecté par les conventions de terminal. La convention de terminal vise à répondre à un besoin d'une personne publique : le grand port maritime. Il est vrai que l'opérateur portuaire est rémunéré par ses clients et sert alors des intérêts privés, mais cette activité privée ne saurait exister sans la commande publique générée par le port. Une activité de manutention portuaire n'existe pas en dehors d'un port. Les opérateurs portuaires n'existent pas sans administration portuaire. Les grands ports maritimes, en tant qu'établissements publics de l'Etat, veillent à la compétitivité des ports français.

En considérant ces critères comme étant cumulatifs, il est logique qu'une convention de terminal soit qualifiée de contrat de concession, puisque tous les critères de qualification de la convention domaniale ne sont pas remplis. En considérant ces critères comme constituant un faisceau d'indices, la requalification en contrat de concession demeure logique car la majorité des critères de qualification en convention domaniale ne sont pas remplis (deux sur trois).

Or, si l'on constate que la convention de terminal ne remplit pas les critères de qualification de convention domaniale, elle remplit bien les critères de qualification de concession de service.

II. Le droit de la commande publique, un régime apte à régir la convention de terminal comme un outil au service de l'administration portuaire

56. **Les conventions de terminal remplissent les critères de qualification de concession.** De manière inverse, l'étude des critères de qualification de contrat de concession de service nous incite à faire entrer la convention de terminal dans cette qualification.

En effet, une convention domaniale est requalifiée en contrat de la commande publique quand elle a pour objet principal d'organiser l'exécution par l'occupant du domaine public de prestations répondant à un besoin de la personne publique et demandées par cette personne publique. C'est ce type de requalification que le Conseil d'Etat a opéré dans son arrêt *Grand Port Maritime de Bordeaux* du 14 février 2017²⁷. Dans cette décision, le juge administratif a affirmé : la « *convention de terminal conclue [...] avec la société Europorte a ainsi pour objet principal l'exécution, pour les besoins du GPMB, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation ; qu'elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services au sens et pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession* ». Une convention de terminal est une concession de service ordinaire, et non une concession de service public, car elle fait peser sur l'opérateur portuaire des obligations d'intérêt général relatives au service public portuaire, sans pour autant confier à cet opérateur la gestion même de ce service public portuaire.

En effet, les missions des grands ports maritimes sont listées dans l'article L5312-2 du code des transports. Cet article dispose que « *le grand port maritime [...] est chargé [...] des missions suivantes :*

1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes

2° La police, la sûreté et la sécurité [...]

3° La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté

[...]

5° La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire [...] ».

La conclusion d'une convention de terminal entre dans le cadre de la réalisation, de l'exploitation et de l'entretien des accès maritimes mais aussi dans le cadre de la gestion et de la valorisation du domaine. La mise en service d'un terminal et l'orientation donnée à l'utilisation de ce terminal ne sont pas décidées par l'opérateur exploitant le terminal. Cet opérateur ne fait que répondre à un appel à projets émis par le grand port maritime qui mène une véritable politique portuaire. En ce sens, une qualification en concession de service ordinaire ferait sens : le service public, c'est-à-dire la mission du port, est pensé et décidé par le port, tandis que l'opérateur ne fait que participer à son exécution. Le port propose, l'opérateur dispose.

Requalifier les conventions de terminal en concessions de service permettrait d'appliquer aux conventions de terminal un régime plus adapté aux réalités de la relation port-opérateur. Par ailleurs, élargir l'application du droit de la commande publique dans les ports français aurait un impact positif sur le secteur portuaire. Cela permettrait d'intégrer les ports à une dynamique de fond que connaissent notre droit et notre économie, dynamique favorable aux investissements. Cette dynamique est celle de la libre concurrence.

²⁷ Conseil d'Etat, 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n°405157

Chapitre 2 – La commande publique, un outil juridique nouveau au service de la libre concurrence

Si le rattachement des conventions de terminal au droit de la commande publique serait nouveau, c'est que le droit de la commande publique est lui-même relativement neuf (section 1). Le législateur s'est attaché à développer le droit de la commande publique car il y a vu, à juste titre, un outil de stimulation de l'économie (section 2).

Section 1 – La commande publique, nouvel outil de structuration du droit public français

57. **Les textes fondateurs de la commande publique.** La commande publique, qui désigne l'ensemble des règles régissant les contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins – à savoir, les marchés publics et les contrats de concession – est principalement basée sur le code de la commande publique, publié au Journal Officiel de la République Française le 5 décembre 2018 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. Le droit de la commande publique n'est cependant pas né avec le code de la commande publique. La commande publique avait déjà commencé à se structurer autour d'ordonnances et de directives, les textes les plus importants étant :

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

58. **Les principes fondateurs de la commande publique : liberté, égalité, transparence.** Aujourd'hui, l'intérêt de faire entrer un contrat dans le champ de la commande publique est de faire bénéficier ce contrat des trois grands principes caractéristiques du droit de la commande publique : principe de liberté d'accès à la commande publique ; principe d'égalité de traitement des candidats ; principe de transparence des procédures. Quand le législateur redéfinit le champ de la commande publique, il revient parfois au juge administratif de parfaire l'œuvre législative en insérant des contrats dans ce champ lorsque leur qualification fait encore débat. Cela pourrait être le cas des conventions de terminal, sur le modèle d'autres contrats publics ayant déjà été requalifiés de contrats de la commande publique.

II. L'extension du champ de la commande publique à la matière portuaire

59. **L'intégration du droit portuaire à la commande publique trouverait ses racines dans un arrêt du Conseil d'Etat de 2009.** Bien qu'elle serait à l'origine d'une importante évolution du droit portuaire, la requalification proposée par le juge administratif en 2017 ne serait pas sans racines. Le juge administratif a fait naître les racines d'une telle évolution dans son arrêt *Port autonome de Marseille* en 2009²⁸.
60. **En 2009, le juge administratif a privilégié la logique concessive.** Dans cette affaire, le Port autonome de Marseille avait retenu l'offre de la CMA CGM pour l'exploitation d'une forme navale. La société Nigel Burgess Ltd, qui avait déposé une offre, avait saisi le tribunal administratif de Marseille d'un référé précontractuel. Le juge des référés avait annulé la procédure par une ordonnance contre laquelle le Port autonome de Marseille s'était pourvu en cassation. Le Conseil d'Etat avait relevé que la procédure engagée par le Port autonome de Marseille était « *susceptible d'aboutir soit à la conclusion d'une convention portant simplement occupation du domaine public maritime, dont la passation n'est soumise à aucune procédure particulière, soit à la signature d'une convention ayant pour objet la mise à disposition au bénéfice des tiers et l'exploitation de la forme de réparation navale n° 10 ainsi que la réalisation d'importants équipements portuaires, notamment la réalisation d'un avant-port, la rémunération du cocontractant étant alors assurée par sa seule activité ; que cette convention **pouvait** donc être une concession d'outillage public déléguant une mission de service public au cocontractant dont la rémunération serait substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* ». Le Conseil d'Etat a fait application du principe selon lequel quand une incertitude plane sur la qualification d'un contrat administratif, il convient d'appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse parmi les deux procédures possibles. Cet arrêt avait donc fait application de la procédure de passation des délégations de service public prévue la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures (dite « loi Sapin »). Cet arrêt peut être considéré comme un prélude à la requalification suggérée par le Conseil d'Etat, les délégations de service public étant à l'origine du régime concessif tel qu'on le connaît aujourd'hui.
61. **Le juge administratif a amené cette logique concessive avec légèreté.** Certes, l'importance de cet arrêt est à relativiser pour deux raisons. La première est la matière sur laquelle il porte : les juges du Palais-Royal avaient statué sur une concession d'outillage portuaire et non sur une convention de terminal. La seconde est la solution choisie par ces juges : est laissée l'administration portuaire la possibilité de choisir entre la procédure de passation d'une convention d'occupation domaniale et la procédure de passation d'une délégation de service public, en fonction de la nature du contrat *in concreto*, alors

²⁸ Conseil d'Etat, 10 juin 2009, Port Autonome de Marseille, n°317671

qu'une requalification générale en délégation de service public aurait pu être opérée. Pourtant, cet arrêt de 2009 a tout de même ouvert la voie à une requalification des conventions de terminal en contrat de concession : en faisant prévaloir la qualification de délégation de service public sur la qualification de convention d'occupation domaniale pour les cas où une incertitude plane, le juge administratif a manifesté sa volonté de soumettre le droit portuaire à un régime juridique strict et transparent : un régime qui allait devenir la commande publique. L'extension du champ de la commande publique s'observe d'ailleurs dans beaucoup de pans de notre économie.

II. L'extension du champ de la commande publique à des matières autres que la matière portuaire

62. **L'application du droit de la commande publique aux conventions de terminal placerait le droit portuaire dans une dynamique allant au-delà du périmètre portuaire.** Si l'insertion des conventions de terminal dans le champ des contrats de concession constituait une évolution juridique circonscrite au monde portuaire, la requalification de ces conventions perdrait en légitimité. En pratique, ce qui donne du sens à cette requalification, c'est qu'elle s'insère dans une rationalisation générale du droit public. Le champ de la commande publique s'éclaircit grâce à l'action commune du législateur et du juge : on sait progressivement quels contrats y sont insérés et lesquels ne le sont pas. Les principes régissant le droit de la commande publique font tout l'intérêt de ce droit et justifient d'y rattacher un grand nombre de contrats. Une telle dynamique permet aussi une simplification du droit français : soumettre un grand nombre de contrats publics à un même régime rend le droit français plus lisible. Cela explique que des contrats non liés à la matière portuaire aient été requalifiés en contrats de la commande publique.
63. **Le contrat de mobilier urbain, un exemple à suivre pour la convention de terminal.** La récente requalification des contrats de mobilier urbain illustre cette dynamique. Dans le cadre d'un contrat de mobilier urbain, le cocontractant de l'administration reçoit l'autorisation d'occuper le domaine public et s'oblige à installer sur ce domaine, avec ses propres moyens, des aménagements comme des abribus. Il est alors payé grâce à l'exploitation qu'il fait de l'équipement, via des publicités notamment. Un débat a eu lieu sur la qualification juridique du contrat de mobilier urbain, le mode de rémunération du titulaire d'un tel contrat étant variable.

Il fût un temps où la qualification d'un contrat de mobilier urbain reposait sur le choix de l'administration de percevoir ou non une redevance domaniale. Quand l'administration choisissait de percevoir une redevance domaniale, le contrat de mobilier urbain était qualifié d'autorisation domaniale. Quand l'administration choisissait de ne pas percevoir de redevance domaniale, cette renonciation s'analysait comme un « prix » versé au cocontractant, prix caractéristique des

marchés publics et fondant alors la qualification des contrats de mobiliers urbains de marchés publics²⁹.

Le problème de cette alternative était que quand on optait pour la qualification de marché public, le cocontractant de l'administration était *de facto* rémunéré via des recettes publicitaires. Le contrat ressemblait alors à un contrat de concession mais était qualifié de marché public. On persistait à rattacher les contrats de mobiliers urbains dépourvus de redevance domaniale à la catégorie des marchés publics car, à l'époque, les concessions de service public existaient mais les concessions de service ordinaire n'existaient pas. Or, un contrat de mobilier urbain ne porte pas sur l'exécution d'un service public. La notion de délégation de service public, consacrée par la loi Sapin du 29 janvier 1993 et dont la passation était soumise à une procédure de mise en concurrence et de publicité, ne pouvait s'appliquer.

Ce problème a été résolu quand les obligations de dévolution concurrentielle ont été étendues aux concessions de service ordinaire par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. En 2017, le Conseil d'Etat a consacré la nouvelle qualification des contrats de mobilier urbain : il y a présomption selon laquelle un contrat de mobilier urbain est une concession de service. Le versement d'un prix par l'administration au cocontractant ou le fait, pour l'administration, de limiter l'exposition de son cocontractant aux pertes financières renverse cette présomption³⁰.

64. **Les similitudes entre le contrat de mobilier urbain et la convention de terminal.**

La qualification des contrats de mobilier urbain en concessions de service a été confirmée plusieurs fois par le Conseil d'Etat, notamment de manière implicite dans son arrêt *Ville de Paris et Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information*³¹. Cette décision, bien qu'éloignée de la matière portuaire au premier abord, illustre en fait parfaitement certaines dynamiques que l'on trouve en matière portuaire. En effet, dans le cadre des débats contentieux, la Ville de Paris avait mobilisé des arguments liés à la continuité du service public. La possibilité, pour l'administration, de conclure une concession provisoire sans publicité ni mise en concurrence dans une hypothèse d'urgence était débattue. Pour se prévaloir de cette faculté, la Ville de Paris avançait un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public. Le juge n'a pas nié que l'on était en présence d'une activité de service public (les mobiliers urbains sont en partie utilisés pour le service de diffusion de l'information municipale) mais a implicitement validé la qualification de concession de service ordinaire, et non de concession de service public. Cela se comprend par le fait que le titulaire d'un contrat de mobilier urbain ne se voit pas *confier* la gestion d'un service public mais ne fait que *participer* à un service public à travers l'exercice de son activité propre.

En cela, le contrat de mobilier urbain rappelle la convention de terminal. Pour comprendre quels services publics sont exécutés par les grands ports maritimes,

²⁹ Conseil d'Etat, ass., 4 nov. 2005, Sté Decaux, n°247298, RFDA 2005. 1083, concl. D. Casas ; CMP 2005, comm. 297, J-P. Pietri et repère 10, F.L. et P.S-C. ; AJDA 2006. 120, A. Ménéménis

³⁰ Conseil d'Etat, 24 mai 2017, Société Régale des Iles, n°407213

³¹ Conseil d'Etat, 5 février 2018, Ville de Paris, n°416581, Dr. Adm. 2018, comm. 20, L. Seurot

il faut regarder quelles sont les missions de ces ports. L'exposé des motifs de la loi de 2008 portant réforme portuaire permet de cerner les missions des grands ports maritimes. Le deuxième motif est le suivant : « *l'organisation de la manutention portuaire est simplifiée et rationalisée [...]. Pour y parvenir les grands ports maritimes cessent, sauf cas exceptionnels, de détenir ou d'exploiter des outillages de manutention et les transfèrent à des opérateurs* ». Le service public ne réside pas dans l'exploitation de la manutention mais dans le transfert de l'exploitation de la manutention. L'exploitation-même constitue une participation à ce service public. De toutes manières, avec l'élaboration du droit de la commande publique, pour savoir si un contrat fait partie de cette commande, on ne cherche plus si le contrat participe à un service public mais si le contrat permet de satisfaire un besoin de l'administration. Or, un contrat conclu dans le cadre d'un motif exposé par la loi de 2008 et qui participe à mettre en œuvre une des missions des grands ports maritimes listées dans le code des transports répond nécessairement à un besoin de l'administration. Si le droit de la commande publique s'est déjà étendu à des matières non portuaires et s'il a commencé à intégrer doucement le secteur portuaire, c'est qu'il constitue une arme économique efficace.

Section 2 – La commande publique, nouvel outil de structuration de l'économie portuaire

65. **Les principes de la commande publique, des principes régissant la passation des contrats.** Nous l'avons mentionné, le droit de la commande publique est irrigué par trois principes : principe de liberté d'accès à la commande publique ; principe d'égalité de traitement des candidats ; principe de transparence des procédures. Du point de vue pratique, on trouve les manifestations de ce principe majoritairement lors de la passation des contrats. Les principes de la commande publique se manifestent à travers les procédures de publicité et de mise en concurrence.

66. **Les principes de la commande publique, des outils de stimulation de l'économie.** Si le législateur a poussé à l'élaboration d'un tel droit, c'est qu'il y a vu un outil de stimulation de l'économie par l'achat public. Alors qu'elles pourraient s'interpréter comme de simples contraintes, ces règles sont en fait des instruments au service de l'efficacité économique. La commande publique représente environ 9% du PIB de la France et les conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes y auraient leur place. Comme l'a souligné l'Observatoire Portuaire³² à propos de l'ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016, le droit de la commande publique est source de sécurité juridique, de transparence, de flexibilité et d'impartialité.

³² Observatoire-portuaire.fr, Volet juridique, Organisation et gestion des ports, Directive européenne sur les concessions

67. **Les bienfaits de la procédure de référé, outil spécifique aux contrats de la commande publique.** Les référés précontractuels et contractuels illustrent ces vertus. Ils ont notamment pour objet de faire respecter les principes généraux de la commande publique. De tels référés ne sont possibles que pour contester la conclusion d'un contrat de la commande publique. Ils sont donc emblématiques des bienfaits du droit de la commande publique.
68. **Le référé précontractuel.** Le référé précontractuel est défini à l'article 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif [...] peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. [...] Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ».
69. **Le référé contractuel.** Le référé contractuel, jumeau du référé précontractuel, est mentionné à l'article 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif [...] peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section.* ». L'article L. 551-14 apporte des précisions : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats [...]* ».
70. **Le référé, une arme pour tirer vers le haut la qualité des prestations des manutentionnaires français.** Faire entrer les conventions de terminal dans le champ de la commande publique permettrait aux tiers lésés de contester la conclusion d'une convention de terminal qui violerait les procédures de publicité et de mise en concurrence. Or, ces principes permettent que l'identité des candidats aux appels à projets soit variée. En effet, le droit de la commande publique, en structurant les procédures de passation et en les rendant transparentes, limite grandement les risques de délit de favoritisme et de corruption. Une telle transparence permet à un opérateur économique de se porter candidat à un appel à projets émis par un grand port maritime, même s'il n'a pas de lien historique avec ce grand port maritime et même s'il est un jeune acteur du monde maritime et portuaire. La profusion des candidatures, ainsi permise par le droit de la commande publique, ferait s'élever le niveau de concurrence entre opérateurs et entraînerait à la hausse la qualité des projets et des prestations proposés par les opérateurs privés. On distingue donc clairement comment le droit de la commande publique rendrait les ports français plus compétitifs.

