

THÈSE de DOCTORAT



de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Madame Mais Alrim KARFOUL

Le 7 décembre 2023

**Les évolutions juridiques relatives à l'activité économique
portuaire : contribution à l'étude de la réforme portuaire de
2008**

**École doctorale droit et sciences politiques - Spécialité : Droit
public**

Unité de recherche : IMH EA 4657

Thèse dirigée par Stéphane Mouton

Composition du jury

Rapporteur : Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET

Rapporteur : Frédérique RUEDA

Examineur : Robert REZENTHEL

Examineur : Florence CROUZATIER-DURAND

Examineur : Jean-Gabriel SORBARA

**UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE**



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

A la mémoire de mon père. A ma mère.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude envers mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Stéphane Mouton, pour son soutien inconditionnel, sa confiance, son encadrement constructif et ses conseils éclairés. Sa compréhension des défis auxquels j'ai dû faire face tout au long de ces années de doctorat a été inestimable.

Je tiens à exprimer ma sincère gratitude envers M. Robert Rézenthel pour son aide. Sa disposition à communiquer des documents, ainsi que ses éclaircissements et réponses à mes questions, ont grandement contribué à guider ma recherche.

Mes remerciements s'adressent également aux membres du jury pour l'honneur qu'ils m'ont accordé en acceptant de juger mon travail : Madame la Professeure Gaëlle Gueguen Hallouët, Madame la Professeure Frédérique Rueda, Madame la Professeure Florence Crouzatier-Durand, et Monsieur le Professeur Jean-Gabriel Sorbara.

La recherche scientifique en droit s'est entrelacée avec ma quête identitaire à la suite de mon arrivée dans un nouveau pays. Dans ce périple, l'amitié a été la lumière qui m'a donné la force de continuer. Je suis profondément reconnaissante envers tous ceux qui ont choisi de me soutenir tout au long de ce voyage grâce à leur amitié et leur présence. A Dalal, Sandrine, Michael, Jean-Rémi, Primaël, Florence, José, Laurent, Nadine, Carolina, Razan. Q, Razan. S, Nawras, Ghedar, Ilias, Rim-Sarra, Hamsa, Nadine, Hala, Rim, et Maha.

Le milieu universitaire, en tant qu'étudiante et employée, a été un socle essentiel pour mon sentiment d'appartenance, de reconnaissance et d'épanouissement social. Je tiens à exprimer ma profonde gratitude envers le Service Commun de la Documentation de l'UT Capitole ainsi que le Département des Services à la Recherche. Travailler avec eux m'a offert un environnement où je me suis sentie entourée de soutien et d'encouragement, particulièrement dans la dernière phase de la réalisation de cette thèse. Mes remerciements spéciaux vont à M. Marcel Marty, M. Mathieu Bourdas, M. Michel Fraysse et Mme. Aline Rocchia. Je suis également reconnaissante envers mes collègues et les responsables du Centre de Ressources en Langues. Vous avez été pour moi comme une famille.

Merci à Khaled Khalifa, et aux amis de la poésie en Syrie et en France.

Enfin, je tiens à exprimer ma gratitude envers ma famille : ma mère, mes frères Ghaith et Abed, mes chères cousines : Hazar, Ashtar, Laila et Nour, vous avez toujours été présents à mes côtés malgré la distance. Et surtout, un grand merci à ma sœur Ghazal et à son fils Mattar, pour leur amour qui m'a constamment inspiré.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AAI</i> :	Autorité administrative indépendante
<i>AJCT</i> :	Actualité juridique des collectivités territoriales
<i>AJDA</i> :	Actualité Juridique Droit Administratif
<i>AOT</i> :	Autorisation d'occupation temporaire
<i>APE</i> :	Agence de participation de l'Etat
<i>ARAF</i> :	Autorité de régulation des activités ferroviaires
<i>BDEI</i> :	Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel
<i>BJCP</i> :	Bulletin juridique des contrats publics
<i>CAA</i> :	Cour administrative d'appel
<i>CC</i> :	Conseil constitutionnel
<i>CCC</i> :	Convention citoyenne pour le climat
<i>CCI</i> :	Chambre de commerce et d'industrie
<i>CCH</i> :	Code de la construction et de l'habitation
<i>CE</i> :	Conseil d'Etat
<i>CE</i> :	Commission européenne
<i>CEE</i> :	Traité instituant la communauté économique européenne (1957)
<i>CET</i> :	Convention d'exploitation de terminal
<i>CGEFi</i> :	Contrôle général économique et financier
<i>CGI</i> :	Code général d'impôts
<i>CGPPP</i> :	Code général de la propriété des personnes publiques
<i>CJCE</i> :	Cour de justice de des Communautés européennes
<i>CJUE</i> :	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMP</i> :	Contrats et marchés publics
<i>CNDP</i> :	Commission nationale de débat public
<i>CNUDM</i> :	Convention des Nations unies sur le droit de la mer 1982
<i>CNNU</i> :	Convention collective nationale unifiée
<i>C. Trans.</i> :	Code des transports
<i>CT</i> :	Collectivités territoriales
<i>CT</i> :	Convention de terminal
<i>D</i> :	Décret
<i>DD</i> :	Développement durable
<i>DMF</i> :	Droit maritime français
<i>DRR</i> :	Document de référence du réseau
<i>DSP</i> :	Délégation de service public
<i>DUP</i> :	Déclaration d'utilité publique
<i>EDF</i> :	Electricité de France
<i>EIE</i> :	Evaluation des incidences sur l'environnement
<i>EP</i> :	Etablissement public
<i>EPIC</i> :	Etablissement public industriel et commercial
<i>EPP</i> :	Etablissement public portuaire
<i>EPSF</i> :	Etablissement public de sécurité ferroviaires
<i>ESPO</i> :	European Sea Ports organization
<i>GDF</i> :	Gaz de France
<i>GIE</i> :	Groupement d'intérêt économique
<i>GIP</i> :	Groupement d'intérêt public

