

Conventions de terminal et concessions de service

L'examen par le Sénat du projet de loi d'orientation des mobilités (LOM) selon la procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 20 février 2019 offre une première occasion de tester l'efficacité des reclassements effectués par le Code de la commande publique en trois catégories de contrats : les *contrats de la commande publique* (marchés publics et concession), les *autres marchés ou contrats de concessions* (réintroduits dans le Code, mais y bénéficiant d'un régime substantiellement dérogatoire), les contrats exclus du Code parce que n'entrant pas dans son champ d'application (art.L1100-1), au nombre desquels les conventions d'occupation domaniale.

Le projet de loi dite LOM comporte en effet un article 35 dont le texte vient d'être retouché, le 9 mars 2019, par la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat. Cet article modifie les dispositions du Code des transports (art. L5312-14-1), en opérant une distinction selon que la convention de terminal créé par l'article 9 de la loi du 4 juillet 2008 portant sur la réforme portuaire comporte ou non une prestation de services, destinée à satisfaire les besoins exprimés par un Grand Port Maritime. Dans le premier cas, elle est une concession de services soumise aux dispositions du Code de la commande publique ; et ce, conformément à la jurisprudence dite du terminal du Verdon (CE 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand port maritime de Bordeaux, req. n°405157 et 405183). Dans le second, elle est une convention d'occupation domaniale relevant du Code général de la propriété des personnes publiques.

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, art. L5312-2) 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 L5312-4 du Code des transports impose la gestion déléguée aux Grands ports maritimes. On rappellera que la convention de terminal, conclue au terme d'une « *procédure ouverte, transparente et non discriminatoire* », transfère à l'occupant, l'exploitation et le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant des outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Il s'y ajoute le fait qu'elle a généralement pour contrepartie, le paiement d'une redevance comportant une part dégressive en fonction du trafic ou de critères environnementaux, ce qui en l'absence de toute précision, pourrait laisser penser qu'elle opère un transfert des risques de l'exploitation.

Précisément, l'article 35 précité vise à faire échec au risque de requalification des conventions de terminal en concessions de service, en établissant comme première leur nature de convention d'occupation domaniale. Cette qualification domaniale est actuellement posée par l'article R5312-84 du Code des transports. En en faisant une disposition législative du Code des transports, la future loi LOM fait d'une pierre deux coups : elle articule les dispositions précitées des articles L5312-2 et L5312-4 du Code des transports, en établissant la possibilité pour les Grands ports maritimes de conclure des conventions d'exploitation qui ne sont pas des concessions de services et elle fait échec à l'application du Code de la commande publique, en s'appuyant sur les dispositions de son article L1100-1.

Peut-on ajouter qu'en procédant de la sorte, l'article 35 évince la question délicate de la compatibilité de ses dispositions avec celles de la directive 2014/23/CE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession. A la différence de l'ordonnance du 29 janvier 2016, dont le Code de la commande publique consolide les dispositions à droit constant, il n'en est pas un texte de transposition. Les chances d'une décision de non-conformité à la Constitution sur recours avant que la loi ne soit promulguée ou d'une QPC après sa promulgation semblent donc plutôt minces.

Lucien Rapp

Professeur à l'Université Toulouse-Capitole