71. **Le référé, un outil ayant déjà fait ses preuves dans les ports français.** L'arrêt *Grand Port Maritime du Havre*, rendu en 2011 par le Conseil d'Etat³³, illustre les modalités d'exercice du référé contractuel dans le cadre portuaire. Dans cette affaire, le Grand Port Maritime du Havre (GMPH) avait conclu un marché public avec la société Travaux Industriels Maritimes et Terrestres (TIMT), marché public portant sur la remise en état de la porte d'une écluse. La société Philippe Lassarat, concurrent évincé, a exercé un référé contractuel devant le tribunal administratif de Rouen. Ce tribunal a prononcé la nullité du marché public mais le GPMH a formé un pourvoi devant le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de l'ordonnance rendue par tribunal administratif. Était en cause un MAPA : un marché public conclu selon une procédure adaptée. Le Conseil d'Etat a profité de cette affaire pour préciser quels moyens peuvent être invoqués à l'encontre d'un MAPA et lesquels ne peuvent pas l'être.

En fait, la question qui se posait était celle de savoir si le juge du référé contractuel peut annuler un MAPA pour tout manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ou si seules les violations les plus graves (listées aux articles L.551-18 à L.551-20 du code de justice administrative) peuvent fonder une telle annulation. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a affirmé que seuls les manquements mentionnés à l'article L. 551-18 du code de justice administrative peuvent emporter annulation d'un MAPA.

Une telle solution révèle que, malgré leur apparence contraignante, les règles de passation des contrats de la commande publique ne soumettent pas les grands ports maritimes à des procédures étouffantes. Nous l'avons vu, le droit de la commande publique est la garantie d'une économie de marché saine. En plus de cela, des arrêts comme celui-ci évitent que les contrats conclus par les ports puissent être attaqués de toutes parts et préservent la sécurité juridique de la place portuaire. La procédure de passation d'une concession de service étant moins stricte que la procédure de passation d'un marché public, les grands ports maritimes garderaient *a fortiori* leur liberté d'action.

En effet, si les grands ports maritimes concluent déjà des marchés publics, et connaissent donc déjà le droit de la commande publique, ils ne pratiquent pas encore le droit de la concession de service ordinaire. Pourtant, ce contrat serait un contrat sur-mesure pour les conventions de terminal.

³³ Conseil d'Etat, 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, n°343435, publié au recueil Lebon

Titre 2 – La qualification de concession de service : une qualification sur-mesure

72. Si la manière dont le monde portuaire bénéficierait d'une plus large application du droit de la commande publique a été démontrée, encore faut-il savoir manier le droit de la commande publique. Un tel maniement passe par le choix de la bonne qualification juridique à appliquer aux conventions de terminal. C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat en 2017³⁴ en soumettant une convention de terminal conclue par le Grand Port Maritime de Bordeaux à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. La loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019, dite « loi LOM », a voulu réaffirmer la qualification de convention domaniale à appliquer aux conventions de terminal. Cependant, comme cette loi a laissé une brèche à une possible requalification en contrat de concession, il convient de montrer en quoi cette qualification contractuelle est la plus adaptée aux conventions de terminal. Le marché public n'a pas vocation à couvrir les mêmes réalités contractuelles et économiques que la concession. Ses règles de passation, bien qu'irriguées par des principes communs, ne sont pas tout à fait les mêmes. Déterminer de quel contrat de la commande publique relèvent les conventions de terminal n'est donc pas une question anodine. A ce propos, nous observerons que le marché public, bien qu'utilisé par les grands ports maritimes dans certains cas, n'est pas adapté à l'exploitation de terminaux portuaires (chapitre 1). Le contrat de concession l'est (chapitre 2).

Chapitre 1 – La qualification de marché public, une qualification inadaptée à la convention de terminal

73. **Définition du marché public.** Selon l'article 4 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « *les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.* ».
74. **L'inadéquation totale du marché public classique et l'inadéquation partielle du marché de partenariat.** Si une requalification des conventions de terminal en marchés publics classiques aurait été surprenante et malaisée (section 1), le marché de partenariat, qui relève du droit dérogatoire des marchés publics, n'est pas totalement déconnecté de la réalité de l'exploitation d'un terminal portuaire (section 2).

³⁴ Conseil d'Etat, 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n°405157

Section 1 – Le marché public classique, une qualification logiquement écartée

75. **Des caractéristiques et une logique inadaptées.** L'étude des critères d'identification du marché public (I) comme l'examen de la logique d'un tel contrat (II) poussent à écarter la qualification de marché public en matière de conventions de terminal.

I. Des critères d'identification révélateurs d'une incompatibilité de la qualification de marché public classique avec l'exploitation des terminaux portuaires

76. **Critères d'identification.** L'identification d'un marché public classique se fait à travers quatre critères : le critère formel, le critère organique, le critère matériel et le critère financier. Si les trois premiers critères n'excluent pas la qualification de marché public du monde de l'exploitation des terminaux portuaires, l'étude du critère financier écarte définitivement cette qualification.
77. **Critère formel.** Du point de vue formel, le marché public est forcément un contrat. Même quand il se base sur une loi ou un règlement, le marché public ne peut pas être un acte unilatéral par lequel une personne publique obtiendrait des services ou des travaux. Une convention de terminal, conclue à l'issue d'une mise en concurrence d'opérateurs puis d'une négociation approfondie, colle avec la forme contractuelle du marché public.
78. **Critère organique.** Du point de vue organique, le marché public est conclu entre un acheteur et un opérateur économique. L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics fait entrer dans la notion d'acheteurs les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. En droit français, les établissements publics de l'Etat, dont font partie les grands ports maritimes, figurent parmi les pouvoirs adjudicateurs. L'arrêt *Höfner*, rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 1991³⁵, a défini l'opérateur économique comme toute entreprise qui exerce une activité économique, quel que soit son statut juridique et son mode de financement. Des entreprises de manutention comme la Générale de Manutention Portuaire (au Havre) ou Eurofos (à Marseille) rentrent évidemment dans cette catégorie de personnes.
79. **Critère matériel.** Du point de vue matériel, le marché public est contracté pour répondre aux besoins d'un acheteur en matière de travaux, de fournitures ou de services. Des travaux pouvant être constitués par la mise en état d'un quai et des services pouvant résider dans l'activité de manutention de conteneurs ou encore de véhicules, là encore, un tel critère ne chasse pas la convention de terminal du champ des marchés publics.

³⁵ CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/90

80. **Critère financier.** Néanmoins, l'étude du critère financier écarte toute application de la qualification de marché public aux conventions de terminal. Avant 2001, le droit français considérait qu'il y avait marché public quand l'acheteur procédait au paiement d'un prix. Par la suite, le droit de l'Union Européenne a amené la notion d'onérosité. Cette notion désigne « *la contreprestation à laquelle l'autorité publique procède* »³⁶ pour obtenir la prestation commandée. La contrepartie fournie par l'administration dans le cadre d'un marché public est en fait définie de manière opposée à celle proposée dans le cadre d'une concession³⁷. Dans le cadre d'un marché public, le paiement ou l'onérosité proposé par l'administration ne doit pas être substantiellement lié aux résultats de l'exploitation. Dans le cadre d'une convention d'exploitation de terminal, il est vrai que le grand port maritime fournit une sorte de contreprestation en mettant un terminal, dont il est propriétaire et qu'il pourrait utiliser autrement, à disposition de l'opérateur. Cependant, cette contreprestation s'analyse comme un droit d'exploitation caractéristique des contrats de concession puisque l'opérateur de terminal se rémunère sur le prix payé par les usagers du terminal. La rémunération étant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, elle ne peut être rapprochée de la rémunération intervenant dans le cadre d'un marché public.

81. **Des critères d'identification et une logique allant de paire.** L'étude des critères d'identification du marché public permet de décrypter ce contrat de manière superficielle. En comprenant la logique profonde, l'inadéquation entre convention de terminal et qualification de marché public se confirme.

II. La philosophie des marchés publics classiques, une philosophie éloignée de celle de la réforme portuaire de 2008

82. **Le marché public classique, un outil permettant à l'administration de se procurer les moyens de réaliser elle-même sa mission.** L'élimination de la qualification de marché public est d'autant plus satisfaisante qu'elle est soutenue par la logique fondamentale du marché public. Si les critères – cumulatifs – de qualification d'un contrat administratif en marché public ne sont pas remplis par la convention de terminal, nous sommes d'autant plus convaincus de l'inadéquation de cette qualification que sa philosophie est, elle aussi, inadaptée à l'exploitation d'un terminal.

En effet, René Chapus a expliqué que l'objectif des marchés publics était de « procurer aux personnes publiques les moyens d'assurer elles-mêmes l'exécution de leurs services publics ³⁸ ». Nil Symchowicz a abondé dans cette direction en ajoutant que le sens du marché public était celui « *d'une gestion en régie du*

³⁶ CJCE, 12 juillet 2001, Ordre des architectes de la province de Milan, Aff. C-399/98

³⁷ Conseil d'Etat, 15 février 1996, Préfet des Bouches du Rhône, n° 168325

³⁸ R. Chapus, DAG, t. 1, Montchrestien, 15^{ème} éd.

service, les prestations confiées à des tiers étant uniquement destinées à permettre le fonctionnement de la régie »³⁹.

La logique du marché public est donc que l'administration sollicite les acteurs privés de manière ponctuelle pour que ces derniers la dotent de moyens précis lui permettant de réaliser des missions qu'elle souhaite effectuer elle-même. La logique de la convention de terminal se situe à l'opposé, un système inverse étant décrit par la loi de 2008 portant réforme portuaire.

Bien que le marché classique ne soit pas adapté à la réalité d'un terminal portuaire, le marché de partenariat, sorte de « marché public dérogatoire », aurait, lui, peut-être pu faire l'affaire.

Section 2 – Le marché de partenariat, une qualification oubliée mais relativement pertinente

83. **Définition du marché de partenariat.** La notion de marché de partenariat est issue de mécanismes juridiques tantôt créés, tantôt réformés, parfois difficiles à cerner. L'article L1414-1 du code des collectivités territoriales dispose que le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une personne publique : « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements [...], une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement [...]. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat [...].*

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. [...]

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. [...] ».

84. **Critères d'identification du marché de partenariat.** En tout état de cause, le marché de partenariat s'appréhende avant tout à travers ses critères matériel et financier.

Du point de vue matériel, il faut distinguer ce que le titulaire du marché de partenariat se voit obligatoirement confier et ce qui lui est facultativement confié. Le marché de partenariat confie obligatoirement au titulaire du contrat la construction, la rénovation... d'ouvrages ou biens immatériels nécessaires à un service public ou à une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le financement peut être partiellement pris en charge par la

³⁹ N. Symchowicz, Droit public des affaires, Lamy, 2015, n°2698

personne publique. Cette logique rappelle la manière avec laquelle l'administration prend des parts dans l'exploitation de terminaux stratégiques tels que les terminaux méthaniers. Cependant, cette logique n'est celle que d'une minorité de terminaux. Quant aux missions facultativement confiées au titulaire du marché de partenariat, elles concernent notamment l'exploitation de l'ouvrage construit ou rénové par ce titulaire. Le marché de partenariat crée donc une situation dans laquelle le titulaire du contrat finance lui-même l'ouvrage et peut l'exploiter. Cela correspondrait à la logique d'une convention de terminal si l'aspect financier du marché de partenariat rappelait également les conventions de terminal, mais ce n'est pas le cas.

Au premier abord, la logique financière de marché de partenariat peut faire penser à la convention de terminal. En effet, le titulaire du marché de partenariat est rémunéré de manière performantielle⁴⁰. Mais l'origine de cette rémunération n'est pas l'exploitation de l'ouvrage, c'est l'administration. En effet, le marché de partenariat reste un marché public. Même si le titulaire d'un marché de partenariat peut se rémunérer grâce à des activités annexes à l'ouvrage qu'il a construit ou rénové, ces revenus font diminuer les sommes qui lui sont versées par l'administration et ces revenus ne sont pas issus de l'exploitation même de l'ouvrage. De plus, dans le cadre d'un marché de partenariat, les risques relatifs à l'exploitation des biens ou équipements pèsent sur les épaules de l'administration tandis que les risques relatifs à la construction/rénovation des biens ou équipements pèsent sur les épaules du partenaire de l'administration.

La logique financière du marché de partenariat n'épouse donc pas la logique financière de la convention de terminal. Par conséquent, après avoir écarté la qualification de marché public et après avoir observé l'inadéquation partielle du marché de partenariat, la qualification de concession de service s'impose.

Chapitre 2 – La qualification de concession de service, une qualification juridique sur mesure

85. Les réalités contractuelles s'attachant aux conventions de terminal collent avec la qualification de contrat de concession (section 1). Cette qualification n'est pas seulement un débat juridico-juridique, elle témoigne d'une philosophie également en adéquation avec le secteur portuaire (section 2).

Section 1 – L'adéquation entre les réalités contractuelles d'une convention de terminal et le contrat de concession de service

86. Une requalification des conventions de terminal en contrats de concession serait souhaitable car la logique concessive leur sied bien. De plus, une telle requalification serait dans l'ère du temps (I). En effet, cette hypothétique requalification en concession de service ordinaire n'est permise que parce qu'une

⁴⁰ Dossier *Les classes incitatives et performantielles*, ACCP n°174/2014

distinction existe désormais entre concessions de service public et concessions de service ordinaire (II).

I. La cohérence entre les conventions de terminal et les critères de qualification d'une concession

87. **La définition de la concession posée par le droit européen.** La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession constitue actuellement la fondation du droit de la concession. Cette directive a été transposée en droit français par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, accompagnée de son décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession. Le droit français définit la concession à l'article 5 de l'ordonnance de 2016 : « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.* »
88. **Les critères d'identification de la concession contenus dans la directive européenne.** Une fois n'est pas coutume, il conviendra d'étudier les critères formel (A), organique (B), matériel (C) et financier (D) nécessaires à la qualification d'un contrat en concession, ces critères étant contenus dans la définition générale et textuelle de la concession précédemment énoncée. L'étude de chacun de ces critères révèle l'adéquation entre la qualification juridique de concession de service et les réalités pratiques connues des conventions de terminal.

A. Le critère formel : la convention de terminal, un contrat écrit conclu entre un grand port maritime et un opérateur

89. **Comme la concession, la convention de terminal est un contrat écrit.** L'article L3114-1 du code de la commande publique dispose que « *le contrat de concession est conclu par écrit* ». Ce caractère obligatoirement écrit de la concession est évidemment présent depuis longtemps dans la conclusion des conventions de terminal. Les enjeux économiques et la complexité d'une telle activité ne peuvent qu'être régis par des clauses négociées puis écrites. Quand les grands ports maritimes décident de lancer l'exploitation d'un nouveau terminal et qu'ils émettent un appel à projets, cet appel à projets contient une ébauche de convention. Les grands ports maritimes insèrent dans cette ébauche les mentions obligatoires que la convention de terminal doit contenir, élaborent le squelette de la convention et y laissent des blancs dont le contenu sera négocié avec l'opérateur quand celui-ci aura été choisi.

B. Le critère organique : la convention de terminal, un contrat conclu entre des grands ports maritimes et des entrepreneurs de manutention

90. **Les grands ports maritimes, des personnes morales de droit public.** Les autorités concédantes peuvent être des pouvoirs adjudicateurs ou des autorités adjudicatrices. Le code de la commande publique, dans son article L1211-1, précise que la notion de pouvoirs adjudicateurs comprend notamment « *les personnes morales de droit public* ». Les grands ports maritimes, établissements publics de l'Etat, rentrent aisément dans cette catégorie.
91. **Les entrepreneurs de manutention, des opérateurs économiques.** En face de l'autorité concédante, on peut trouver « *un ou plusieurs opérateurs économiques* ». A ce sujet, le code de la commande publique précise qu'une candidature à une concession de service peut être portée par un groupement de concessionnaires. Le terminal TNMSC, situé dans le port du Havre (2 000 route du Port), illustre cette pratique, monnaie courante dans le secteur de la manutention portuaire. La société Terminaux de Normandie et la société Mediterranean Shipping Company (MSC) ont fondé la joint-venture TNMSC afin d'exploiter ce terminal havrais. Les groupements de candidats permettent une mise en commun des moyens financiers et techniques et donc maintiennent une forte qualité de prestations proposées par les ports. Ce terminal peut accueillir des navires porte-conteneurs de plus de 20 000 EVP.