<i>GNL</i> :	Gaz naturel liquéfié
<i>GPM</i> :	Grand port maritime
<i>GPM-OM</i> :	Grand port maritime d’Outre-Mer
<i>ICPE</i> :	Installation classée pour la protection de l’environnement
<i>INRETS</i> :	Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité
<i>IS</i> :	Impôt sur les sociétés
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LNE</i> :	Laboratoire national de métrologie et d’essais
<i>LOM</i> :	Loi d’orientation et de mobilité
<i>NPI</i> :	Navigation, Ports et intermodalité
<i>OMI</i> :	Organisation maritime internationale
<i>Ord.</i> :	Ordonnance
<i>PPP</i> :	Partenariat public privé
<i>RDC</i> :	Revue des contrats
<i>RDE</i> :	Revue de droit de l’environnement
<i>RDI</i> :	Revue de droit immobilier
<i>RDP</i> :	Revue de droit public
<i>Rec. CE</i> :	Recueil Lebon des décisions du Conseil d’État
<i>RJEP</i> :	Revue Juridique de l’Economie Publique (ex-R J Entreprise Publique et Cahiers J Electricité Gaz)
<i>RF</i> :	Réserves foncières
<i>RFAP</i> :	Revue française d’administration publique
<i>RFDA, RFD.</i> <i>adm</i> :	Revue Française de Droit Administratif
<i>RFF</i> :	Réseau ferré de France
<i>RFN</i> :	Réseau ferré national
<i>RJE</i> :	Revue juridique de l’environnement
<i>RGEC</i> :	Règlement général d’exemption par catégorie
<i>RIDE</i> :	Revue internationale de droit économique
<i>RTE-T</i> :	Réseau transeuropéen de transport
<i>SRADDET</i> :	Schéma régional d’aménagement, de développement durable et d’égalité des territoires
<i>SIEG</i> :	Service d’intérêt économique général
<i>SIG</i> :	Service d’intérêt général (non économique)
<i>SNCF</i> :	Société nationale des chemins de fer français
<i>SPA</i> :	Service public administrative
<i>SPIC</i> :	Service public industriel et commercial
<i>TA</i> :	Tribunal administratif
<i>T. Confl.</i> :	Tribunal des conflits
<i>TCE</i> :	Traité instituant la Communauté européenne (Traité de Rome, 1957)
<i>TFUE</i> :	Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (Traité de Lisbonne, 2007)
<i>TUE</i> :	Traité sur l’Union européenne (Traité de Maastricht, 1992)
<i>VNF</i> :	Voies navigables de France
<i>VFP</i> :	Voies ferrées portuaires
<i>ZPS</i> :	Zone de protection spéciale
<i>ZSC</i> :	Zone spéciale de conservation

SOMMAIRE

Introduction	1
Première partie : Les caractéristiques juridiques de la transformation portuaire.....	31
Titre I : La transformation organique de l'établissement public portuaire	33
Chapitre I : L'oscillation du statut des grands ports maritimes : entre confirmation et adaptation	35
Chapitre II : La nouvelle gouvernance des GPM : intégrer l'implication économique du secteur privé dans la gestion publique	81
Titre II : La transformation fonctionnelle de l'établissement public portuaire	125
Chapitre I : La transformation du périmètre du service public portuaire	129
Chapitre II : Les caractéristiques juridiques du régime des services portuaires	177
Deuxième partie : Les enjeux juridiques de la transformation portuaire.	239
Titre I : L'adaptation portuaire aux exigences d'une exploitation économique	241
Chapitre I : Le port partenaire : la gestion portuaire des GPM vers une contractualisation <i>de facto</i>	243
Chapitre II : Le port partenaire : la perspective d'une privatisation des GPM	285
Titre II : L'adaptation portuaire à de nouvelles exigences d'intérêt général	339
Chapitre I : L'aménagement du territoire : le rôle du grand port maritime dans la valorisation des infrastructures et du domaine de la « place portuaire »	341
Chapitre II : La hiérarchisation incertaine des intérêts de l'exploitation portuaire : le cas de la protection de l'environnement	383
Conclusion générale	451

INTRODUCTION

« Un port ... il y a une sorte de plaisir mystérieux et aristocratique pour celui qui n'a plus ni curiosité ni ambition, à contempler, couché dans le belvédère ou accoudé sur le môle, tous ces mouvements de ceux qui partent et de ceux qui reviennent, de ceux qui ont encore la force de vouloir, le désir de voyager ou de s'enrichir. » Charles Baudelaire, Le Port, in « Le Spleen de Paris », ¹ Paris : Pocket, 1998.

1. Les ports ont longtemps été une source d'inspiration littéraire, symbolisant même le retour des héros après de longues années de guerre dans les méthodologies anciennes. De nos jours, le terme « port » renvoie de plus en plus à une signification organisationnelle façonnée par la complexité et l'expansion de la mondialisation, tant sur le plan commercial que culturel. En tant que point d'échange commercial entre un continent et les coins les plus éloignés du monde, le port, du point de vue juridique, représente la forme adoptée par un État pour gérer au mieux les complexités qui émergent dans les places portuaires.

2. Les États dotés de ports investissent plus que jamais pour rendre ces « entités organisationnelles » plus efficaces, répondant ainsi à une complexité d'intérêts croisés : économiques (logistiques, industriels), naturels, humains et urbains. La question de l'adaptation des ports à l'émergence de nouvelles données commerciales et économiques se pose notamment au niveau des grands ports de commerce.

3. En France, l'État a adopté un modèle de gestion publique pour ces ports : ce sont l'État ou les collectivités territoriales qui les gèrent, reflétant ainsi l'interventionnisme de la politique économique française envers ses infrastructures essentielles. Cependant, avec l'émergence de nouveaux pôles influant sur le rapport de force dans le processus d'échange commercial, la ligne entre une « volonté d'agir » et une « urgence d'agir » semble de plus en plus mince. Un cadre juridique approprié devrait refléter de près la volonté de l'État dans un État de droit pour répondre au mieux aux urgences d'adaptation. Ce cadre doit définir la forme organisationnelle et délimiter les domaines d'intervention. De plus, une réforme juridique doit créer un nouveau cadre combinant ces éléments déclencheur d'évolution : volonté et urgence. Il s'agit de se mettre en harmonie avec la politique économique française actuelle, de plus en plus orientée vers un concept « d'État régulateur » d'une part, et de faire des ports de commerce

¹ 1^{ère} publication dans la Revue de Paris le 25 décembre 1864.

un moteur de développement économique de l'autre. Dans le même temps, l'urgence d'agir se justifie par les constats statistiques démontrant un retard de productivité et de « performance » des ports français.