C. Le critère matériel : la satisfaction, par un opérateur portuaire, d'un besoin de l'administration portuaire résidant dans la captation de trafics

92. **Les conventions de terminal, des conventions conclues à la suite de l'expression, par le port, d'un besoin lors d'un appel à projets.** A travers le contrat de concession, l'autorité concédante confie « *l'exécution de travaux ou la gestion d'un service* » à un ou plusieurs opérateurs. A ce sujet, l'article L3111-1 du code de la commande publique explique que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation* » et l'article L3111-2 du même code ajoute que « *les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles* ». Ces précisions rappellent irrésistiblement les appels à projets lancés par les ports à la recherche de l'opérateur qui exploitera leur nouveau terminal. L'appel à projets lancé par le port de Marseille en 2008 pour la mise en exploitation des terminaux à conteneurs Fos 3XL et Fos 4XL contenait de nombreuses caractéristiques. Il décrivait d'emblée les caractéristiques générales qu'allaient présenter les terminaux. Par exemple, pour le terminal Fos 3XL : longueur de quai de 800 mètres, superficie de terre-plein de 48 hectares, tirant d'eau entre 14,50 mètres et 16 mètres ou encore longueur utile de faisceau ferroviaire de 450 mètres. L'appel à projets fixait également des critères relatifs

aux trafics générés par le terminal : pour le terminal Fos 3XL, un objectif de 650 000 EPV par an dans un délai de trois ans à compter de la mise en service du terminal. Bien que ces critères fassent en partie l'objet d'une négociation une fois le candidat choisi, ils sont l'expression d'un besoin exprimé par le port, ce dernier cherchant un opérateur à même de satisfaire la stratégie qu'il a définie, notamment dans ses projets stratégiques.

D. Le critère financier

93. **La rémunération d'un concessionnaire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.** Dans le cadre d'un contrat de concession, le concessionnaire se paie sur les redevances versées par les usagers de l'ouvrage ou du service qu'il exploite ou sur les recettes commerciales générées par cet ouvrage ou ce service. Le mode de rémunération du titulaire d'une concession est le droit d'exploitation de ce qui lui est concédé. L'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1996⁴¹ est venu préciser la distinction entre marché public et concession quant à la rémunération du titulaire du contrat. Auparavant, la distinction entre marché public et concession était générale de ce point de vue : dans le cadre d'un marché public, le titulaire était rémunéré par l'administration et, dans le cadre d'une concession, le titulaire était rémunéré par les usagers de la concession. L'arrêt de 1996 est venu préciser cela : en fait, le titulaire d'un marché public est rémunéré à travers un prix (principe d'interdiction du paiement différé), tandis que le titulaire d'une concession voit sa rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. En pratique, le lien entre rémunération du concessionnaire et résultats de l'exploitation s'explique souvent par le fait que le concessionnaire se rémunère sur ce qu'il fait payer aux usagers de l'ouvrage ou du service qu'il exploite.
94. **Un entrepreneur de manutention se rémunère en exploitant un terminal portuaire.** Le système financier des conventions de terminal traduit une logique concessive. Les opérateurs de manutention se rémunèrent en exploitant l'activité qui leur est confiée. Ils vendent un service aux personnes dont ils chargent et déchargent les marchandises. Ils sont payés par les armateurs avec qui ils passent un contrat de manutention.
95. **Une concession de service, oui, mais une concession de service ordinaire.** Maintenant que nous avons opéré un rapprochement entre les conventions de terminal et les contrats concessifs, il convient de déterminer quelle catégorie de concession sied à ces conventions de terminal. Cette question amène une réponse sans appel : la concession de service ordinaire.

⁴¹ Conseil d'Etat, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325

II. La convention de terminal, une concession de service ordinaire

96. **La naissance de la concession de service ordinaire parmi d'autres concessions.**

Le code de la commande publique distingue les concessions de travaux des concessions de service. Le droit des contrats de concession est désormais rationalisé autour de ces deux grands types de concessions. C'est parce que l'on parle désormais de « *concession de service* » et non plus de « *concessions de service public* » que les conventions de terminal ont pu être englobées dans la catégorie des concessions. Le droit français doit cette évolution à l'influence européenne. La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession dispose que la concession de service a pour objet « *la gestion d'un service* ». La formule est volontairement générale et offre ainsi beaucoup de libertés aux parties prenantes.

D'une part, ne parler que de « *gestion* » et non « *d'exécution* » permet que le rôle du concessionnaire ne réside pas forcément dans une pure prestation de service. Ainsi, le titulaire de la concession n'exécutera pas forcément lui-même le service. On peut imaginer que la concession ne porte que sur une activité de contrôle, de supervision ou que la concession comprenne bien l'exécution du service mais que ce service puisse être délégué, sous-traité par le titulaire de la concession.

D'autre part, délaissier la notion de « *service public* » pour la notion de « *service* » entraîne une extension de la notion de concession. En réalité, une concession peut toujours porter sur un service public. La notion de concession englobe maintenant trois types de services possibles : le service public, le service d'intérêt général et le service ordinaire.

97. **Les raisons d'être de la concession de service ordinaire.** Sans cette nouvelle typologie des services, la requalification des conventions de terminal en contrats de concession ne serait pas envisageable. La qualification de service public s'appliquait à l'activité de manutention portuaire jusqu'en 2009. En 1998, Thomas Bockelee imputait, à juste titre, le manque de flexibilité des ports français aux obligations de service public pesant sur l'activité de manutention portuaire. Il affirmait : « *la force des grands ports de la mer du Nord tient pour l'essentiel à l'existence d'opérateurs privés puissants, réactifs, ayant la maîtrise des investissements de structures ainsi que de l'exploitation et de la politique commerciale ; or, ce sont précisément ces structures qui font défaut dans les ports français. Une conception trop extensive du service public, incluant les activités commerciales liées au transit, à la manutention, paraît à cet égard devoir être incriminée. [...] Cette jurisprudence laisse peu de place à la liberté contractuelle dans les rapports entre autorité portuaire et opérateur, le respect des lois du service public, des principes d'égalité, de continuité et de mutabilité, devient incontournable. Il faut à cet égard rappeler la nature mixte de l'acte de concession : les clauses déterminant la durée du contrat et les avantages, financiers notamment, consentis au concessionnaire sont de nature contractuelle tandis que celles relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public ont un caractère réglementaire. Plus spécialement, il a été jugé que le tarif d'usage des outillages concédés était de nature réglementaire. Il en résulte pratiquement que les prix ne sont pas déterminés librement par l'opérateur mais selon une*

procédure déterminée par le Code des ports maritimes. Ce cadre, rigide, limite considérablement la liberté commerciale et tarifaire de l'opérateur. Il est en tout cas peu compatible avec les exigences de souplesse et de rapidité inhérentes à un contexte fortement concurrentiel. [...] En pratique, certaines de ces rigidités peuvent être écartés en préférant le régime de l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public à celui de la concession, le Conseil d'Etat reconnaît en effet à l'autorité chargée de la gestion du domaine public une large liberté d'appréciation dans le choix du régime d'occupation domaniale, il lui appartient de fixer « tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation, que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ». On objectera cependant que cela revient à admettre que le statut de l'activité en cause dépend du régime d'autorisation domaniale. En fait, l'élimination des rigueurs du service public ne peut se faire qu'en cessant d'assimiler les opérations de chargement et de déchargement à des opérations de service public »⁴². On constate qu'à l'époque le souci des acteurs de la place portuaire n'était pas d'échapper au régime de la concession en lui-même mais d'échapper au régime du service public.

98. **Les conventions de terminal, des concessions de service ordinaire.** Puisque la manutention portuaire est un service, les conventions de terminal ne peuvent évidemment pas être qualifiées de concessions de travaux. On les rapproche alors logiquement des concessions de service. Parmi ces concessions de service, la concession de service public est elle aussi vite écartée, la manutention portuaire n'ayant plus qualité de service public. Restent deux types de concessions : la concession de service d'intérêt général et la concession de service ordinaire. Puisque la manutention portuaire répond de plus en plus à une logique de privatisation et qu'il convient de choisir une qualification qui soit, malgré tout, relativement proche de la convention domaniale, la qualification de concession de service ordinaire s'attache inéluctablement aux conventions de terminal. Le rapprochement très mécanique de la convention de terminal et de la concession de service est soutenu par une logique commune à ces deux notions.

Section 2 – La concession et la convention de terminal : des logiques profondes identiques

La logique de la concession se retrouve dans la logique de la convention de terminal : la convention de terminal est utilisée par les grands ports maritimes pour satisfaire leurs besoins (I) directs (II). Par conséquent, privilégier la qualification concessive redonnant un pouvoir d'initiative économique à ces ports (III).

⁴² T. Bockelee, « Les ports autonomes face à la construction européenne », DMF n°582, 1^{er} mai 1998

I. La concession, instrument de satisfaction des besoins de l'autorité concédante

99. **En exploitant un terminal, l'opérateur de manutention satisfait un besoin que le port a exprimé avant la conclusion de la convention de terminal.** Par le biais du contrat de concession, le concessionnaire se voit confier la gestion d'un service ou l'exécution de travaux. Ce contrat permet de répondre à un besoin de l'autorité concédante. A ce sujet, le code de la commande publique dispose que l'administration, qui entend conclure un contrat de concession avec un opérateur, a l'obligation de préciser explicitement ses besoins préalablement à la procédure de dévolution concurrentielle. Le fait que chaque grand port maritime définisse et vote des orientations stratégiques à travers ses organes de gouvernance et qu'il formule des appels à projets par la suite montre que ces besoins sont explicités à plusieurs reprises. La mise en œuvre et l'exploitation de terminaux, par des entrepreneurs de manutention, répondent à ces besoins.

II. Les besoins des grands ports maritimes : besoins directs ou indirects ?

100. **L'opérateur de terminal satisfait des besoins directs de l'administration.** La question de la satisfaction des besoins des grands ports maritimes fait débat. Certains déclarent que les besoins satisfaits par l'exploitation d'un terminal ne sont pas les besoins du grand port maritime mais les besoins des armateurs et des chargeurs (donc les besoins des usagers du service, et non de l'administration). Cependant, comme l'a souligné le Professeur Laurent Richer, « *tant que n'a pas été inventée une procédure pour faire élire le concessionnaire par la collectivité des usagers, c'est encore la collectivité publique compétente qui est la mieux placée pour connaître les besoins et déterminer les moyens d'y satisfaire ; l'intérêt des usagers devient le sien et, par le fait, elle trouve un "intérêt économique direct" à l'exécution du contrat* »⁴³.
Le Professeur Laurent Richer, à propos des concessions, annihile également l'idée selon laquelle, dans beaucoup de situations, il n'y aurait pas lieu de qualifier le contrat de concession car l'autorité prétendument concédante n'y aurait qu'un intérêt indirect. Le professeur explique : « *On pourrait opposer que l'intérêt n'est pas direct quand sa satisfaction passe par celle des usagers, mais tel n'est pas le cas dès lors que si le concessionnaire n'intervenait pas, il faudrait que ce soit la collectivité publique* ». En effet, si un grand port maritime a besoin d'un nouveau terminal pour participer à la croissance du trafic de conteneurs et rester compétitif, il devra exploiter lui-même ce terminal si aucun opérateur économique ne se porte candidat à l'appel à projets. Reste que la loi de 2008 portant réforme portuaire a imposé aux grands ports maritimes de confier (le plus possible) l'exploitation des terminaux à des opérateurs distincts de l'administration. Un grand port maritime ne peut donc pas intervenir de lui-même en principe, cette impossibilité confirmant encore l'idée de *besoin* du grand port maritime.

⁴³ L. Richer, « La concession dans la commande publique », BJCP 2015. 403

III. Une distanciation entre concessions et autorisations domaniales au service du pouvoir d'initiative des grands ports maritimes

101. **Le passage de la qualification de convention domaniale à la qualification de concession donnerait d'avoir de pouvoir d'initiative économique aux grands ports maritimes.** Une fois la démonstration faite que la conclusion de conventions de terminal a pour rôle de satisfaire un besoin du grand port maritime, le classement des conventions de terminal au sein de la commande publique est justifié. On distingue alors parfaitement les conventions de terminal, conclues à l'initiative des grands ports maritimes, des autorisations d'occupation domaniales, normalement conclues à l'initiative des occupants du domaine public. Le transfert des conventions de terminal de la catégorie des conventions d'occupation domaniale à la catégorie des contrats de concession et la meilleure distinction entre ces deux catégories renforceraient le pouvoir d'initiative des grands ports maritimes. En effet, la nouvelle qualification juridique des conventions de terminal remettrait au centre du processus de négociation l'initiative du port, l'impulsion de l'administration. Or, aucune personne n'est mieux placée que l'administration portuaire pour définir (et chercher à satisfaire) les besoins d'un port. Il est donc important de renforcer le rôle d'animateur du grand port maritime. Le grand port maritime, en tant qu'établissement public de l'Etat, cherche à satisfaire les besoins des usagers du port (armateurs et ayant-droit à la marchandise) mais aussi, par extension, les besoins de la population française, dont l'activité commerciale et la consommation quotidienne est permise par les armateurs et les ayant-droit aux marchandises. Loin de placer l'administration dans un rôle très étatiste, très interventionniste, il faut plutôt y voir un rôle d'animateur économique, la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire ayant de toutes manières circonscrit l'activité des grands ports maritimes à un rôle de ports propriétaires.

SECONDE PARTIE : LE DROIT DES TERMINAUX PORTUAIRES EN FRANCE, UNE MATIERE EN MAL DE SIMPLIFICATION

102. **Malgré l'intervention du législateur en 2019, le régime de la convention de terminal peut toujours faire l'objet d'améliorations.** Avec la loi d'orientation des mobilités, entrée en vigueur en 2019⁴⁴, le législateur a tenté de mettre un terme aux incertitudes liées à la qualification des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes. Malheureusement, la maladresse de cette loi n'a fait que créer de nouvelles incertitudes (titre 1). Face à cette situation, il serait bon d'observer le fonctionnement des ports maritimes décentralisés. Le régime mis en œuvre par ces ports pourrait inspirer une grande réforme du droit portuaire français, réforme touchant principalement les grands ports maritimes (titre 2).

⁴⁴ Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités

Titre 1 – Le retour de la qualification de convention domaniale avec la loi d’orientation des mobilités (2019), une manœuvre maladroite et source de nouvelles incertitudes

103. **Texte brut.** La loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d’orientation des mobilités, dite LOM, a enrichi le droit français de dispositions très variées en matière de transport. Parmi ces dispositions, ses articles 131 et 132 ont eu des apports fondamentaux quant à la qualification juridique des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes.

L’article 131 de la LOM est rédigé comme suit.

*« I.-La cinquième partie du code des transports est ainsi modifiée :
1° La section 3 du chapitre II du titre Ier du livre III est complétée par un article L. 5312-14-1 ainsi rédigé :*

*« Art. L. 5312-14-1.-I.-Pour la mise en œuvre de leurs missions prévues à l'article L. 5312-2, les grands ports maritimes concluent des conventions de terminal, qui sont des conventions d'occupation du domaine public relevant, sous réserve des dispositions du présent article, du titre II du livre Ier de la deuxième partie du code général de la propriété des personnes publiques.
« Ces conventions peuvent prévoir que le montant de la redevance due comporte une part dégressive en fonction du trafic ou de la performance environnementale générée par l'opérateur concerné, notamment lorsqu'il contribue au report modal.
« Sans préjudice de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 2122-6 du même code, les conventions peuvent également prévoir qu'à leur échéance et dans des conditions qu'elles définissent, le grand port maritime indemnise les cocontractants pour les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés pour l'exercice de l'activité autorisée par les conventions et acquiert certains biens meubles corporels et incorporels liés à cette activité, afin de pouvoir les mettre à disposition ou les céder à d'autres cocontractants ou, le cas échéant, les utiliser dans les conditions prévues à l'article L. 5312-4 du présent code.*

« II.-Toutefois, lorsque le contrat a pour objet de répondre aux besoins spécifiques exprimés par le grand port maritime, celui-ci conclut des contrats de concession auxquels est applicable la troisième partie du code de la commande publique, à l'exception de l'article L. 3114-6 et de la section 1 du chapitre Ier du titre III du livre Ier de la même troisième partie. Le contrat peut prévoir des clauses de report modal.

« III.-Le titulaire de la convention de terminal ou de la concession a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il a financés par un droit d'entrée en

contrepartie de l'indemnisation mentionnée au dernier alinéa du I du présent article ou de l'indemnisation versée au précédent concessionnaire. » ;

2° A la deuxième phrase de l'article L. 5312-18, après le mot : « définissent », il est inséré le mot : « notamment » ;

3° Après le 5° de l'article L. 5713-1-1, il est inséré un 5° bis ainsi rédigé : « 5° bis Au dernier alinéa du I de l'article L. 5312-14-1, les mots : “ dans les conditions prévues à l'article L. 5312-4 ” sont remplacés par les mots : “ conformément au 9° de l'article L. 5312-2 ” ; »

4° L'article L. 5312-11 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le grand port maritime présente à la commission des investissements ses orientations prises pour l'application des I et II de l'article L. 5312-14-1 au minimum tous les cinq ans et, en tout état de cause, lors de la présentation du projet stratégique ainsi que, le cas échéant, des projets d'investissements publics d'infrastructures d'intérêt général à réaliser sur le domaine portuaire. »

II.-Le 2° du I de l'article 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire est ainsi modifié :

1° La troisième phrase est complétée par les mots : « conformément aux dispositions de l'article L. 5312-14-1 du code des transports » ;

2° La dernière phrase est supprimée. »

L'article 132 de la LOM est rédigé comme suit.

« La cinquième partie du code des transports est ainsi modifiée :
1° Le chapitre Ier du titre Ier du livre III est complété par un article L. 5311-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 5311-3.-Par dérogation aux dispositions de l'article L. 2122-8 du code général de la propriété des personnes publiques, les droits réels non hypothéqués ainsi que les ouvrages, constructions et installations, libres de tout droit, édifiés par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public au sein de la circonscription d'un grand port maritime peuvent être utilisés à titre de garantie pour financer l'acquisition, la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur une autre dépendance domaniale dudit grand port maritime sous réserve de l'accord préalable de ce dernier. « Ces dispositions s'appliquent sur le domaine public de l'Etat compris dans les limites administratives des ports mentionnés aux articles L. 2122-17 et L. 2122-18 du même code qui relèvent de la compétence des collectivités territoriales ou de groupements de collectivités territoriales, mis à disposition de ces collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales ou ayant fait l'objet, à leur profit, d'un transfert de gestion. Par dérogation à l'article L. 1311-6-1 du code général des collectivités territoriales, ces dispositions sont également applicables dans les limites administratives des ports maritimes implantés sur le domaine public propre des collectivités territoriales ou de leurs groupements. » ;

2° Le chapitre III du titre V du livre VII est complété par un article L. 5753-4 ainsi rédigé :

« Art. L. 5753-4.-L'article L. 5311-3 s'applique aux autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels consenties dans les limites administratives des ports maritimes relevant de l'Etat à Saint-Pierre-et-Miquelon.
» »

104. **Une loi maladroite aux bienfaits secondaires.** La lecture de ces articles révèle la nette intention du législateur de redonner aux conventions de terminal leur qualification de convention domaniale. Cette réaffirmation de la qualification historique des conventions de terminal est réalisée de manière maladroite. L'alternative entre convention domaniale et concession, proposée par la loi, ne fournit pas les clés de sa bonne mise en œuvre (chapitre 1). Malgré tout, la LOM a rendu le droit portuaire plus malléable, à bon escient (chapitre 2).

Chapitre 1 – Une tentative échouée de retour à la qualification de convention d'occupation domaniale

105. **Une loi voulant privilégier la convention domaniale mais qui pourrait laisser le champ libre à la concession.** Selon le législateur, quand la convention de terminal conclue par un grand port maritime participe à la mise en œuvre des missions de ce port, cette convention est une convention domaniale. Toujours selon le législateur, quand une telle convention répond à un besoin spécifique exprimé par le grand port maritime, il s'agit d'une concession. En posant ce principe et cette exception, le législateur a souhaité faire primer la qualification de convention domaniale (section 1). L'imprécision de la loi pourrait cependant aboutir au résultat inverse (section 2).

Section 1 - L'intention : une qualification alternative plaçant la convention domaniale au premier plan

106. **La part belle donnée à la convention domaniale.** Afin de rassurer les acteurs portuaires effrayés par la concession, le législateur a orchestré le retour, sur le devant de la scène, de la qualification de convention domaniale. Une alternative entre les deux qualifications est créée, cette alternative est sensée donner la part belle à la convention domaniale.
107. **Alternative entre convention domaniale et concession.** Le législateur a profité de cette loi d'orientation des mobilités pour faire le choix d'une qualification alternative. Dans ce texte, le législateur affirme que les grands ports maritimes

concluent deux types de contrat. D'un côté, les grands ports maritimes concluent « *des conventions de terminal qui sont des conventions d'occupation du domaine public* » régies par le code général de la propriété des personnes publiques. De l'autre côté, les grands ports maritimes concluent « *des contrats de concession* » régis par le code de la commande publique quand « *le contrat a pour objet de répondre aux besoins spécifiques exprimés par le grand port maritime* ». L'intention du législateur semble limpide : il existe une alternative entre convention d'occupation domaniale et contrat de concession à l'échelle du droit portuaire mais, en matière de conventions de terminal, la qualification juridique à l'œuvre est la convention d'occupation domaniale.

108. **La convention d'occupation domaniale, le principe. Le contrat de concession, l'exception.** En abordant d'abord le thème de la convention d'occupation domaniale et en plaçant la concession de service au second plan, la priorité est donnée à la qualification de convention d'occupation domaniale. L'utilisation de l'adverbe « toutefois », pour aborder les hypothèses d'utilisation du contrat de concession, insiste sur le caractère exceptionnel du recours au contrat de concession, par opposition au recours à la convention d'occupation domaniale, que le législateur entend ériger au rang de principe.
109. **L'alternative privilégiant la convention domaniale, une solution anticipée afin de répondre aux inquiétudes de certains acteurs portuaires.** Ce retour de la convention d'occupation domaniale sur le devant de la scène était souhaité par une grande partie des acteurs de la place portuaire qui juge que le régime de la concession ne convient pas à l'exploitation de terminaux portuaires. Cette inquiétude avait notamment été manifestée en 2018 à travers la voix de Madame la députée Sophie Panonacle dans sa question écrite n°12952, adressée à Mme la ministre, auprès du ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, chargée des transports⁴⁵. Lors de cette question, la députée de la huitième circonscription de Gironde avait commenté la décision *Terminal du Verdon* de la manière suivante : « *cette situation crée une incertitude forte pour les industries manutentionnaires, car les concessions de services ne constituent pas un cadre juridique adapté de nature à favoriser l'investissement dans les ports* ». C'est d'ailleurs à cette occasion que le gouvernement avait annoncé le contenu de la loi d'orientation des mobilités à venir. Dans sa réponse à Mme Sophie Panonacle, Mme la ministre avait marqué le début de son propos d'une qualification sans fioriture de la convention de terminal : « *il s'agit d'une convention d'occupation du domaine public portuaire relevant du droit domanial* ». La ministre avait alors fait part de la volonté du gouvernement de faire entrer, à travers un article législatif, les conventions de terminal dans le champ du considérant 15 de la directive 2014/23/UE sur les contrats de concession. En effet, la directive européenne fondant le droit des concessions permet explicitement que les contrats conclus par les ports ne reçoivent pas la qualification de concession, à condition que « *l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des*

⁴⁵ Question écrite n°12952 du 2 octobre 2018 de Sophie Panonacle, JOAN du 2 octobre 2018

domaines [...], sans acquisition de travaux ou services spécifiques ». Le gouvernement avait décrit le projet d'article législatif de la manière suivante : « Cette disposition législative s'attache à réaffirmer la possibilité d'exploiter les terminaux portuaires dans le cadre de deux modèles de contrats :

- des conventions de terminal (qui sont des conventions domaniales), dont l'attribution et le contenu relèveraient des dispositions du code général de la propriété des personnes publiques. La procédure de sélection introduite par l'ordonnance de 2017 leur serait pleinement applicable. Cette convention s'inscrit dans le considérant 15 de la directive.

- des concessions, lorsque la réalisation et l'exploitation du terminal répond à des besoins spécifiques exprimés du port, ayant vocation à être conclues dans l'esprit de la directive 2014/23 précitée et adaptées sur certains points aux spécificités du secteur portuaire ».

110. **L'écart entre l'intention et le résultat.** Au premier abord, cette alternative ne semble pas porter en elle de complexité particulière. Pourtant, à cause d'imprécisions fondamentales et rédactionnelles, le législateur pourrait être dépassé par la pratique.

Section 2 - Le résultat : le champ libre – mais flou – laissé au contrat de concession

111. **Des problèmes de fond et de forme.** Les défauts de la LOM peuvent être classés en deux catégories : les défauts de fond, liés notamment à une mauvaise délimitation du champ de chaque qualification possible (I), et les défauts de forme, liés à une rédaction législative peu claire (II).

I. Un flou créé par une articulation incertaine entre conventions domaniales et concessions

112. La difficulté à comprendre ce que donnera, en pratique, l'articulation entre concessions et conventions domaniales proposée par le législateur trouve sa cause dans trois facteurs : l'inadéquation entre la LOM et le texte européen sur laquelle elle se fonde (A), la délicate invitation du législateur aux acteurs portuaires à remanier les conventions de terminal (B) et la possibilité pour le juge administratif de défaire ce travail ultérieurement (C).

A. La faible marge de manœuvre laissée au législateur par un droit européen étroit

113. **Le décalage entre l'objet des conventions de terminal et l'exception européenne sur laquelle se fonde la LOM.** Pour que les conventions de terminal continuent de recevoir, autant que faire se peut, la qualification de conventions d'occupation domaniale, le rédacteur de la LOM s'est appuyé sur le considérant

15 de la directive 2014/23/UE. Or, si ce considérant vise à faire échapper à la qualification de concession des contrats conclus notamment par les ports, il vise expressément les contrats n'emportant pas l'acquisition de services. Or, la majeure partie des conventions de terminal entraînent l'acquisition de service. D'abord, la manutention portuaire est, par nature, un service. De plus, le fait, pour les grands ports maritimes, de confier une telle activité à des opérateurs (selon les termes de la réforme portuaire de 2008), illustre cette logique d'acquisition. *A fortiori*, la directive 2014/23/UE parle de l'acquisition de services spécifiques. On imagine mal quel service pourrait être plus spécifique que la manutention en matière portuaire. Cette activité est la plus caractéristique du milieu portuaire et du domaine d'activité des grands ports maritimes. On constate donc un décalage entre le texte européen sur lequel s'appuie le législateur et les contrats auxquels ce texte est destiné.

Le Professeur Lucien Rapp avait mis en évidence cette difficulté avant même la promulgation de la LOM⁴⁶. Dès le premier trimestre de 2019, dans le projet de loi d'orientation des mobilités, la distinction entre les conventions de terminal comportant une prestation de service destinée à satisfaire des besoins exprimés par le grand port maritime et les autres conventions de terminal avait été élaborée. Le Professeur de l'Université Toulouse-Capitole avait commenté cette distinction comme suit : « *la difficulté vient toutefois de ce que la mission des grands ports maritimes inclut la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes (code des transports, article L.5312-2) et qu'il est difficile de ne pas considérer qu'à défaut d'avoir pour objet de confier à l'opérateur retenu, l'exécution même de cette mission, la convention de terminal en produit l'effet ; cela, d'autant plus que l'article L.5312-4 du code des transports impose la gestion déléguée aux grands ports maritimes* ».

La LOM entend donc donner aux conventions de terminal, qui impliquent presque toujours l'acquisition de services, la qualification de convention domaniale en se fondant sur un texte qui permet aux contrats ne comportant pas l'acquisition de service d'échapper à la qualification de concession. Cependant, pour remédier à cette potentielle dérive, le législateur compte sur la coopération des uns et des autres.

Cette difficulté prise en compte, on ne saurait prédire à la LOM une pleine efficacité. Bien que cette loi soit conforme au droit européen et en adéquation avec le code des transports d'un point de vue purement légal, il semble que son application puisse la mener ailleurs que là où elle voulait aller. C'est pour remédier à cette possible fausse route que le législateur a fait preuve de pédagogie envers les acteurs de la place portuaire.

B. La pédagogie du législateur comme remède face à l'étroitesse du droit européen

114. **L'acquisition de service en échange d'un droit d'exploitation, le critère emportant normalement qualification de concession.** Si la LOM semble avoir le pouvoir de mener à un résultat qu'elle souhaitait éviter, c'est parce que le législateur s'est trouvé pieds et mains liés sur le plan purement textuel. Une concession implique l'acquisition de services ou de travaux en échange d'un droit

⁴⁶ L. Rapp, « Conventions de terminal et concessions de service », AJDA n°18/219 du 20 mai 2019, p. 1017

d'exploitation, pour répondre aux besoins d'une administration. Une convention d'occupation domaniale consiste, pour l'administration, à autoriser un opérateur à exercer une activité privée sur le domaine public, sans que cela ne satisfasse des besoins de l'administration mais dans le respect des règles de la domanialité publique. Le droit européen, au-dessus de cela, contraint les contrats impliquant une acquisition de services ou de travaux en échange d'un droit d'exploitation à recevoir la qualification de concession. Ces trois éléments pris en compte, les conventions de terminal, telles qu'elles ont été rédigées jusqu'à maintenant, tombent dans le champ de la concession de service.

115. **L'incitation à vider les conventions de terminal de leurs clauses emportant acquisition de service.** Conscient de cela, le législateur a fait preuve de pédagogie. Si ce dernier a peu de place pour manœuvrer, les acteurs portuaires, eux, en ont davantage. Le fait, pour le législateur, de fonder son alternative sur le considérant 15 de la directive européenne portant sur les contrats n'impliquant pas d'acquisition de service ou de travaux est une manière d'exhorter les acteurs portuaires à modifier la rédaction de leurs conventions de terminal pour que les conventions de terminal soient vidées de cette acquisition de services et de travaux. Puisque les conventions d'occupation domaniale ont pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité privée par un opérateur sur le domaine public, à l'initiative de cet opérateur, sans intérêt direct pour l'administration mais dans le respect des règles de la domanialité publique, l'idée sera désormais de supprimer les obligations pesant sur l'opérateur en matière de politique commerciale, de services et de travaux, afin que les seules obligations pesant sur l'opérateur soient des obligations relatives au respect du domaine public portuaire. Ainsi, en épurant adroitement les clauses des nouvelles conventions de terminal, les acteurs portuaires pourront espérer échapper à la qualification de contrat de concession de service. Maître De Sevin a habilement résumé la gymnastique à laquelle devront s'adonner les parties aux conventions de terminal si elles veulent voir leur contrat garder la qualification de convention d'occupation domaniale : « *les parties devront être particulièrement vigilantes lors de la rédaction des clauses encadrant l'activité du titulaire, qui ne devront traduire que le souci du GPM de s'assurer que l'exploitation du terminal reste compatible avec le service public portuaire et, plus généralement, avec l'intérêt général dont il a la charge* »⁴⁷. En effet, dans une convention d'occupation domaniale, la personne publique n'ayant pas commandé de services ou de travaux, les seules obligations imposées par cette dernière à l'occupant de son domaine sont des obligations relatives à l'occupation stricte du domaine : respect des principes de la domanialité publique, activité compatible avec l'affectation du domaine, etc.
116. **Un désaccord potentiel entre le législateur et le juge administratif.** En somme, ce n'est pas la qualification qui doit refléter la convention de terminal, mais la convention de terminal qui doit refléter la loi. Pour que le choix du législateur s'avère être le bon, les acteurs portuaires sont invités à se plier à ce choix en enlevant des conventions les clauses relevant d'une logique concessive, quitte à ne pas régir, sur le plan contractuel, un aspect fondamental de la relation port-

⁴⁷ B. De Sevin, « *Contrats d'exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la loi d'orientation des mobilités (LOM)* », DMF n°821, 1^{er} février 2020

opérateur. Reste à savoir si le juge administratif s'interposera entre le législateur et la place portuaire.

C. La jurisprudence à venir du juge administratif, arbitrage craint et attendu

117. **Les armes du juge face au législateur.** Malgré l'intervention du législateur, le sort des conventions de terminal demeure incertain. Cette incertitude a même augmenté avec l'intervention du législateur. D'un côté, les conventions de terminal pourraient revenir dans le champ des conventions d'occupation domaniale, du fait de la volonté affichée du législateur et de l'habileté – espérée ou attendue – des acteurs portuaires. De l'autre côté, la LOM n'a pas pris parti de manière ferme, s'est fondée sur un texte qui ne la soutient pas de manière absolue et contient d'autres faiblesses. Du fait des faiblesses de la LOM, le juge national pourrait ne pas être lié par l'intention du législateur et pourrait réitérer la qualification de concession de service. Plusieurs raisons permettent de penser que les juges du Palais-Royal pourraient maintenir leur position : le juge administratif pourrait ne pas se plier au ton incitatif du législateur (1°), la qualification de convention domaniale constitue, historiquement, une qualification par défaut pour les conventions de terminal (2°) et la place portuaire ressent le besoin de s'accrocher à une qualification unique et définitive, ce que n'a pas proposé le législateur avec la LOM (3°).