4. Il s'agit donc d'une mise en valeur de l'aspect commerciale de ce qui est désormais perçu comme des entités de production économique, soulignant ainsi un prisme économique renforcé sur les ports.

5. Cependant, l'identification juridique et pratique ne peut pas se limiter à un aspect économique et concurrentiel restreint à l'intérieur d'un pays donné. D'autres enjeux très importants se définissent de plus en plus dans l'appréhension de la conception administrative, juridique et logistique du port, mettant en avant son importance économique et stratégique à plusieurs échelles.

§1-L'évolution du rôle économique et stratégique des ports maritimes de commerce à l'heure actuelle

6. Les divers enjeux de l'importance des ports de commerce sont intimement liés à un concept primordial : la sécurité, qui revêt différentes dimensions. Ces défis sont d'autant plus prégnants à la lumière des événements affectant l'activité économique et commerciale à l'échelle mondiale.

7. Au premier abord, l'importance économique de l'infrastructure portuaire dans le fonctionnement actuel de la commercialisation mondiale des marchandises peut constituer un enjeu géopolitique significatif. Ceci est amplifié dans un système juridique donné basé sur un socle de libertés ouvertes aux investisseurs de toute nationalité. L'exemple le plus marquant à cet égard est celui du port de Pirée en Grèce. En effet, le contrôle par une entreprise publique chinoise d'un port européen dans la perspective de développer ce qui est appelé la nouvelle « Route de la soie » relève d'un enjeu majeur². La question se pose alors quant à la sécurité nationale et européenne au terme de « souveraineté ». La sécurité se définit ici par le rôle stratégique que joue les grandes infrastructures dans un pays, notamment lorsqu'elles impliquent des **enjeux politiques extranationaux**.

² V. DU FRESNAY Philippe, « La nouvelle route de la soie : initiative économique ou alternative géopolitique ? », *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal (RDAI)*, n°6, 1^{er} décembre 2016, p. 575-588.

8. Au second abord, la sécurité dans le port revêt une importance capitale, en particulier au sein d'un système **d'approvisionnement mondial** qui dépend d'une chaîne logistique ultra-connectée à travers le monde. Ce constat a été particulièrement mis en lumière lors de la pandémie de Covid-19 qui a affecté le monde entier en 2020. Cette crise sanitaire a souligné le rôle prépondérant des compagnies maritimes et de leurs alliances vis-à-vis des politiques nationales dans la mise en place de la satisfaction des besoins fondamentaux en période de crise.³ Ce constat concernant la nécessité d'un système sécurisé garantissant les besoins fondamentaux a souligné l'importance d'un régime attentif à la spécificité portuaire⁴. En effet, cette crise sanitaire a d'ailleurs affecté⁵ et fragilisé le « développement et l'exploitation de l'ensemble des activités portuaires »⁶.

9. En plus de la pandémie de 2020, d'autres crises ont également mis en lumière l'importance stratégique des infrastructures portuaires, maillon incontournable pour acheminer le trafic maritime et répondre aux exigences d'un transport mondial intégré. Cela inclut notamment le conflit entre la Russie et l'Ukraine, qui a eu un impact sur la crise énergétique et a fait grimper les prix du fret⁷, notamment après 2022.

10. Au troisième abord, la sécurité reflète un aspect purement lié à la **notion des risques**. En effet, plusieurs accidents de grande ampleur ont eu lieu dans les ports, ou à proximité de celui-ci, démontrant le caractère primordial de la mise en place d'un régime de prévention, et d'un meilleur contrôle de son application. Il s'agit en effet de la prévention des catastrophes environnementales dans la mer ou/et la gestion des cas d'urgence par le gestionnaire du port ; ainsi que la prévention des catastrophes environnementales dans le port même. En effet, les ports, ainsi que les eaux maritimes, constituent un lieu sensible présentant un grand potentiel de ces catastrophes. C'est la combinaison entre deux domaines d'activités : le transport et l'industrialisation, qui fait de ces espaces (de stockage, d'acheminement et traitement de matières dangereuses) des zones sensibles. En 2020, une catastrophe

³ Laurent FEDI, Olivier FAURY, Patrick RIGOT-MULLER et Nicolas MONTIER dans « Covid 19 as a catalyst of a new container port strategy in Mediterranean Sea and Northern Range », *Maritime Economics and Logistics*, 14 mars 2022.

⁴ Le Conseil constitutionnel s'est, par exemple, penché sur les différents professionnels qui interviennent dans les ports, « dont le Covid a révélé leur caractère à des professions « de première ligne » ». V. Bertrand VENDE, « Les ports maritimes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *DMF*, n° 859, 1^{er} juillet 2023, p. 632-637.

⁵ V. Giovanni MARCHIAFAVA, « L'impact de l'urgence épidémiologique Covid-19 sur le régime juridique des ports maritimes italiens », *DMF*, no 827, 1^{er} septembre 2020, p. 753-763.

⁶ Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT, « Robert Rézenthel *Observateur érudit et inlassable de la chose portuaire* », *DMF*, n° 859, 1^{er} juillet 2023, p. 625-631.

⁷ « La crise énergétique peut-elle faire grimper les taux de fret ? » In Actualité- [Container Z](#).

environnementale, économique et humaine a frappé le port de Beyrouth, en raison du stockage de matières dangereuses⁸ pendant plusieurs années sans la mise en place d'un système de prévention des risques.

11. Un autre aspect est lié à cette notion de risque environnemental concerne les accidents pouvant survenir du fait des navires en mers. Cette question soulève l'importance de l'encadrement de la responsabilité des gestionnaires portuaires afin, d'une part, de créer un système de contrôle et de coordination avec les navires, et d'autre part, de mettre en œuvre les mesures de secours nécessaires en tant que représentant de la première institution juridique terrestre, située à proximité des eaux maritimes, dans un pays.

12. En effet, l'augmentation de l'importance économique des ports de commerce reflète les évolutions juridiques et pratiques dans le commerce ainsi que ses conditions d'exploitation à l'échelle mondiale, particulièrement à partir de la deuxième moitié du XXe siècle. Les crises et les risques susmentionnés n'ont fait que confirmer le rôle économique important des ports de commerce pour un pays. En France, cela s'est traduit notamment par la création de sept nouveaux grands ports maritimes en 2008.