1°) La capacité du juge à formuler à nouveau la qualification de concession

118. **La capacité du juge administratif à requalifier en concession les anciennes conventions de terminal comme les nouvelles.** Il est trop tard pour vider de leurs clauses concessives les conventions de terminal conclues avant la LOM. Quant aux conventions de terminal conclues après la LOM, elles ne seront pas nécessairement épargnées par le Conseil d'Etat.
119. **Le raisonnement utilisé par le Conseil d'Etat en 2017 plane toujours sur les conventions conclues avant la LOM.** La première raison est que les dispositions que le législateur a insérées dans le code des transports n'annulent pas la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Dans l'arrêt *Terminal du Verdon*, le plus haut juge administratif français a conclu que la notion de « *besoins spécifiques* » de l'administration était remplie lors de la mise en perspective du contenu du contrat avec les missions des grands ports maritimes. Or, s'il appartient aux acteurs portuaires de rédiger les nouvelles conventions de terminal à la façon d'une convention d'occupation domaniale, les conventions de terminal conclues jusqu'à aujourd'hui, elles, peuvent à nouveau être requalifiées en concession par le Conseil d'Etat. Le raisonnement ayant fondé la décision *Terminal du Verdon* n'a pas été renversé par la LOM. La LOM, faute de le remplacer, n'a fait que s'y accoler.
120. **Dans son avis sur la LOM, le Conseil d'Etat n'a pas entendu changer de raisonnement au sujet des prochaines conventions de terminal.** L'ombre de la qualification de concession plane également sur les conventions de terminal futures. En effet, certains ont cru voir, dans l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur

la LOM⁴⁸, un fléchissement. Dans cet avis, le Conseil a reconnu que les grands ports maritimes pouvaient conclure des conventions portant uniquement sur l'exploitation d'un terminal, sans que cette convention soit qualifiée de concession. Or, loin de constituer un rapprochement de juge administratif vers le législateur, cet avis pose au contraire une nouvelle fois les bases de la qualification de concession. D'une part, cet avis réitère l'idée selon laquelle la qualification de convention d'occupation domaniale prévaut quand la convention n'implique pas « *l'acquisition de travaux ou de services spécifiques destinés à répondre à des besoins du grand port* », condition que ne remplit pas selon moi une convention de terminal. D'autre part, cet avis a été rendu en matière de réalisation, d'exploitation et d'entretien des accès maritimes, c'est-à-dire en matière d'écluses, de chenaux et de digues, et non de terminaux.

Si le juge administratif choisissait de jouer contre le législateur, sa jurisprudence ne serait pas illégitime. En effet, l'application de la qualification de convention domaniale aux conventions de terminal est, d'un certain point de vue, une qualification par défaut.

2°) La qualification de convention d'occupation domaniale, une qualification par défaut

121. **L'intégration au sein de la commande publique de contrats n'emportant pas exécution d'un service public : la création d'une catégorie contractuelle ayant vocation à aspirer les conventions de terminal.** La deuxième raison réside dans l'histoire même de la convention de terminal. Certes, les conventions de terminal ont été pensées et pratiquées comme des conventions d'occupation domaniale. Cependant, cette qualification a toujours été une qualification par défaut. C'est parce que, pendant longtemps, les contrats de la commande publique impliquaient forcément la participation du cocontractant à un service public que les conventions domaniales ne pouvaient faire partie de la commande publique (l'activité de manutention ayant perdu la qualité de service public dans les années 2000). Lorsque la directive 2014/23/UE sur les contrats de concession est entrée en vigueur, le droit des concessions a intégré une nouvelle typologie, fondée sur trois catégories de concessions : la concession de service public, la concession de service d'intérêt général et la concession de service ordinaire. Maintenant que la qualification de concession de service ordinaire existe, les conventions de terminal ont vocation à y être assujetties. Comme l'a souligné Maître De Sevin, « *pour caractériser une concession de services, il n'est pas nécessaire d'identifier un service public et donc de démontrer un degré d'implication fort de la personne publique : il suffit essentiellement de constater qu'un contrat conférant le droit d'exploiter un simple service à un opérateur répond à un besoin de la personne publique, ce qui est moins exigeant* »⁴⁹. La convention de terminal a d'autant plus vocation à intégrer la catégorie des concessions qu'elle comporte une certaine implication de la personne publique. En effet, la convention de terminal est négociée à la suite d'un appel d'offres émis par le grand port maritime et elle n'est conclue que dans la mesure où elle se greffe à une politique stratégique et commerciale définie par le grand port

⁴⁸ Avis du CE n°395539 du 15 novembre 2018

⁴⁹ B. De Sevin, « *Contrats d'exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la loi d'orientation des mobilités (LOM)* », DMF n°821, 1^{er} février 2020

maritime lui-même. De plus, elle contient des objectifs de trafics négociés avec l'administration portuaire et pouvant être sanctionnés par cette dernière.

Le droit de la commande publique, qui n'implique plus nécessairement l'existence d'un service public, a donc vocation à englober bon nombre de conventions domaniales, y compris les conventions de terminal. En définitive, ce qui manque à la place portuaire, c'est une qualification certaine sur laquelle les acteurs pourront s'appuyer sans craindre un nouveau revirement.

3°) Le besoin d'une qualification certaine, quelle qu'elle soit

122. **Une crainte de la place portuaire moins fondée sur la qualification de concession que sur l'incertitude créée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.** La nature de l'inquiétude récente des acteurs portuaires vient étayer cette idée. Il est vrai que la crainte de la place portuaire est notamment motivée par le manque de flexibilité du régime de la concession, qui fait craindre un raidissement du marché de la manutention et donc une difficulté pour la France à accueillir des investissements. Pourtant, non seulement cette crainte est fondée sur une méconnaissance partielle du régime de la concession de service ordinaire – cette concession, jeune donc moins connue, implique un contrôle de l'administration sur le cocontractant moins fort que dans le cadre d'une concession de service public – mais en plus, elle ne trouve pas uniquement sa source dans la qualification de concession, mais aussi dans la situation même d'incertitude créée par l'arrêt *Terminal du Verdon*. La décision du Conseil d'Etat n'a pas été précédée d'une concertation ou de travaux préparatoires comme peut l'être une loi et a donc créé une certaine surprise au sein de la place portuaire. Le législateur se devait d'intervenir, pas nécessairement pour imposer telle ou telle qualification, mais au moins pour mettre fin à une situation bancale et incertaine. En cela, il a échoué.
123. **La LOM, une loi mal rédigée, tant sur le fond que sur la forme.** A ces incertitudes fondamentales s'ajoutent des incertitudes nées de maladresses rédactionnelles.

II. Un flou créé par des maladresses rédactionnelles

124. **Une profonde fragilité législative révélée par des défauts formels.** L'incertitude créée par la LOM tient, comme nous l'avons décrit, des solutions amenées par cette loi mais tient également à la manière dont ces solutions ont été proposées. Si la loi de 2019 n'éclaircit pas la matière portuaire autant qu'elle l'aurait voulu, cela ne tient pas qu'à son propos même mais aussi à des maladresses rédactionnelles. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que si la forme laisse perplexe, c'est qu'elle traduit, au fond, un manque d'assurance. Comme l'a souligné en son temps Victor Hugo : « *la forme, c'est le fond qui remonte à la surface* »⁵⁰. Cette surface présente trois imperfections majeures : la LOM reprend la dualité concession-convention domaniale au lieu de trancher le débat (A), le législateur présente la convention de terminal comme étant l'unique outil de mise en œuvre des missions des GPM alors que bien d'autres contrats sont conclus par ces ports (B) et les matières dans lesquelles la concession peut être utilisées ne sont pas définies (C).

⁵⁰ Victor Hugo, *Proses philosophiques* (1901-1937), Utilité du beau

A. L'insertion, dans la norme législative, de la dualité concession-convention domaniale

125. **Une incertitude opposant initialement le juge au législateur.** Lorsque le Conseil d'Etat a rendu sa décision *Terminal du Verdon* en 2017, cela a instauré un débat entre la loi et la jurisprudence administrative. Alors que la loi de 2008 portant réforme portuaire avait consacré, au niveau législatif, la convention de terminal en tant que convention d'occupation domaniale, le plus haut juge du droit public a posé sur la table la possibilité de requalifier toutes les conventions de terminal de contrats de concession de service. A partir du 14 février 2017, et jusqu'à l'adoption de la LOM en décembre 2019, le débat avait donc lieu entre la loi et la jurisprudence. La loi étant évidemment supérieure à la jurisprudence, le législateur aurait pu intervenir en amenant une affirmation claire et nette afin de trancher en faveur d'une des deux qualifications. Ce n'est pourtant pas ce qu'a fait le parlement français.
126. **La consécration de l'incertitude au niveau législatif.** Au lieu de prendre parti pour la convention d'occupation domaniale ou pour la concession, le législateur a opté pour une alternative. Or, en mettant en œuvre une configuration binaire de la qualification des conventions de terminal, le législateur n'a pas clos le débat. Il n'a fait que le déplacer. En insérant, au sein même des textes législatifs, la possibilité de qualifier des conventions de terminal de concession, tout en maintenant le principe de la qualification de convention d'occupation domaniale, c'est simplement le cadre de l'incertitude que le législateur a modifié. Avant, l'expression de « *concession* » n'était pas présente dans les textes relatifs aux conventions de terminal. Maintenant, elle l'est. Faute de mettre fin à une incertitude qui trouvait sa source dans la jurisprudence, le législateur a consacré cette incertitude à l'échelle législative.

B. La mauvaise définition du champ d'application des conventions de terminal

127. **La relation entre « conventions de terminal » et « missions prévues à l'article L. 5312-2 », un lien confus.** L'article 131 de la loi d'orientation des mobilités dispose que « *pour la mise en œuvre de leurs missions prévues à l'article L. 5312-2, les grands ports maritimes concluent des conventions de terminal* ». L'article L.5312-2 du code des transports dresse la liste des missions confiées aux grands ports maritimes : la réalisation, l'entretien et l'exploitation des accès maritimes ; la police, la sûreté et la sécurité ; la gestion et la valorisation du domaine ; la gestion et la préservation du domaine public ; la construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire ; la promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales ; l'aménagement des zones industrielles et logistiques ; les actions concourant à la promotion générale du port. Or, on comprend vite que la promotion générale du port - tout comme la mission de police, de sécurité et de sûreté et d'autres missions - s'effectue sans conclure de conventions de terminal. Ces missions entraînent la conclusion de marchés publics, de contrats publics situés en dehors de la commande publique, de contrats privés et sont parfois mises en œuvre sans qu'un contrat soit conclu. La juxtaposition de la large notion de « missions prévues à l'article L.5312-2 du code des transports » et de la notion

de « conventions de terminal » est malaisée. Il aurait été plus sûr d'écrire que « *pour l'exploitation des terminaux portuaires, les grands ports maritimes concluent des conventions de terminal* ».

128. **Cette confusion dessert l'objectif de clarté affiché par le législateur.** Certes, le lecteur averti sait que la LOM vise ici les contrats conclus entre les grands ports maritimes et les opérateurs dans le but d'exploiter des terminaux portuaires. De plus, l'intention du législateur a été largement exprimée et commentée. Cependant, la loi doit se doter d'une certaine rigueur, le choix d'une formule pouvant avoir des conséquences jurisprudentielles importantes. Cette maladresse est d'autant plus mal venue quand on connaît la portée pédagogique qu'a voulu donner le législateur à cette loi. « *Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde* », comme le veut la célèbre formule d'Albert Camus⁵¹.

C. Le mauvaise définition du champ d'application des contrats de concession

129. **Selon la LOM, la qualification de convention domaniale s'applique aux « conventions de terminal », tandis que la qualification de concession s'applique à des... « contrats ».** Dans son I, l'article 131 de la LOM dispose que « *les grands ports maritimes concluent des conventions de terminal, qui sont des conventions d'occupation du domaine public* ». Le législateur fait donc la différence entre l'appellation usuelle donnée à un contrat – la « *convention de terminal* » - et la qualification juridique s'appliquant à ce contrat – à savoir la « *convention d'occupation du domaine public* ».

Dans son II, ce même article dispose : « *Toutefois, lorsque le contrat a pour objet de répondre aux besoins spécifiques exprimés par le grand port maritime, celui-ci conclut des contrats de concession* ». Ici, la distinction entre appellation usuelle et qualification juridique est abandonnée. La qualification juridique de concession est abordée mais celle-ci ne s'applique qu'à un « *contrat* ». On pourrait imaginer qu'un tel contrat puisse être conclu dans un objectif autre que « *la mise en œuvre des missions prévues à l'article L.5312-2 du code des transports* ». En se fondant sur le II de la LOM, les grands ports maritimes pourraient utiliser l'outil concessif dans d'autres domaines que l'exploitation de terminaux, alors même que la LOM a vocation à limiter son usage.

Le champ d'application de la concession se trouve être victime d'imprécision. Cette imprécision est d'autant plus étrange que le but de la loi d'orientation des mobilités était de circonscrire le périmètre de la concession en matière portuaire afin que cette concession ne gagne trop de terrain. Il est donc étonnant que le législateur n'ait pas choisi une formule plus claire et plus stricte afin de limiter les risques de propagation d'une telle qualification juridique.

En somme, la loi d'orientation des mobilités précise que les conventions de terminal doivent être qualifiées de conventions d'occupation du domaine public et que la qualification de concession ne doit être utilisée que quand le cocontractant du port répond à un besoin spécifique exprimé par le port. Cependant, comme les matières auxquelles la qualification de concession peut s'appliquer ne sont pas précisées, cette qualification pourrait gagner du terrain ou être mal maîtrisée.

⁵¹ Albert Camus, *Sur une philosophie de l'expression* (1943)

130. **Les défauts majeurs de la LOM ne doivent pas nous faire oublier les avancées pertinentes élaborées par cette LOM en matière de domanialité portuaire.** Bien que la LOM crée au fond des incertitudes et présente en surface des maladroites, cette loi ne démérite pas. Elle peut se vanter d'adapter le droit administratif français aux spécificités du secteur portuaire.

Chapitre 2 - L'assouplissement du droit portuaire : une manœuvre insuffisante mais réussie

131. **Des dérogations sont portées au code général de la propriété des personnes publiques afin d'assouplir le droit portuaire.** La prise en compte des spécificités du milieu portuaire par le droit administratif passe par des dérogations au code général de la propriété des personnes publiques. Ces dérogations portent sur la modulation de la redevance domaniale (section 1) et sur le rachat des biens de l'exploitant en fin de convention par le grand port maritime (section 2).

Section 1 – La possibilité nouvelle de prévoir une redevance domaniale dégressive

132. **La possibilité de réduire la redevance domaniale en cours d'exécution de la convention de terminal si l'opérateur du terminal remplit des objectifs de trafics et de respect de l'environnement.** Une redevance domaniale, versée par l'occupant du domaine public à l'administration dans le cadre d'une convention d'occupation domaniale, n'est normalement pas modulable. Elle est constituée d'une somme déterminée lors de la conclusion de la convention et payée de manière périodique comme un loyer. Cependant, la loi d'orientation des mobilités (2019) a apporté une exception à ce principe. Le législateur, juste après la mention des conventions qualifiées de convention domaniales et avant la mention de leur possible qualification de concession, précise : « *ces conventions peuvent prévoir que le montant de la redevance due comporte une part dégressive en fonction du trafic ou de la performance environnementale générée par l'opérateur concerné, notamment lorsqu'il contribue au report modal* ». Cette précision est fondamentale. Les enjeux financiers sont les principaux enjeux abordés lors de la négociation d'une convention de terminal. Ce sont eux qui font qu'une convention est jugée équilibrée ou non. Cette exception est d'autant plus importante qu'elle incite les opérateurs à participer à deux objectifs majeurs des ports français : gagner des parts de marché tout en respectant l'environnement.
133. **La modification du loyer en fonction de l'atteinte d'objectifs par l'occupant, signe d'une logique concessive.** En cela, la LOM pose une exception à l'article L.2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « *la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ». Cet article législatif présente les avantages procurés au titulaire

de l'autorisation comme constituant les critères de fixation de la redevance domaniale mais n'attribue pas ce rôle aux avantages procurés à l'administration propriétaire de la dépendance occupée. La LOM crée donc une exception au code général de la propriété des personnes publiques en tant qu'elle permet de prendre en compte les avantages procurés au grand port maritime pour moduler, de manière dégressive, la redevance due à l'administration portuaire par l'opérateur exploitant le terminal. Cette dégressivité de la redevance peut être décidée « *en fonction du trafic ou de la performance environnementale générée par l'opérateur concerné, notamment lorsqu'il contribue au report modal* ». La possibilité de diminuer la redevance domaniale si l'occupant du domaine répond à des objectifs, et notamment des objectifs de trafics, montre encore une fois que le manutentionnaire répond aux besoins du port et que la convention de terminal s'inscrit donc dans une logique concessive et non dans une logique d'occupation purement privative du domaine public. C'est justement parce qu'une telle modulation de la redevance domaniale relève de la logique concessive qu'elle n'est créée par la LOM que relativement aux conventions de terminal qualifiées de conventions d'occupation du domaine public. En effet, les concessions, elles, prévoient déjà des clauses équivalentes.