§2- La révision statutaire du statut des ports maritimes : reflet d'une mise à jour des infrastructures économiques majeures

13. La création en 2008 de sept nouveaux établissements publics portuaires par la loi 2008-660 du 4 juillet 2008 pourrait refléter une combinaison entre volonté de moderniser et nécessité d'adapter. Tout en conservant la gestion publique de ces institutions portuaires, la grande portée de la réforme réside dans la transformation du modèle économique de celles-ci, modifiant par la voie législative les paramètres de leur exploitation.

14. En effet, l'évolution de l'exercice d'une activité économique par le biais des nouvelles institutions portuaires, appelées **grands ports maritimes GPM**⁹, s'inscrit dans une perspective de révision globale de l'implication économique des personnes publiques. Cependant, dans ce contexte de profondes mutations et transformations, l'évolution juridique

⁸ Une « double explosion survenue le 4 août 2020 dans le port de Beyrouth a fait plus de 150 morts et des milliers de blessés. Elle a été provoquée par l'explosion d'un entrepôt où étaient stockées des milliers de tonnes de nitrate d'ammonium depuis six ans » [Dossier- Le Figaro International](#), 2020.

⁹ La nouvelle catégorie des ports maritimes créée en fonction de la loi 2008-660 du 4 juillet 2008.art 1 (Loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, JORF n°0156 du 5 juillet 2008).

du régime des ports maritimes semble présenter certaines particularités, qui tiennent notamment à l'interaction entre les différentes branches du droit appliquées dans le domaine portuaire¹⁰. Cette particularité est justifiée par l'importance économique des ports en question, ce qui a d'ailleurs motivé la création de cette nouvelle catégorie. Ainsi, l'article 1er de la loi portant réforme portuaire dispose que : « *Lorsque l'importance particulière d'un port le justifie au regard des enjeux du développement économique et de l'aménagement du territoire, l'Etat peut instituer, par décret en Conseil d'Etat, un organisme appelé "grand port maritime" »*. En raison de nouvelles données, l'importance économique de ces ports s'est donc traduite juridiquement par la création de nouvelles institutions portuaires.

15. Cette évolution n'a cependant pas été figée dans le texte de la loi de 2008 portant réforme portuaire, mais plutôt elle englobe un processus juridique continu conditionné par les évolutions économiques. De plus, ces dernières témoignent d'une accélération de leur rythme dans les domaines influant sur le secteur portuaire, ainsi que d'une complexité croissante des dimensions impliquées. Ceci nécessite donc une révision continue de ce processus afin de garantir l'adéquation du régime juridique en vigueur.

16. En France, quelle que soit l'ampleur économique des ports, leur organisation relève du régime juridique commun à plusieurs pays du monde, relevant de règles de droit public. Ceci n'est pas étonnant car traditionnellement, depuis l'ancien régime, les ports sont placés sous le contrôle de l'État pour des raisons politiques et économiques. Une forte présence du pouvoir régalien dans le secteur portuaire est ainsi confirmée depuis longtemps.

17. . Or, depuis le début des années 2000, un autre paradigme¹¹ a émergé en opposition à ce dernier, et ce, notamment en ce qui concerne l'exploitation des activités portuaires. Cette émergence résulte de la montée en puissance du rôle des personnes privées dans le domaine portuaire. Le paradigme adopté en France a été longtemps basé sur la réalisation de *l'intérêt général*. Or, ce dernier se définit désormais par rapport à de nouveaux éléments, ce qui nécessite certaines révisions du régime portuaire et permet donc de justifier théoriquement la réforme portuaire en France. L'organisation portuaire doit mieux prendre en considération les perspectives économiques qui émergent et augmentent le rôle économique des ports maritimes,

¹⁰ Notamment en raison de la multitude de ces domaines, comme : l'environnement portuaire et maritime, la convergence de tous les modes de transport, la propriété publique, la sécurité et la sûreté portuaires ainsi que l'intérêt général lié à la conciliation entre les enjeux issus de ces différents domaines.

¹¹ ERRIZANI Fedoua, *Les réformes portuaires marocaines et françaises : entre enjeu de bonne gouvernance et incitation au partenariat public-privé*, Thèse, Nantes, 2018, p. 7.

en associant les différentes parties prenantes dans un cadre institutionnel modernisé. Cette organisation combine deux axes principaux : la gestion portuaire¹² et l'exploitation des activités portuaires¹³.

§3- Présentation générale

18. La gestion des ports, faisant l'objet de cette étude, relève du statut des ports autonomes issus de la loi 1965¹⁴, mais qui sont devenus les **GPM**.

19. Les activités portuaires de ces ports « regroupent toutes les activités induites par l'existence des ports de commerce »¹⁵, qu'il s'agisse de celles effectuées sur les quais, ou sur les navires. Selon le Livre Vert relatif aux ports et infrastructures maritimes du 10 décembre 1997¹⁶ : « *Les ports fournissent une variété de services et d'équipements, parmi lesquels on distingue souvent ceux qui relèvent des navires (tels que le pilotage, le remorquage et l'amarrage) de ceux qui touchent aux marchandises (essentiellement la manutention et le stockage). Les ports proposent, en outre, un certain nombre de services auxiliaires tels que la lutte contre l'incendie, le soutage, l'approvisionnement en eau et les installations de collecte des déchets. En fonction de l'organisation, du statut juridique et des objectifs d'un port, les services portuaires peuvent être fournis en bloc ou séparément, systématiquement ou à la demande.* ». En effet, l'établissement public est chargé des missions en fonction de son statut, c'est-à-dire de la « spécialité » de celui-ci, qui est un principe s'inscrivant dans une approche limitative¹⁷ du régime des établissements publics¹⁸. La réforme de 2008 a principalement visé

¹² En ce sens, voir notamment la thèse en droit : « *La gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux* », par GUERLET Grégory, Université Littoral Côte d'Opale, 2013.

¹³ Ce qui a été développé dans la thèse en droit : « *Le régime juridique de l'exploitation portuaire* », par NAUDIN Anne Cécile, Aix-Marseille Université, 2013.

¹⁴ Loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes, JORF du 30 juin 1965, JORF n° 0110 du 30 juin 1965.