134. **Les clauses des concessions peuvent également prendre en compte le report modal.** Cette possible dégressivité assouplit le régime de la convention d'occupation domaniale. Le II de l'article 131 de la LOM, qui porte sur les conventions de terminal qualifiées de concession, ne mentionne pas de possible modulation des flux financiers du contrat. Ce II dispose uniquement que « *le contrat peut prévoir des clauses de report modal* ». La dérogation financière apportée aux conventions domaniales n'a donc pas d'équivalent en matière de concession. Cela s'explique par le fait que les concessions suivent une logique financière différente : le concessionnaire ne paie pas de redevance domaniale à l'autorité administrative. Cependant, la dérogation apportée en matière de conventions domaniales trouve un équivalent en matière de concessions en ce sens que le report modal est également promu en matière de concessions.

Si la possibilité de moduler la redevance diffère légèrement selon que la convention de terminal est une concession ou une convention d'occupation du domaine public, tel n'est pas le cas de l'autre apport de la LOM en matière de droit portuaire. La LOM permet aux grands ports maritimes de racheter les biens de l'occupant à la fin de la convention.

Section 2 – Le sort des biens de l'exploitant en fin de convention

135. **Une dérogation s'appliquant à toutes les conventions de terminal.** Cette fois, la dérogation apportée au droit commun concerne tant les conventions de terminal qualifiées de conventions d'occupation domaniale que les conventions de terminal qualifiées de concessions de service.

136. **La possibilité, pour le grand port maritime, de racheter les biens dans lesquels le manutentionnaire a investi en fin de convention.** Le I de l'article 131 de la LOM dispose : « *sans préjudice de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 2122-6 du même code, les conventions peuvent également prévoir qu'à leur échéance et dans des conditions qu'elles définissent, le grand port maritime indemnise les cocontractants pour les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés pour l'exercice de l'activité autorisée par les conventions et acquiert certains biens meubles corporels et incorporels liés à cette activité, afin de pouvoir les mettre à disposition ou les céder à d'autres cocontractants ou, le cas échéant, les utiliser dans les conditions prévues à l'article L. 5312-4 du présent code* ».

Dans le cadre de la fin d'une convention d'occupation domaniale, la question de la reprise des biens de l'occupant par l'administration ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques car l'activité exercée par l'occupant l'est dans l'unique intérêt de l'occupant. Dans le cadre de la fin d'une concession, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une concession de service public ou d'une concession ne portant pas sur un service public. En matière de concession de service public, on distingue trois types de biens : les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres. En matière de concession de service d'intérêt général et de concessions de service ordinaire, rien n'est prévu, la liberté contractuelle prévaut. En temps normal, ce vide juridique, qui n'en est pas vraiment un, ne pose pas de problème. Cependant, la question du sort des biens construits et acquis par le concessionnaire se pose quand la concession ne porte pas sur l'exécution par le concessionnaire d'un service public, mais fait participer le concessionnaire à un service public. C'est le cas en matière portuaire où l'opérateur de terminal n'exécute pas un service public mais participe au service public portuaire.

Cet apport de la LOM est donc opportun. A ce sujet, Hélène Hoepffner écrivait en 2019⁵², antérieurement à la LOM : « *le code [de la commande publique] étant muet sur le statut des biens des concessions d'activité publique non constitutive d'un service public [...], "cela devrait signifier que la liberté contractuelle des parties s'exerce sans contrainte particulière", à moins qu'ils soient nécessaires au bon fonctionnement d'un autre service public pour le fonctionnement duquel l'activité concédée est créée (J.-F. Lafaix donne comme exemple les conventions de terminal – jugées constituer des concessions de service ordinaire mais font participer le concessionnaire au service public portuaire ; or, les équipements, bâtiments et outillages sont bien nécessaires à cette activité portuaire et donc à ce service). Dans ce contexte, c'est le juge qui sera sans doute amené à créer un régime prétorien spécifique* ». La réalité juridique est allée au-delà des prévisions d'Hélène Hoepffner : mieux qu'un régime prétorien, nous disposons désormais d'un régime législatif du sort des biens en fin de convention de terminal. Les bienfaits de ce régime sont loués par Robert Rezenthel⁵³, qui a écrit : « *lorsque l'on sait que des portiques peuvent être transportés entièrement montés, à l'expiration de la convention de terminal l'opérateur pourrait les transférer en quelques jours vers un port concurrent. Il est donc nécessaire que le grand port maritime puisse empêcher qu'un terminal soit totalement dépouillé de ses*

⁵² Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^{ème} édition, p. 702

⁵³ R. Rezenthel, « *Le maintien par le législateur de la convention de terminal portuaire* », Revue Droit de la Voirie n°212, Janvier-février 2020, p. 23

équipements, même s'ils ont été établis dans le cadre d'une convention d'occupation temporaire du domaine public ». C'est la continuité du service public portuaire qui est ici assurée.

Nous venons de le voir, la LOM permet aux grands ports maritimes de racheter les biens dans lesquels l'opérateur de manutention a investi à l'issue de l'exploitation du terminal. Cela permet d'assurer la continuité de l'activité portuaire. La notion de continuité trouve son importance sur le plan pratique mais aussi sur le plan juridique.

En effet, aujourd'hui, la gestion des ports décentralisés diffère de la gestion des grands ports maritimes. Une différence dans le droit domanial en découle. Cette discontinuité, qui se traduit par des différences importantes de régime quant à l'exploitation des terminaux, complique le paysage portuaire français. Une réforme du droit portuaire français pourrait faire d'une pierre deux coups en uniformisant les régimes portuaires et en étendant le régime concessif aux grands ports maritimes.

Titre 2 – Les ports maritimes décentralisés : une réponse aux interrogations pesant sur la domanialité des grands ports maritimes

137. **L'étude nécessaire de la domanialité des ports décentralisés.** La question de la qualification des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes nous pousse d'abord à chercher le régime le plus adapté à la vie portuaire de ces grands ports. Une mise en balance intervient alors, faisant se défier la convention d'occupation domaniale et la concession de service. Cependant, si cette alternative constitue le cœur du débat, s'en contenter sans élargir notre champ de vision nous empêcherait d'observer la totalité du débat. Il convient de s'intéresser à la domanialité des ports maritimes français de plus petite envergure. Ces ports sont la propriété des collectivités territoriales et sont gérés par ces dernières. Nous les appellerons les « ports décentralisés ».
138. **Cohabitation entre convention domaniale et concession.** La convention de terminal étant réservée aux grands ports maritimes, les ports décentralisés utilisent des outils classiques du droit public des affaires afin d'exploiter leurs terminaux : la convention d'occupation du domaine public, outil recevant la même qualification que les conventions de terminal et étant donc proche de ces conventions, et la concession, qui nous ramène là où le Conseil d'Etat a souhaité emmener la communauté portuaire. La domanialité des ports décentralisés connaît une grande diversité de régimes. En repérant les tendances parmi cette diversité et en notant les atouts et points faibles des régimes, nous trouverons des éléments à même de nous éclairer sur les évolutions souhaitables en matière portuaire, que ce soit à propos des ports décentralisés ou des grands ports maritimes. La compréhension des régimes domaniaux mis en œuvre par les ports décentralisés nécessite une connaissance préalable du paysage institutionnel des ports français. De ce fait, avant d'étudier les contrats conclus entre opérateurs et ports décentralisés, nous nous attarderons sur la typologie des ports décentralisés et sur leurs liens avec les collectivités territoriales.
139. **Distinction entre ports étatiques et ports décentralisés.** Aujourd'hui, on peut classer les ports français en deux catégories : les ports dont la gestion relève de la compétence de l'Etat et les ports dont la gestion relève de la compétence des collectivités territoriales. D'abord, une certaine autonomie a été donnée aux plus grands ports français. Par la suite, la décentralisation a fait que la compétence de gestion des autres ports a été transférée de l'Etat aux collectivités territoriales. Aujourd'hui, les situations juridiques et institutionnelles s'en trouvent dispersées.
140. **L'autonomie progressivement conférée aux grands ports français.** Au sortir de la Révolution française, et ce jusqu'au XXème siècle, tous les ports maritimes français étaient gérés par l'Etat. Les grands ports français se sont distingués des

autres ports quand une loi du 12 juin 1920⁵⁴ a placé les ports du Havre et de Bordeaux sous un régime d'autonomie. Cela a en fait constitué la naissance de ce que l'on a appelé les « ports autonomes ». En effet, en 1965⁵⁵, le législateur a établi un nouveau régime d'autonomie et y a intégré les ports de Guadeloupe, Dunkerque, Marseille, Saint-Nazaire, La Rochelle et Rouen. Ce groupe de ports donnera naissance aux « grands ports maritimes » que l'on connaît aujourd'hui. La loi du 4 juillet 2008⁵⁶ portant réforme portuaire a remplacé les ports autonomes de France métropolitaine par les grands ports maritimes. Par la suite, la loi du 22 février 2012⁵⁷ autorisant la création des grands ports maritimes de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de La Réunion a institué les grands ports maritimes dans les départements d'outre-mer. Les grands ports maritimes sont des établissements publics de l'Etat. Aujourd'hui, ils sont les seuls ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat. Tous les autres ports maritimes ont été décentralisés.

141. **Le transfert de compétence de gestion des autres ports de l'Etat aux collectivités territoriales.** Les ports d'envergure plus modeste ont vu leur régime modifié de manière plus tardive mais ont réellement pris leur indépendance par rapport à l'Etat central. En 1983⁵⁸, le législateur a transféré les compétences de gestion de certains ports de l'Etat aux départements et aux communes mais cela ne concernait que les ports maritimes de commerce et de pêche secondaires et les ports de plaisance. En 2004⁵⁹, la gestion et la propriété des ports d'intérêt national métropolitains ont été transférés de l'Etat aux collectivités territoriales. On remarque que l'aspect portuaire de la décentralisation s'est fait de manière progressive. On a décentralisé des ports de plus en plus grands : d'abord les ports de plaisance et les ports de commerce et de pêche les moins imposants ; puis les autres ports, à savoir les ports d'intérêt national métropolitains. On a transféré des compétences de plus en plus significatives : d'abord des compétences de gestion ; puis la propriété des ports accompagnée des compétences de gestion. On a transféré ces compétences à des collectivités de plus en plus grandes : d'abord aux communes et aux départements, puis aux communes, départements et régions.
142. **Une typologie des ports en principe adaptée à la typologie des collectivités territoriales.** Actuellement, les grands ports maritimes mis à part, les ports de plaisance relèvent de la compétence des communes, les ports de pêche relèvent de la compétence des départements et les ports de commerce relèvent de la

⁵⁴ Loi du 12 juin 1920 instituant l'autonomie des ports maritimes

⁵⁵ Loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes

⁵⁶ Loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire

⁵⁷ Loi n°2012-260 du 22 février 2012 portant réforme des ports d'outre-mer relevant de l'Etat et diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union Européenne dans le domaine des transports

⁵⁸ Loi n°83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat

⁵⁹ Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

compétence des régions⁶⁰. Cette répartition de la gestion des ports entre collectivités territoriales paraît simple. Cependant, des exceptions sont portées à cette cohérence de principe. En effet, comme le prévoit le code des transports, un port de pêche peut être transféré par un département à une région, un port de commerce peut être confié par une région à un département et les ports de commerce et de pêche peuvent être confiés aux communes.

143. **Influence nord-européenne.** Même si les ports relevant de la compétence de l'Etat sont les ports les plus imposant, les évolutions récentes montrent un désengagement progressif de l'Etat en matière portuaire. Cela s'explique par la décentralisation, phénomène dépassant le périmètre maritimo-portuaire, mais s'explique aussi par l'influence des modèles portuaires du nord de l'Europe. Par exemple, le port de Rotterdam est historiquement géré par la commune de Rotterdam qui est propriétaire des dépendances du port. En 2004, la gestion du port de Rotterdam est passée sous le giron d'une administration nouvelle et indépendante, au sein de laquelle la commune de Rotterdam demeure prépondérante.
144. **Eclatement institutionnel et domanial du paysage portuaire français.** Aujourd'hui, le paysage portuaire français est éclaté. Cet éclatement se manifeste de deux façons. D'une part, la gestion des ports maritimes français est répartie entre des acteurs d'envergures différentes et de natures différentes. A titre d'exemple, les ports de Marseille et du Havre sont des grands ports maritimes, les ports de Saint-Malo et de Sète sont des ports régionaux, les ports de Toulon et de Nice sont des ports départementaux et les ports du Fret et de Roscanvel sont des ports communaux. Les ports de Dieppe, de Caen et de Cherbourg sont gérés par des syndicats mixtes. D'autre part, l'éclatement du paysage portuaire français se manifeste à travers la diversité des situations domaniales. Les ports décentralisés utilisent, pour l'exploitation de leurs terminaux, tantôt la concession, tantôt la convention d'occupation domaniale.
145. **Diversité des situations domaniales dans les ports décentralisés et besoin de réforme des grands ports maritimes.** Nous étudierons la richesse des situations domaniales présentes au sein des ports décentralisés (chapitre 1). Nous puiserons dans cette richesse pour proposer une harmonisation du régime des ports décentralisés avec le régime des grands ports maritimes (chapitre 2).

⁶⁰ Articles L.5314-1 et suivants du code des transports

Chapitre 1 – La diversité de régimes au sein des ports décentralisés

146. Les ports décentralisés ont recours à deux types de contrats pour l'exploitation de leurs terminaux : le contrat de concession et la convention d'occupation domaniale (section 1). Cependant, si la diversité de qualifications contractuelles est réelle, cette diversité ne doit pas nous empêcher de distinguer des tendances de fonctionnement communes aux ports décentralisés, indépendamment des qualifications-mêmes (section 2). Nous évoquerons ces régimes et ces tendances en les illustrant avec les exemples des ports de Saint-Malo, à la fois port de commerce, de pêche et de plaisance, exploité par la région Bretagne, et le port de Sète, lui aussi triple port, exploité cependant par la région Occitanie sous la forme de l'établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) régional nommé Port Sud de France.

Section 1 – Les différentes qualifications contractuelles en présence

147. **L'utilisation de la concession et de la convention domaniale par les ports décentralisés.** Certains ports décentralisés utilisent essentiellement le contrat de concession, tandis que d'autres ports décentralisés utilisent essentiellement la convention d'occupation domaniale. L'utilisation répétée d'un même contrat par un même port permet à ce port de maîtriser le contrat utilisé et facilite la pratique contractuelle. C'est pourquoi, en fonction des ports, un régime prend souvent le dessus sur l'autre. Cependant, les ports n'excluent jamais formellement un régime au profit d'un autre. Un port privilégiant le contrat de concession aura parfois recours à la convention d'occupation domaniale, et inversement.
148. **Le port de Saint-Malo.** Le port de Saint-Malo utilise presque exclusivement le contrat de concession et la délégation de service public, cette dernière étant, depuis plusieurs années, englobée comme la catégorie des concessions. La concession est utilisée par l'administration malouine pour le cœur de l'activité portuaire, c'est-à-dire pour l'exploitation des terminaux portuaires. L'administration du port de Saint-Malo ne conclut de convention d'occupation domaniale avec les opérateurs que pour valoriser des dépendances n'entrant pas dans l'exploitation même des terminaux, à savoir des hangars et des terre-pleins. Les conventions d'occupation domaniale alors attribuées suivent les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

A Saint-Malo, le port Vauban, un port de plaisance constitué de bassins intérieurs, est exploité par la CCI d'Ille-et-Vilaine à travers une concession de service public. L'autre port de plaisance de Saint-Malo, le port des Sablons, a quant à lui été confié par la région Bretagne à la ville de Saint-Malo, cette dernière étant également concessionnaire. Le port de commerce et de pêche de Saint-Malo est, contrairement aux autres ports de la cité bretonne, exploité par

un concessionnaire de nature privée : la société EDEIS. Ces trois concessions sont des délégations de service public, assimilées à des concessions de service public (et non des concessions de service ordinaire, qualification choisie par le Conseil d'Etat en 2017 dans son arrêt *Terminal du Verdon*). Cette qualification de service public s'explique par le fait que dans le cadre du port de Saint-Malo, le cocontractant de l'administration ne se voit pas uniquement confier la manutention portuaire. Par exemple, dans le cadre de l'exploitation du port de commerce et de pêche, la société EDEIS a notamment pour mission de développer le transport de passagers, l'activité de pêche, de réparation navale et le commerce.

Les concessionnaires du port de Saint-Malo sont en mesure de mettre en œuvre toutes les tâches qui leurs sont confiées car ils ont la possibilité de conclure, sur leur dépendance, des conventions valant autorisation d'occupation domaniale. Cela permet au concessionnaire de lui-même « recruter » des acteurs qui participeront à l'animation du port.