¹⁵ [Encyclopedie.fr. Activités portuaires et industrielles définition](http://encyclopedia.fr/Activites_portuaires_et_industrielles_definition)

¹⁶ Commission des Communautés européennes. Bruxelles, le 10.12.1997 COM (97) 678 final. Ce document constitue, selon le Sénat, une « politique européenne embryonnaire » et qui souligne de ce fait un regain « *d'intérêt de la Commission européenne pour les questions portuaires* ». MASSION Marc. Rapport d'information- Sénat : *Mer et Littoral*, n° 295, session ordinaire de 1997 – 1998.

¹⁷ La Haute juridiction administrative l'a défini, tout en lui attribuant la valeur de principe général du droit (CE, sect., 4 mars 1938, *Cts Le Clerc*, n° 55677 et n° 56288, Rec. CE 1938, p. 229), de la façon suivante : « *il signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* ».

¹⁸ Ou les personnes publiques spécialisées, ou spéciales. V. PLESSIX Benoît, « Fasc. 136- Etablissements publics : Statuts. Structures », *JurisClass Administratif*, lexis360, p. 5.

ces deux aspects, à savoir la gestion et l'exploitation, en ajustant l'administration et son implication dans ces activités pour « relancer » les ports de commerce. Il ne s'agit donc pas, par principe, d'un simple changement d'appellation des « ports autonomes » en **GPM**, mais d'une véritable modernisation juridique visant à améliorer la performance économique.

20. L'enjeu de la performance des ports est mesuré vis-à-vis d'autres ports concurrents qui ont réussi à attirer les investissements des grands opérateurs internationaux. En effet, depuis l'essor accru du commerce international et des chaînes logistiques, ce sont ces derniers qui choisissent les ports pour implanter, voire pérenniser, leurs investissements, en fonction des éléments d'attractivité de chacun d'eux. Ils prennent ensuite « leurs marques » en investissant dans les ports concurrents et donc en y fixant les trafics¹⁹.

21. Ces éléments sont, tout d'abord, liés à l'organisation du transport, notamment de celui empruntant la voie maritime pour acheminer les marchandises ou les personnes d'un bout à l'autre du monde. Le port constitue une infrastructure essentielle pour réaliser les opérations de transport, car 98% des échanges économiques transitent par le maritime. De surcroît, et à la différence d'autres infrastructures de transports, celui-ci constitue l'interface utile au fonctionnement de plusieurs moyens de transport, ce qui a abouti à l'émergence d'un transport conteneurisé, voire de l'amplification du recours à celui-ci, pour l'acheminement des marchandises par mer. En même temps, il semble que le secteur du transport maritime connaisse, pour sa part, de grandes mutations. Ces dernières consistent en une inflation des échanges commerciaux, ce qui engendre des adaptations pratiques et juridiques.

22. Concernant *les adaptations pratiques* il s'agit notamment de l'utilisation de conteneurs²⁰ pour le transport des marchandises, et de navires de grande taille pour celui des personnes.

23. La mise en place de ces moyens a vite intégré la politique commerciale des grandes compagnies maritimes d'armement, qui sont devenues de plus en plus soucieuses de la question

¹⁹ BOLLIET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, Inspection générale des finances. Conseil général des ponts et chaussées, 2007, p. 35.

²⁰ Selon la Convention de douanière relative aux « *containers* » signé à Genève le 18 mai 1956 (JO 26 janvier 1959), le conteneur est « un engin de transport (cadre, citerne amovible ou autre engin analogue) ». La qualification juridique de celui-ci en matière de transport diverge. Selon la Cour de cassation, il est ainsi considéré comme un emballage de matière transportée, alors en droit douanier il est considéré comme faisant partie du matériel de transport. Le transit des conteneurs se déroule souvent dans des terminaux spécialisés. V. REZENTHEL Robert et BECET Jean-Marie, *Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral*, Ed Presse universitaire de Rennes, coll : Didact droit, 2004, p. 68-69.

de l'économie d'échelle²¹ et de l'efficacité économique, et ont commencé, à cette fin, à investir dans les navires pouvant réaliser ces objectifs, notamment dans les porte-conteneurs. Ces derniers nécessitent la mise en place d'infrastructures pouvant s'adapter aux objectifs de ces compagnies, c'est-à-dire le recours à des équipements susceptibles de créer les conditions exigées par la finalité purement économique, dont l'efficacité²².

24. En ce qui concerne les adaptations juridiques, elles sont examinées à une échelle internationale et sont régies par des normes établies par des organismes commerciaux. Cela inclut la création d'un cadre juridique pour les relations commerciales et l'ensemble des étapes de l'acheminement des marchandises. Par exemple, concernant le système appelé *incoterms*²³, qui contribue à la clarification du contrat de transport maritime (connaissance), certaines modifications ont été apportées, afin d'accompagner les nouveaux facteurs conditionnant le commerce international et les opérations qui y sont liées (transport, chargement, déchargement, douane, pré-acheminement et post-acheminement). Ainsi, des modifications ont été apportées à celui-ci en 2010, et en 2020. Ces dernières reflètent notamment à l'augmentation du transport dit **de porte-à-porte**²⁴ et qui dépend de plus en plus du transport conteneurisé.

25. A l'égard de ces dernières évolutions dans le commerce et le transport mondiaux, les ports sont dorénavant considérés comme des **entités conjuguant** des domaines commerciaux. Ces derniers peuvent être liés au secteur du transport et de la *supply chain*²⁵, qui permet à de nombreux groupes d'acquérir un avantage concurrentiel déterminant²⁶, comme le stockage, le chargement et le déchargement. Ils peuvent également relever de l'industrie portuaire pour certains ports. En effet, à mesure que la concentration des processus de la chaîne

²¹ Une économie d'échelle « désigne la baisse du coût moyen résultant de l'augmentation du volume (de l'échelle) de la production de l'entreprise. Cette diminution du coût unitaire provient essentiellement des rendements d'échelle croissants des facteurs de production au sein de l'entreprise ». Dictionnaire de science économique, par BEITONE Alain, CAZORLA Antoine et HEMDANE Estelle, Ed Dunod, 6^e édition, 2019, p. 203.

²² Elle caractérise « un processus qui permet d'atteindre un objectif donné dans les conditions les plus favorables, c'est-à-dire à moindre coût. », *ibid.*, p. 248.

²³ Contraction des termes anglais « *International Commercial Terms* » : Conditions internationales de vente - CIV. Ce sont des termes de commerce international qui définissent les obligations de l'acheteur et du vendeur concernant la livraison, et ce dans le cadre d'un contrat de vente. Leur régime est facultatif, mais il s'agit des clauses standardisées et reconnues. Ils permettent « à l'acheteur et au vendeur de se mettre d'accord rapidement et sans ambiguïté sur les modalités de la transaction ». Site de [International Chamber of Commerce](#)

²⁴ Sept incoterms sont adaptés au transport par conteneurs, ils sont appelés de ce fait incoterms multimodaux. De surcroît, certains parmi eux s'adaptent au mode de transport porte-à-porte, comme le DPU, lorsque le risque est couvert par le vendeur jusqu'à la destination finale. Cette règle oblige le vendeur à décharger la marchandise à destination.

²⁵ La définition donnée par le Council of Supply Chain Management Professionals (CSCMP) consiste dans « le processus de planification, d'exécution et de contrôle des procédures de transport et de stockage des biens (et des services) efficace et efficient, et des informations associées, du point d'origine au point de consommation dans le but de répondre aux besoins du client ».

²⁶ Le MOIGNE Rémy, *Supply chain management*, Dunod, 2017, p. 4.

logistique s'intensifie, **l'efficacité économique** est davantage assurée. Dès lors, le port est représenté par défaut comme un lieu de réalisation de plusieurs des opérations liées à la gestion logistique. Ainsi, les entreprises peuvent trouver dans les ports un facteur important pour l'optimisation de cette chaîne. Dans cette perspective, l'attractivité des ports dépend de manière incontournable de la création, l'amélioration et la mise en place de nouveaux facteurs pouvant présenter aux opérateurs commerciaux ces avantages. En effet, alors que le chargement et le déchargement sont des opérations traditionnelles réalisées dans les ports maritimes, la création de zones industrielles ainsi que la mise en place d'un système efficace de stockage visant à réduire les délais et les distances dans la chaîne logistique constituent des éléments d'attractivité internationale pour un port donné.

26. Les ports doivent donc s'adapter à leur nouveau rôle de maillon essentiel du transport mondial sur les plans organisationnel, fonctionnel et juridique.

27. Sur le plan juridique, il est essentiel d'examiner le régime juridique appliqué à ces derniers pour vérifier s'il est adapté à ces exigences.

28. En France, les autorités portuaires ont intégré l'objectif de l'industrialisation des zones portuaires dans leur politique. Ils ont essayé de dynamiser des zones industrialo-portuaires, lors d'une « *démarche prospective et partagée par les différentes parties prenantes* »²⁷. Cette démarche **coïncide** donc avec la politique des compagnies qui se sont mises à investir dans cette industrialisation. Pour ce faire, plusieurs armateurs se sont intéressés à l'investissement dans l'organisation et l'exploitation de la manutention portuaire, dans le but maîtriser cette chaîne. D'ailleurs, la manutention de la cargaison fait partie intégrante du contrat de transport maritime sous connaissement en fonction de la convention de Bruxelles²⁸.

29. Le développement de ces deux notions (de conteneurisation, d'industrialisation), en écho au développement du commerce international, a encouragé l'émergence de ce qui est considéré comme une « terminalisation » des ports. Cette notion est étroitement rattachée au

²⁷ ERRIZANI Fedoua, *Les réformes portuaires marocaines et françaises : entre enjeu de bonne gouvernance et incitation au partenariat public-privé*, Thèse, *op.cit*, p 228.

²⁸ Convention de Bruxelles du 25 août 1924 relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissement, Article 3.2

domaine des transports²⁹. Elle a été développée en tant que « *concept technique* »³⁰, mais elle a cependant engendré certaines organisations juridiques.

30. Même si elle n'est pas définie précisément par un texte juridique, la terminalisation constitue un système d'exploitation de plus en plus établi par les gestionnaires des ports, agissant en leur qualité de gestionnaires publics, ainsi que par les gestionnaires des terminaux, conformément aux conventions régissant l'occupation des dépendances publiques appartenant à l'autorité portuaire. Il s'agit du fruit de cette contractualisation visant l'organisation de l'exploitation d'un trafic spécifique dans les ports. Une organisation est également adoptée de manière informelle avec les entreprises installées sur la place portuaire en vue d'y investir.

31. Dès lors, il convient d'étudier l'impact *de cette distinction* entre les statuts de ces différentes entités, *ainsi que de leur interaction*. En effet, il s'agit d'un cadre d'exploitation où des personnes de droit public sont liées, sous un prisme de plus en plus commercial, à des personnes de droit privé. Etant donné que les régimes appliqués sont distincts, l'on est amené à examiner la question de la **confrontation** *entre deux branches de droit* (le droit public et celui privé) concernant ce **concept commercialisé** des ports maritimes.

32. En plus de l'interaction entre les gestionnaires publics et les entreprises privées qui gèrent et exploitent les terminaux en fonction des contrats, il est également possible d'identifier la **confrontation** d'intérêts entre les gestionnaires privés et d'autres *parties dans un cadre relevant uniquement du droit privé*, notamment les **usagers des services portuaires**. Dans tous les cas, ces liens se distinguent de ceux entre les investisseurs privés dans les activités portuaires et les gestionnaires portuaires publics, ces derniers impliquent généralement la mise en place des règles de *droit public*.

33. En effet, le potentiel conflit d'intérêts entre les exploitants privés et les gestionnaires publics dépend de plusieurs éléments de *ce droit*. Il est lié principalement aux conséquences juridiques du statut des ports de commerce en France. Depuis la loi créant leur statut³¹, ces

²⁹ « La Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international du 19 avril 1991 (13) définit les prestations ou des « services de transport » notamment comme le stockage, l'entreposage, le chargement, le déchargement, l'arrimage, le fardage, etc., opérations qui s'effectuent par nature dans un port maritime mais également au sein de plates-formes logistiques ou multimodales, dans des « ports secs »* ou encore dans des aéroports ». FEDI Laurent, « La notion de terminal : entre incertitudes *de jure* et certitudes *de facto* », DMF, n°692, 2008.