149. **Le port de Sète.** Le port de Sète connaît la situation inverse. Ce port conclut, par principe, des conventions d'occupation temporaire et, à de rares exceptions, des contrats de concession. Les conventions d'occupation temporaire sont constitutives de droits réels ou non, en fonction des investissements réalisés par l'occupant. Le port de Sète ne conclut jamais de concession. Comme le port de Sète est nettement plus grand que le port de Saint-Malo, conclure une concession de service public impliquerait de confier de très grandes responsabilités à un cocontractant. Le port a donc opté pour les conventions d'occupation domaniale, se rapprochant ainsi de ce qui est pratiqué par les grands ports maritimes. Le port de Sète a donc beaucoup plus de cocontractants directs que le port de Saint-Malo. Presque toutes les dépendances de Port Sud de France sont exploitées par des personnes privées. Seule la région Occitanie a la gestion directe de quelques espaces. Le Port Sud de France est surtout gestionnaire de domaine public, là aussi comme le sont les grands ports maritimes. Par exemple, la base conchylicole du port de Sète est exploitée sur la base d'une convention d'occupation domaniale. Le port de Sète, tout comme le port de Saint-Malo, autorise ses cocontractants à pratiquer la sous-location. Un cocontractant de Port Sud de France exploitant une dépendance du domaine public peut donc lui-même conclure une convention d'occupation domaniale avec un autre cocontractant. Le fait que la sous-location soit pratiquée par deux ports décentralisés d'envergures différentes et sur la base de qualifications contractuelles différentes montre que des tendances communes à tous les ports maritimes peuvent être repérées, malgré les divergences apparentes.

Section 2 – Une diversité de qualifications cachant des tendances communes

150. L'étude du droit des ports décentralisés montre deux dynamiques. D'une part, on observe qu'une même collectivité territoriale a souvent la propriété et la gestion d'un même ensemble portuaire. D'autre part, on remarque que le

système de sous-location est peut-être pratiqué selon des critères similaires, malgré des qualifications contractuelles différentes.

151. Nous l'avons vu, par principe, les ports de plaisance sont la propriété des communes, les ports de pêche sont la propriété des départements et les ports de commerce sont la propriété des régions. Or, l'organisation institutionnelle pratiquée se fonde souvent sur les exceptions textuelles que prévoit le droit français. La région Bretagne gère à la fois les ports de commerce, de pêche et de plaisance de Saint-Malo (bien qu'elle confie leur gestion à des concessionnaires) et la région Occitanie a regroupé la gestion des ports de commerce, de pêche et de plaisance de Sète au sein de la compétence de l'EPIC Port Sud de France. Les régions semblent avoir vocation à aspirer la gestion des ports décentralisés les plus imposants.

152. Les systèmes de sous-location suivent tous une logique commune. La région Bretagne autorise ses concessionnaires à conclure des autorisations d'occupation domaniale sur les dépendances faisant l'objet de la concession. Auparavant, la région Bretagne signait toutes les autorisations d'occupation domaniale. Aujourd'hui, la région Bretagne doit signer l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public – le concessionnaire a donc besoin de l'accord de l'administration portuaire concédante – quand trois critères alternatifs sont remplis :

La durée de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public s'étend au-delà de la durée de la concession dont jouit le concessionnaire voulant délivrer l'autorisation

La superficie de la dépendance faisant l'objet de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public est supérieure à 5 000 m²

Un bâtiment de plus de 3 000 m² est construit sur la dépendance faisant l'objet de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public.

Ces critères ont été librement fixés par la région Bretagne et sont, pour le moment, propres au port de Saint-Malo. Malgré tout, ils relèvent d'une logique plus large. Non seulement la région Bretagne a l'intention d'étendre ces critères aux autres ports maritimes dont elle a la gestion à chaque fois qu'une concession arrivera à terme⁶¹, mais en plus un système similaire a été élaboré par le port de Sète⁶². Port Sud de France autorise les cocontractants, avec lesquels cet établissement a conclu des conventions d'occupation du domaine public, à conclure eux aussi des conventions d'occupation du domaine public. Une telle possibilité est soumise par Port Sud de France au respect de trois critères :

Port Sud de France doit avoir connaissance de la sous-location avant la conclusion de celle-ci

⁶¹ Entretien avec Julie Corler, juriste en domanialité publique au port de Saint-Malo (9 juillet 2020)

⁶² Entretien avec Paul Estaque, juriste en domanialité publique à Port Sud de France (17 juillet 2020)

La durée de la sous-location ne doit pas aller au-delà du terme de la convention d'occupation domaniale conclue avec l'opérateur initial

La sous-redevance domaniale, versée par le sous-occupant du domaine à l'occupant initial du domaine, ne doit pas être supérieure à la redevance domaniale initiale versée à l'administration portuaire.

Ces mécanismes, que connaissent nombre de ports décentralisés, traduisent une harmonisation *de facto* entre ports décentralisés. Cette harmonisation *de facto*, qui s'explique par des besoins des administrations portuaires similaires et des contextes économiques semblables, sont malheureusement rendus difficilement lisibles à cause de situations différentes *de jure*. Une harmonisation des régimes entre les ports décentralisés est nécessaire et possible. Cela permettrait aux acteurs portuaires (nationaux et internationaux) de mieux comprendre le milieu portuaire français et donc d'y investir plus facilement. Or, une telle harmonisation ne ferait sens que si elle s'étendait aux grands ports maritimes. Une harmonisation qui s'étendrait à un grand nombre de ports français aurait un effet simplificateur d'autant plus important. Il convient de réfléchir à la manière dont le droit des ports décentralisés pourrait influencer le droit des grands ports maritimes et lui bénéficier.

Chapitre 2 – La nécessaire harmonisation entre grands ports maritimes et ports décentralisés : une manœuvre institutionnelle et domaniale

153. Débattre de la qualification juridique des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes revient à se demander quel régime juridique conviendrait le mieux aux enjeux pratiques et économiques des grands ports maritimes. Or, répondre à cette question en limitant notre observation à ces grands ports français reviendrait à faire un travail de fiction. En effet, comment être certain des effets de l'application du régime de la concession de service ordinaire sur les ports français modernes sans observer ce qu'un tel régime donne en pratique ? C'est en ce sens que l'observation du fonctionnement des ports décentralisés peut nous guider dans le perfectionnement du droit de la domanialité des grands ports maritimes. Une réforme institutionnelle poursuivant le mouvement de décentralisation qu'a connu le paysage portuaire français (section 1) pourrait être suivie d'une réforme de la domanialité des grands ports maritimes (section 2).

Section 1 – Le transfert de propriété et de gestion des ports maritimes français aux régions, une réforme souhaitable

154. Sur le plan institutionnel, le droit portuaire français est compliqué par le fait qu'une partie des ports relève de la compétence de l'Etat (les grands ports

maritimes) et que l'autre partie relève de la compétence des collectivités territoriales. La répartition des ports entre collectivités territoriales ajoute à cela une complication supplémentaire. Confier la propriété et la gestion des ports français aux régions pourrait simplifier la matière.

155. **Les régions, des propriétaires portuaires logiques.** Le choix des régions comme unique propriétaire des ports maritimes français respecte la nécessité de désigner un acteur puissant, proche des enjeux locaux et s'inscrivant dans la logique des réformes récentes.

Il est souhaitable que la propriété et la gestion des ports français soient confiées aux régions. Désigner cet unique acteur comme l'échelon auquel on confierait les ports maritimes français impliquerait de transférer les grands ports maritimes aux régions et de confier les ports de plaisance et de pêche aux régions. Donner les clés des ports français aux régions permettrait aux investisseurs d'avoir un unique interlocuteur : la région. Cela s'inscrirait dans la volonté assumée de l'Etat de se désengager de la matière portuaire. Cette volonté s'est déjà traduite du point de vue institutionnel avec la décentralisation de nombreux ports et avec la création des grands ports maritimes, établissements publics indépendants. De manière parallèle, les régions, elles, sont de plus en plus puissantes. Les récentes réformes territoriales ont donné davantage de compétences aux régions, au détriment des départements notamment⁶³. Le passage de vingt-deux régions à treize régions leurs a donné une stature plus imposante encore⁶⁴, les régions entretenant aujourd'hui des relations étroites avec l'Union Européenne, contournant ainsi l'Etat central.

156. **Une nouvelle typologie : ports gérés par les régions et ports gérés par les EPIC régionaux.** Une telle réforme impliquerait, par exemple, de maintenir les grands ports maritimes sous forme d'établissements publics. Ces derniers ne seraient plus des EP de l'Etat mais des EP régionaux, à l'image de Port Sud de France. La forme d'établissement public pourrait être législativement généralisée aux ports aujourd'hui considérés comme des ports de commerce secondaires mais non négligeables : Calais, Nouméa, Bayonne, Sète et Pointe-à-Pitre. Leur dédier un établissement public pousserait l'administration à leur consacrer des moyens humains, financiers et matériels plus importants. Les autres ports seraient alors gérés par la région-même.

Placer les régions françaises comme uniques propriétaires et gestionnaires des ports maritimes français permettrait de simplifier le paysage portuaire français mais permettrait aussi de sécuriser les qualifications contractuelles pratiquées sur les domaines publics portuaires en se fondant sur le schéma déjà pratiqué par certains ports régionaux, à savoir : la concession par principe et la convention d'occupation domaniale par exception.

⁶³ Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République

⁶⁴ Loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral

Section 2 - L'harmonisation domaniale autour du régime de la concession

157. **La concession par principe, la convention d'occupation domaniale par exception.** Aller au bout du processus de décentralisation des ports maritimes français inciterait à territorialiser le droit portuaire français, c'est-à-dire à retoucher le droit des grands ports maritimes pour le rapprocher du droit des ports décentralisés. Cela consisterait à appliquer le régime amorcé par la jurisprudence *Terminal du Verdon* : les contrats publics conclus entre un port et un opérateur afin de répondre aux besoins spécifiques du port sont des concessions, ceux qui n'y répondent pas sont des conventions d'occupation domaniale.
158. **La concession de service, un régime européen.** Loin d'être un bouleversement, un tel régime s'inscrirait dans la continuité de ce qui se pratique déjà et dans la lignée de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Nous l'avons vu, la concession de service ordinaire proposée par le Conseil d'Etat est la qualification qui convient le mieux aux réalités contractuelles que connaît la convention de terminal. Son principal atout est qu'elle est issue du droit de la commande publique et qu'elle est donc de tradition européenne. Si le juge français a requalifié la convention de terminal de concession de service, il se pourrait qu'une telle requalification soit opérée dans d'autres pays européens, le droit de la commande publique ayant vocation à entraîner une harmonisation à l'échelle européenne. Un droit européen favoriserait les investissements.
159. **Un choix entre concession de service public et concession de service ordinaire en fonction des ports.** Il est vrai que la concession de service ordinaire ne convient pas à de nombreux ports déjà décentralisés. Ces derniers, quand ils sont de petite envergure comme le port de Saint-Malo, utilisent la concession de service public. Ces ports, ne souhaitant avoir que quelques interlocuteurs, confient la totalité de la gestion du port à quelques opérateurs. Ces opérateurs ayant des missions plus variées et plus profondes qu'une activité de manutention, le contrat public qu'ils concluent avec le port est nécessairement une concession de service public. Une requalification des conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes en concessions de service ordinaire aurait donc pour effet de laisser aux ports maritimes français le choix suivant : soit le recours à la concession de service public pour les ports modestes – aucun changement majeur n'interviendrait alors –, soit le recours à la concession de service ordinaire pour les ports de grande envergure, c'est-à-dire les grands ports maritimes actuels et les quelques grands ports décentralisés dont le régime s'en rapproche déjà, à l'image du port de Sète, qui utilise la convention de terminal sans que cela en porte le nom.

160. **L'utilisation secondaire mais aisée des conventions d'occupation domaniale.** Comme l'a suggéré la jurisprudence *Terminal du Verdon*, et comme le permet la loi d'orientation des mobilités (2019), la convention d'occupation domaniale ne disparaîtrait pas, même en cas d'utilisation de la concession de service au premier plan. La convention d'occupation domaniale pourra être utilisée dans deux cas de figure. Le premier réside dans la conclusion d'un contrat entre un port et un opérateur, ce contrat ayant pour but d'autoriser cet opérateur à mener une activité privée sur le domaine public du port, sans que cette activité ait été sollicitée par le port et sans que cette activité ne réponde à des besoins spécifiquement portuaires qui auraient été préalablement exprimés par l'administration portuaire. Ce contrat échapperait évidemment au droit de la commande publique. Le second cas de figure réside dans la possibilité de pratiquer la sous-location. Ce système permet de valoriser des dépendances déjà occupées en vertu d'une concession. Il bénéficie à tous les acteurs portuaires : le port, qui laisse une marge de manœuvre à son concessionnaire et l'incite donc à s'installer sur son domaine, le concessionnaire, qui rentabilise son domaine, et l'occupant du domaine sous-locataire, qui occupe une dépendance du domaine portuaire sans s'engager dans la conclusion d'un contrat de concession. La concession de service ordinaire, déjà plus souple que la concession de service public, serait d'autant plus flexibilisée qu'elle côtoierait la convention d'occupation domaniale.

CONCLUSION

161. La réforme de la manutention de 1992, l'influence du droit communautaire et la réforme portuaire de 2008 sont autant d'éléments qui ont participé à privatiser les ports français au cours des années 1990 et 2000. Parfois, cela s'est traduit par une privatisation qui a été plus philosophique que technique. C'est le cas de la réforme de la manutention, puisque les manutentionnaires bénéficiaient déjà de contrats de travail de droit privé avant ladite réforme. A d'autres moments, cela s'est traduit par une privatisation *stricto sensu*. Cela a été le cas avec la réforme portuaire de 2008, qui a organisé un réel recul du champ d'action de l'administration portuaire et qui a généralisé le régime de la convention de terminal, régime, certes de droit public, mais au service de l'initiative privée.
162. C'est en gardant à l'esprit cette dynamique de privatisation que l'on comprend la surprise créée par la décision *Terminal du Verdon* rendue par le Conseil d'Etat en 2017. Alors que l'heure était à la souplesse et au droit privé, le Conseil d'Etat a requalifié les conventions de terminal en concessions alors qu'elles étaient jusqu'alors considérées comme des conventions domaniales. L'intégration des conventions de terminal au droit de la commande publique a été perçue par beaucoup d'acteurs portuaires comme la soumission de l'exploitation des terminaux français aux aspects les plus sombres du droit public. Le droit public étant réputé rigide et ayant l'image d'un droit peu favorable à l'initiative privée, le législateur a souhaité rassurer la place portuaire.
163. C'est de cette intention de rassurer que sont nés les articles 131 et 132 de la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019. Ces articles législatifs ont été adoptés dans l'objectif de défaire l'œuvre à peine construite par le juge administratif et de conforter la qualification de convention d'occupation du domaine public historiquement appliquée aux conventions de terminal conclues par les grands ports maritimes.
164. Ce choix est regrettable à plusieurs égards. Le souhait, formulé par le juge administratif, de soumettre les conventions de terminal au droit de la commande publique était le bon. Cette matière implique que le cocontractant de l'administration se voit confier un droit d'exploitation d'un service afin de satisfaire un besoin exprimé par l'administration. Or, telle est bien la logique d'une convention de terminal : le grand port maritime exprime le besoin de faire exploiter un terminal désigné afin de conquérir un marché, lance un appel à projets dans ce sens et choisit le candidat le plus convaincant. Le choix du juge était d'autant plus judicieux que, loin de n'être qu'un outil juridico-juridique, le droit de la commande publique est une arme économique : il stimule l'activité privée en s'appuyant sur l'initiative publique. Par ailleurs, depuis 2016, le droit de la commande publique possède une nouvelle typologie contractuelle et offre ainsi la possibilité de conclure des concessions de service ordinaire n'impliquant pas l'application des lois du service public. Cette nouvelle concession contredit

les craintes liées au supposé manque de souplesse du droit de la commande publique.

165. Malgré tout, le législateur a fait le choix de réitérer la qualification de convention domaniale appliquée aux conventions de terminal. Il convient de noter que la loi d'orientation des mobilités présente des défauts majeurs. Le législateur, dans un souci d'offrir aux acteurs portuaires une certaine souplesse, a mis à disposition de ces derniers une alternative entre convention domaniale et concession de service. Désormais, les grands ports maritimes concluront tantôt des conventions d'occupation du domaine public, tantôt des concessions de service. L'articulation de cette alternative se veut faire la part belle aux conventions domaniales en les érigeant au rang de principe. Malheureusement, la délimitation du champ d'application des qualifications posée par la loi d'orientation des mobilités est peu claire. La notion de « *mise en œuvre des missions* » des grands ports maritimes – sensée fonder la qualification de convention d'occupation du domaine public – et la notion de « *besoins spécifiques exprimés* » par les grands ports maritimes – sensée fonder l'utilisation de la qualification de concession de service – ne sont pas définies. Les conventions de terminal étant conclues après l'expression de besoins spécifiques exprimés par les grands ports maritimes, la loi d'orientation des mobilités pourrait donner la possibilité au juge administratif de réaffirmer sa jurisprudence *Terminal du Verdon*, alors même que l'objectif de ladite loi était tout autre.
166. Face aux incertitudes et à l'instabilité irriguant actuellement la domanialité des grands ports maritimes, il convient d'opérer une prise de recul et de s'intéresser à la domanialité des ports décentralisés. L'étude de la domanialité des ports français décentralisés nous prodigue deux enseignements. D'abord, il pourrait être opportun de décentraliser les grands ports maritimes afin qu'ils ne soient plus des établissements publics de l'Etat mais des établissements publics des régions. Une fois cette décentralisation opérée, les grands ports maritimes seront à même de privilégier la pratique de la concession, en suivant l'exemple de certains ports décentralisés. L'utilisation de concessions de service ordinaire permettra même davantage de souplesse que ce qui se pratique déjà au sein des ports décentralisés.
167. On comprend qu'un passage au régime concessif puisse susciter des réticences en matière d'exploitation de grands terminaux portuaires. Cette crainte est notamment fondée sur le régime mis en place dans les ports du nord de l'Europe : ces derniers privilégient les conventions d'occupation du domaine public. Si l'utilisation de la commande publique en matière de terminaux portuaires est peu répandue, c'est qu'elle constitue un pari sur l'avenir. Le droit de la commande publique a connu un développement récent et le juge européen incite à une plus large utilisation de cet outil, qui pourrait voir sa pratique s'étendre à l'échelle européenne. Ainsi, les ports français ont l'occasion de s'ériger en ports précurseurs.