*Le port sec a vocation à être une zone d'activité logistique (ZAL) implantée à proximité d'un port. N. Fabbe-Costes : « Le rôle maritime des zones d'activités logistiques : mise en perspective », *Annales I.M.T.M.* 1995, p. 15. Cité dans L. FEDI, 2008.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes, JORF n° 0110 du 30 juin 1965.

derniers relèvent d'un régime de droit public³². La question se pose alors de savoir jusqu'où s'étend le **champ d'application** de ce droit dans les ports maritimes pour examiner cette question de confrontation

34. Le *premier élément* consiste en le **cadre institutionnel** mis en place. Celui-ci a débuté au début du XXe siècle par la création d'un Consortium³³ doté d'un conseil d'administration, Il s'est concrétisé à partir de l'année 1920 (avec la loi du 12 juin 1920), par la consécration de la « décentralisation du régime administratif des ports »³⁴, qui impliquait l'adoption d'une forme classique de droit administratif, à savoir « l'établissement public ».

35. Cette forme assurait une complémentarité entre l'autonomie et le contrôle, ou la « tutelle », ce qui pourrait finalement garantir le « respect de la répartition des pouvoirs et des compétences »³⁵.

36. Ce choix n'a pas été modifié uniquement pour des raisons liées à des évolutions découlant d'une décentralisation « territoriale » de certains ports relevant de l'Etat, alors qu'en principe, tous les ports relevaient de la compétence de ce dernier. Cette décentralisation a été effectuée en fonction de deux « vagues »³⁶, ce qui a conduit à transférer la propriété de certains ports aux collectivités territoriales. Par conséquent, c'est le droit public qui demeure principalement appliqué dans la gestion et l'organisation des ports maritimes, aussi bien dans les ports relevant du régime de rattachement à l'Etat que dans ceux dont le statut est lié aux collectivités territoriales.

37. En théorie, rien n'empêche de concilier les intérêts des propriétaires publics des ports maritimes avec ceux des investisseurs privés. Néanmoins, certaines caractéristiques de

³² Notamment en ce qui concerne leur régime administratif et financier.

³³ Leur création a émané de la loi Millerand du 5 janvier 1912 qui a consacré l'autonomie, afin de lier les parties participant au financement des ports par des fonds de concours. Cette loi a été adoptée en fonction du rapport Janet (JANET Léon, président de la commission des Travaux publics). Celui-ci a été inspiré du modèle italien *Consortio* établi à Gênes depuis 1903. Ce dernier aurait permis de remettre l'administration et l'exploitation du port à un syndicat comprenant les diverses parties prenantes. Rapport de L. Janet. Séance du 13 juillet 1906 - I. n° 349, A., an., S.O., p. 2033.

³⁴ MARNOT Bruno, « La politique des ports maritimes en France de 1860 à 1920 », *Histoire, économie & société*, vol. 18, n° 3, 1999, p. 658.

³⁵ Plessi. B Fasc. 136. Etablissements publics. – Statuts. Structures, *op.cit.*

³⁶ Dans le cadre de la mise en place de deux actes de décentralisation, mais plus précisément, des : Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, lorsque 600 ports ont été décentralisés, mais qui étaient de taille très réduite représentant moins de 5 % des trafics nationaux), et Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, concernant les ports dits « d'intérêt national », qui représentaient 20 % du trafic marchandise nationale et plus de 80 % du trafic passagers. Ils sont au nombre de 17 en France métropolitaine. V. DEBRIE Jean, LAVAUD-LETILEUL Valérie, « [La décentralisation des ports en France : de la recomposition institutionnelle aux mutations fonctionnelles. L'exemple de Toulon](#) », *Annales de géographie*, 2009/5 (n° 669), p. 498-521.

cette propriété peuvent sembler en contradiction avec les principes régissant ces investissements, qui relèvent des principes et des règles de droit privé.

38. Le *deuxième élément* lié au droit administratif et pouvant poser une limite réside dans le principe qui régit l'exercice des **missions** dont serait chargé l'établissement portuaire. Il s'agit de la **spécificité** de ce régime, à savoir le régime juridique **du service public**. Celui-ci se caractérise notamment par une « exorbitance du droit commun »³⁷, entraînant la consécration d'un régime juridique spécifique³⁸. Ce dernier découle de la présence, dans la gestion portuaire, d'un intérêt général, ou d'un intérêt de la collectivité dont l'établissement public est chargé de garantir et d'en assurer le contrôle. Cependant, ce contrôle ne semble pas se limiter à un simple aspect de gestion, mais implique une véritable implication dans tous les services portuaires, qui peuvent être divisés en deux axes principaux : ceux liés au maintien de l'**ordre public** et d'autres liés à des **activités économiques**.

39. Ce constat a, notamment concernant les activités économiques, été justifié par plusieurs éléments généraux et spécifiques à la gestion portuaire. Il s'inscrit tout d'abord dans le principe caractérisant la présence de ce qui est qualifié de service public industriel et commercial, **SPIC** portuaire, qui consiste en la possibilité de prendre en considération un certain intérêt général dans des activités commerciales dans les ports maritimes. Dans ces derniers, ce sont notamment les activités de manutention portuaire³⁹ et celles d'assistance nautique effectuées⁴⁰ pour le compte des navires, qui présentaient ce critère.

40. Par conséquent, c'est l'établissement public portuaire qui gèrait ces activités ou s'assurait de leur gestion par le biais de la délégation. Quant au contrôle, il s'effectuait par des différents moyens : soit par des **autorisations**, soit par des **contrats**. Ainsi, un régime d'autorisation assurait le contrôle des services nautiques, alors que, concernant les services de la manutention, il s'agissait de mettre en place la contractualisation des services avec des opérateurs privés, et ce, en fonction des contrats administratifs dont l'objet contient souvent certaines contraintes.

³⁷ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène, DEFFIGIER Clotilde et VIROT-LANDAIS Aurélie, *Droit des services publics*, 4e édition., Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2021, p. 51.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Le stockage, le chargement et le déchargement des marchandises. Il s'agit des services effectués dans l'enceinte terrestre de l'infrastructure portuaire.

⁴⁰ Les activités de pilotage et de remorquage des navires.

41. Dans tous les cas, l'établissement public portuaire était considéré comme chargé de ces missions sous un régime de service public industriel et commercial. Cette consécration du **SPIC** portuaire a engendré la qualification jurisprudentielle de l'établissement public portuaire en tant qu'*établissement public à double visage*⁴¹.