BIBLIOGRAPHIE

I – Traités et manuels

- P. Bonnassies et C. Scapel, *Droit maritime, Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2016, p. 189 et 190
- Sous la dir. de Jean-Pierre Beurrier, *Droits maritimes*, Ed. Dalloz, Dalloz Action 3^{ème} édition, 2014
- D. Gency-Tandonnet et S. Piedelièvre, *Droit des transports*, Ed. Lexis Nexis, 2013
- H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2019
- G. Lebreton, *Droit administratif général*, Ed. Dalloz, 8^{ème} édition, 2015
- N. Symchowicz, *Droit public des affaires*, Lamy, 2015

II – Articles

- M. Amilhat, « Les évolutions du droit de la commande publique : entre (r)évolutions textuelles et précisions jurisprudentielles », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2019 ; chronique contrats publics 04 ; Art. 236.
- T. Bockelee, « Les ports autonomes face à la construction européenne », *DMF* n°582, 1^{er} mai 1998
- L. Borderaux, « Statut du dock et relations contractuelles de travail », *DMF* n°552, 1^{er} septembre 1995
- B. Charvin et G. Tchikaidze, « Le code de la commande publique : un instrument d’attractivité du droit public français ? », *Le Village de la Justice*, Village-Justice.com, Juin 2019
- B. De Sevin, « Contrats d’exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la loi d’orientation des mobilités (LOM) », *DMF* n°821, 1^{er} février 2020
- V. Maignant, « Ports de Saint-Malo et Cancale : Edeis, nouveau concessionnaire pour 10 ans, va engager 50M€ d’investissement, notamment sur le volet environnemental », Site *Bretagne-Economique.com*, 4 décembre 2019
- L. Rapp, « Conventions de terminal et concessions de service », *AJDA*, 2019
- R. Rezenhel, « Une nouvelle stratégie pour le développement des grands ports maritimes français », *DMF* 697, 1^{er} novembre 2008
- R. Rezenhel, « La création des grands ports maritimes d’outre-mer : une volonté de clarification et d’harmonisation », *DMF*, n°747, 1^{er} mai 2013

- R. Rezenthel, « Le maintien par le législateur de la convention de terminal portuaire », *Droit de la voirie* n°212, Chroniques et opinions, Janvier / Février 2020
- L. Richer, « La concession dans la commande publique », 2015, *BJCP* n°103, p. 403

III – Commentaires de jurisprudence

- Adden Avocats, « Le Conseil d’Etat précise le régime du référé contractuel », *Site Adden Le Blog*, Février 2011
- L. Borderaux, « Grand port maritime : qualification et régime de passation d’une convention de terminal », *DMF*, n° 791, 1er mai 2017
- C. Emery, « Le Conseil d’Etat précise le référé du régime contractuel pour les MAPA », *Site Le Moniteur*, 27/01/2011
- W. Zimmer, « Choix de la procédure de passation des conventions d’occupation du domaine public », *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août 2009, comm. 286, sur l’arrêt CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille

IV – Directives européennes, lois et décrets

- Loi du 12 juin 1920 instituant l’autonomie des ports maritimes
- Loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes
- Loi n°83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l’Etat
- Loi n° 92-496 du 9 juin 1992 modifiant le régime du travail dans les ports maritimes
- Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales
- Loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire
- Loi n°2012-260 du 22 février 2012 portant réforme des ports d’outre-mer relevant de l’Etat et diverses dispositions d’adaptation de la législation au droit de l’Union Européenne dans le domaine des transports
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l’attribution de contrats de concession
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics
- Loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral

- Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République
- Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques
- Ordonnance 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique,
- Loi n° 2019-1428 d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019

V – Rapports publics

- Cour des comptes, « Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action », Rapport public thématique, Juillet 2006
- Exposé des motifs, Dossiers législatifs, Loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire
- Inspection générale des finances, « La transformation du modèle économique des grands ports maritimes », Rapport, Novembre 2018
- JORF, « Questions remises à la présidence de l'Assemblée nationale – Réponses des ministres aux questions écrites », n°2 A.N., Mardi 8 janvier 2019

VI – Sites internet

- Terminaux de Normandie, *Nos métiers, TNMSC* : <http://tnterminaux.com/tnmsc.html>
- Observatoire Portuaire, *Organisation et gestion des ports, Directive européenne sur les concessions*, « Directive européenne sur les concessions » : <http://observatoire-portuaire.fr>

VII – Entretiens

- Entretien avec Julie Corler, juriste en domanialité publique au port de Saint-Malo (9 juillet 2020)
- Entretien avec Paul Estaque, juriste en domanialité publique à Port Sud de France (17 juillet 2020)

TABLE DE JURISPRUDENCE

- CE, sect., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique Orientale, n°66679
- CE, 26 juin 1974, Port autonome de Marseille, n°85687
- CE, sect., 26 juillet 1982, Port autonome de Bordeaux, n°16957
- Cass., 1^{ère} ch. civ., 31 mai 1989, Syndicat des manutentionnaires et employeurs de main d'oeuvre du port de Rouen, n°87-17236
- CJCE, 10 décembre 1991, *Merici Convenzionali Porto Di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, Rec. p. II-5889.
- CE, 15 février 1996, Préfet des Bouches du Rhône, n° 168325
- CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, Aff. C-399/98
- CE, ass., 4 nov. 2005, *Sté Decaux*, n°247298
- CE, 10 mars 2006, *Société Unibail*, n° 284802
- CJUE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, n° C-220/05
- CE, 10 juin 2009, *Port Autonome de Marseille*, n°317671
- CE, 19 janvier 2011, *Grand Port Maritime du Havre*, n° 343435
- CE, 19 janvier 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, n°341669
- CE, 8 juin 2011, *Port autonome de Marseille*, n°318010
- CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n°364593
- CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, n° C-269/14
- CE, 4 avril 2016, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n°396191
- CAA Nancy, 21 juin 2016, *Commune de Reims et Société ASO*, n° 15NC02284, 15NC02539
- CE, 14 février 2017, *Grand Port Maritime de Bordeaux*, n°405157
- CE, 24 mai 2017, *Société Régal des Iles*, n°407213
- CE, 5 février 2018, *Ville de Paris*, n°416581
- Avis du CE n°395539 du 15 novembre 2018

TABLE DES MATIERES

PARTIE INTRODUCTIVE : UNE HISTOIRE RECENTE DU DROIT PORTUAIRE FRANÇAIS	6
I – La réforme de la manutention en 1992	9
II – L’influence du droit communautaire sur le droit portuaire dans les années 1990	10
III – La réforme portuaire de 2008	12
A – La modification du fonctionnement des ports autonomes	13
1) Le nouveau statut des ports autonomes	13
2) La nouvelle gouvernance des ports autonomes	13
B – La modification du rôle des ports autonomes au sein de la place portuaire	14
1) La nouvelle spécialité des ports autonomes devenus GPM	14
2) La nouvelle répartition des activités entre administration portuaire et opérateurs privés	15
a) La naissance de la convention de terminal	16
b) Généralisation du régime de la convention de terminal et libéralisation du droit portuaire	17
IV – La décision Grand Port Maritime de Bordeaux du Conseil d’Etat en 2017	18
A – La décision publiée par le Conseil d’Etat	18
B – Les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier suivies par le Conseil d’Etat	20
1) Le critère de l’objet du contrat : un contrat répondant aux besoins de l’administration	20
2) La définition de la notion de « besoins de l’administration » : du critère du service public au critère des missions de l’administration	21
3) La convention de terminal, outil concourant à l’exécution des missions des grands ports maritimes	23

4) La convention de terminal conclue par un grand port maritime : une concession de service	24
5) La qualification juridique de la convention provisoire et le rejet du référé	25
V – La loi d’orientation des mobilités en 2019	25
VI - Appréhender le débat amorcé par le Conseil d’Etat au regard des évolutions législatives récentes et des enjeux économiques, institutionnels et pratiques du secteur portuaire	25
PREMIERE PARTIE – LA VOLONTE DU CONSEIL D’ETAT DE REQUALIFIER LES CONVENTIONS DE TERMINAL EN CONCESSIONS DE SERVICE, UN SOUHAIT PERTINENT	30
Titre I - L’application du droit de la commande publique aux conventions de terminal, une évolution souhaitable	31
Chapitre 1 – Le droit de la commande publique, un régime adapté aux réalités des grands ports maritimes	31
Section 1 – Le nécessaire abandon de la qualification générale de convention domaniale	31
Section 2 – La qualification de concession, une qualification plus proche de la convention de terminal que la qualification de convention domaniale	32
I. La convention domaniale, une qualification juridique inapte à prendre en compte la réalité de la relation port-opérateur	32
II. Le droit de la commande publique, un régime apte à régir la convention de terminal comme un outil au service de l’administration portuaire	33
Chapitre 2 – La commande publique, un outil juridique nouveau au service de la libre concurrence	34
Section 1 – La commande publique, nouvel outil de structuration du droit public français	35
I. L’extension du champ de la commande publique à la matière portuaire	35

II. L'extension du champ de la commande publique à des matières autres que la matière portuaire	37
Section 2 – La commande publique, nouvel outil de structuration de l'économie portuaire	39
Titre II – La qualification de concession de service, une qualification sur-mesure	42
Chapitre 1 – La qualification de marché public, une qualification inadaptée à la convention de terminal	42
Section 1 – Le marché public classique, une qualification logiquement écartée	43
I. Des critères d'identification révélateurs d'une incompatibilité de la qualification de marché public classique avec l'exploitation des terminaux portuaires	43
II. La philosophie des marchés publics classiques, une philosophie éloignée de celle de la réforme portuaire de 2008	44
Section 2 – Le marché de partenariat, une qualification oubliée mais relativement pertinente	45
Chapitre 2 – La qualification de concession de service, une qualification juridique sur mesure	46
Section 1 – L'adéquation entre les réalités contractuelles d'une convention de terminal et le contrat de concession de service	46
I. La cohérence entre les conventions de terminal et les critères de qualification d'une concession	46
A. Le critère formel : la convention de terminal, un contrat écrit conclu entre un grand port maritime et un opérateur	47
B. Le critère organique : la convention de terminal, un contrat conclu entre des grands ports maritimes et des entrepreneurs de manutention	
C. Le critère matériel : la satisfaction, par un opérateur portuaire, d'un besoin de l'administration portuaire résidant dans la captation de trafics	
D. Le critère financier	48
II. La convention de terminal, une concession de service ordinaire	49
Section 2 – La concession et la convention de terminal : des logiques profondes identiques	51
I. La concession, instrument de satisfaction des besoins de l'autorité concédante	

II. Les besoins des grands ports maritimes : besoins directs ou indirects ?	51
III. Une distanciation entre concessions et autorisations domaniales au service du pouvoir d’initiative des grands ports maritimes	52

SECONDE PARTIE – LE DROIT DES TERMINAUX PORTUAIRES EN FRANCE, UNE MATIERE EN MAL DE SIMPLIFICATION 53

Titre I – La retour de la qualification de convention domaniale avec la loi d’orientation des mobilités (2019), une manœuvre maladroite et source de nouvelles incertitudes 54

Chapitre 1 – Une tentative échouée de retour à la qualification de convention d’occupation domaniale 56

Section 1 - L’intention : une qualification alternative plaçant la convention domaniale au premier plan 56

Section 2 - Le résultat : le champ libre – mais flou – laissé au contrat de concession

I. Un flou créé par une articulation incertaine entre conventions domaniales et concessions 58

A. La faible marge de manœuvre laissée au législateur par un droit européen étroit 58

B. La pédagogie du législateur comme remède face à l’étroitesse du droit européen 59

C. La jurisprudence à venir du juge administratif, arbitrage craint et attendu 60

1°) La capacité du juge à formuler à nouveau la qualification de concession 60

2°) La qualification de convention d’occupation domaniale, une qualification par défaut 61

3°) Le besoin d’une qualification certaine, quelle qu’elle soit 62

II. Un flou créé par des maladresses rédactionnelles 62

A. L’insertion, dans la norme législative, de la dualité concession-convention domaniale 63

B. La mauvaise définition du champ d’application des conventions de terminal 63

C. Le mauvaise définition du champ d'application des contrats de concession	64
Chapitre 2 - L'assouplissement du droit portuaire : une manœuvre insuffisante mais réussie	65
Section 1 – La possibilité nouvelle de prévoir une redevance domaniale dégressive	65
Section 2 – Le sort des biens de l'exploitant en fin de convention	66
Titre II – La domanialité des ports décentralisés, une réponse aux incertitudes pesant sur la domanialité des grands ports maritimes	69
Chapitre 1 – La diversité de régimes au sein des ports décentralisés	71
Section 1 – Les différentes qualifications contractuelles en présence	72
Section 2 – Une diversité de qualifications cachant des tendances communes	73
Chapitre 2 – La nécessaire harmonisation entre grands ports maritimes et ports décentralisés : une manœuvre institutionnelle et domaniale	75
Section 1 – Le transfert de propriété et de gestion des ports maritimes français aux régions, une réforme souhaitable	75
Section 2 - L'harmonisation domaniale autour du régime de la concession	75

LA QUESTION DE LA REQUALIFICATION DES CONVENTIONS DE TERMINAL

Résumé en français

Alors que les conventions de terminal conclues entre les grands ports maritimes et les opérateurs de manutention étaient considérées comme des conventions d'occupation du domaine public, un débat est né sur cette qualification en 2017. Lors de l'affaire du *Terminal du Verdon*, le Conseil d'Etat a requalifié une convention de terminal en concession. Cela a fait entrer ladite convention dans le droit de la commande publique, faisant peser sur les autres conventions de terminal un risque de requalification en concession. Cela a créé une inquiétude chez de nombreux acteurs portuaires. En réaction, la loi d'orientation des mobilités (2019) a réitéré la qualification de convention domaniale applicable aux conventions de terminal. Cependant, cette loi imprécise ne clos pas totalement le débat, c'est pourquoi la question de la requalification des conventions de terminal reste vive. Ce débat soulève des enjeux juridiques, politiques, économiques et pratiques. Une requalification des conventions de terminal en contrat de concession permettrait aux ports français de bénéficier des bienfaits du droit de la commande publique. Une telle requalification serait d'autant plus légitime que la logique sous-jacente aux conventions de terminal est une logique concessive. En outre, une réforme de la domanialité des grands ports maritimes serait l'occasion d'opérer une refonte du paysage portuaire français, peu cohérent à l'heure actuelle.

THE ISSUE OF THE REQUALIFICATION OF PORT TERMINAL AGREEMENTS

English summary

Whereas port terminal agreements concluded between French major seaports and handling operators were considered as agreements for the occupation of the public property, a debate has recently arisen on this qualification. In 2017, in the context of the *Terminal du Verdon* case, the *Conseil d'Etat* reclassified a port terminal agreement as a service concession. This brought the said agreement within the scope of public procurement law, thus putting the other port terminal agreements at risk of being reclassified as a concession contract. This has created concern among many port actors. In reaction, the *Mobilities Orientation Act (2019)* – in French, « *loi d'orientation des mobilités* » - reiterated the mere qualification of agreement for the occupation of the public property applicable to port terminal conventions. However, this imprecise law does not completely close the debate, which is why the question of the requalification of port terminal conventions remains a touchy issue. This debate raises legal, political, economic and practical stakes. A requalification of port terminal agreements as a concession contract would allow French ports to benefit from the advantages of public procurement law. Such a requalification would be legitimate as the logic underlying the port terminal agreements is a concessive logic. Moreover, a reform of the public ownership of the major French seaports would be an opportunity to overhaul the French port landscape, which is currently not very coherent.

Mots clés : Grands ports maritimes ; Conventions de terminal ; Convention d'occupation du domaine public ; Concession de service ; Droit de la commande publique.

Key words : Sea ports ; Port terminal agreements ; Agreement for the occupation of the public domain ; Concession ; Public procurement law.