42. En plus du **SPIC**, le service public administratif, **SPA**, étroitement lié au maintien de l'intérêt général et de l'ordre public, implique la présence de prérogatives de puissance publique, qui sont à leur tour, associées au concept d'imposition de « clauses exorbitantes du droit commun »⁴².

43. Le *troisième élément* du droit administratif français appliqué dans les ports est la **domanialité publique**. C'est un régime spécifique se rattachant à la maîtrise, par une personne de droit public, d'un bien essentiel pour une utilité publique. La propriété publique constitue un concept juridique, relativement nouveau, ce n'est qu'à partir de 2006, avec l'entrée en vigueur du **CGPPP**, que le cadre juridique de cette propriété a été déterminé, en représentant la « *notion centrale autour et à partir de laquelle s'organise le droit administratif des biens* »⁴³. La propriété privée des personnes publiques ne présente pas les mêmes contraintes que celles s'appliquant à la disposition des personnes publiques sur le domaine public⁴⁴. Concernant le domaine portuaire, l'application de la domanialité publique peut se justifier par la nature *stratégique*⁴⁵, notamment celle du domaine public artificiel⁴⁶, des infrastructures de transport. Ce sont des voies essentielles pour « la liberté de circulation », en tant que droit pour tout

⁴¹ Qualification attribuée par la jurisprudence à certains établissements exerçant une autre activité, à côté de celles constituant l'objet de leur spécialité. En principe, tout établissement public est une personne publique *sui generis*, qui exerce dans ce cadre une activité limitée par sa spécialité statutaire. En ce qui concerne les ports autonomes, le Conseil d'Etat a confirmé le « double visage » de cet établissement. CE. Sect., 26 juillet 1982 - ministre du budget c/ établissement public « Port autonome de Bordeaux » - Rec. p. 293, *DMF* 1982.724, note R. Rézenthel.

⁴² ANTOINE Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Thèse, Grenoble 2, 2007, p. 7.

⁴³ GAUDEMET YVES, *Traité de droit administratif : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*. Tome 2. Droit administratif des biens, 14e édition., Paris, LGDJ, 2011, p. 1.

⁴⁴ LANGELIER Élise et POUILLAUDE Hugo-Bernard, *Traité de la propriété publique*, Antony, Éditions Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2015, p. 21.

⁴⁵ CHAMARD-HEIM Caroline, *Droit des biens publics*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2022, p. 41.

⁴⁶ Si le domaine public artificiel relève désormais de la propriété des GPM, les composantes maritimes-terrestres du domaine portuaire naturel, comme les plages et les eaux territoriales, semble relever de la propriété exclusive de l'Etat. Le domaine public portuaire naturel est toujours la propriété de l'Etat en France, ce y compris à la suite de la réforme de 2008, le GPM créé en fonction de cette réforme est seulement gestionnaire et non propriétaire de celui-ci, *ibid.*, p. 40.

* Concernant les eaux territoriales, « l'exercice de la souveraineté de l'Etat apparaît plus en conformité avec le droit international que la jouissance d'un véritable droit de propriété ».

individu⁴⁷, dont la mise en place doit être encadrée. Ce droit de propriété du domaine public n'est pas équivalent⁴⁸ à celui du propriétaire sur son bien privé⁴⁹, mais consiste seulement en la garde de la chose, ainsi qu'en sa conservation.

44. Or, en pratique, concernant certaines dépendances du domaine public, en tant que des propriétés des personnes publiques, des confrontations d'intérêts peuvent découler de cette propriété, comme c'est le cas dans les ports, et ce notamment lorsque le domaine portuaire constitue le « support » des activités exercées par les entreprises privées. Ainsi, ces entreprises peuvent se trouver, lors de leurs investissements, régis par deux régimes juridiques différents. Les règles de ces deux régimes peuvent s'opposer car elles ont été élaborées de manière indépendante : ceux sont les règles de droit commun régissant les relations commerciales dans une économie de marché, et les règles de la domanialité publique rassurant la protection de la propriété publique⁵⁰.

45. Cependant, on peut se demander pourquoi il existe une confrontation entre le droit public, avec ses différents éléments et composantes de droit administratif, et le droit privé dans les ports de commerce. Plus précisément, cette confrontation éventuelle est-elle une **donnée nouvelle introduite à la suite des évolutions survenues** dans le secteur portuaire et du transport ? Il semble que les principes régissant les activités commerciales (à savoir le droit de la concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie) se trouvent limités par ceux liés aux principaux piliers du droit public portuaire, c'est-à-dire à la domanialité publique, au service public et aux prérogatives de la puissance publique en général. Néanmoins, cette confrontation a été encadrée par une acceptation de la conception du port maritime en tant que « port service »⁵¹, c'est-à-dire port dont les missions intègrent une vraie dimension opérationnelle et ne se limitent pas à un aspect stratégique, comme c'est le cas du modèle de « port propriétaire ».

46. Cette conception de port service était cependant assurée juridiquement par les lois régissant respectivement les trois piliers du droit public précités, tout en assurant certaines adaptations juridiques à chacun d'entre eux. Par exemple, en ce qui concerne la compétence

⁴⁷ Qui est garanti par l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme depuis 1948 (10 décembre 1948).

⁴⁸ CHAMARD-HEIM Caroline, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 40.

⁴⁹ En fonction de l'article 455 du code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ».

⁵⁰ Voir en ce sens SORBARA Jean-Gabriel, *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 2016, p. 97 et s.

⁵¹ Il existe, dans le monde, deux conceptions techniques des systèmes portuaires : à savoir le port service ou « Tool port », et le port propriétaire, ou « Landlord port ». V. LEVEQUE Laurent, « Le nouveau rôle des autorités portuaires dans l'adaptation des clusters aux enjeux de la globalisation. », *L'Espace Politique* [En ligne], 16 | 2012-1, mis en ligne le 21 mars 2012.

jurisprudentielle dans les cas de litiges liés à l'exercice des **SPIC**, c'est la juridiction judiciaire qui se retrouvait compétente. En ce qui concerne la domanialité publique, les modifications apportées à ce régime depuis les années 90 avaient pour objectif de présenter des garanties supplémentaires, incitant ainsi les entreprises implantées à investir dans un domaine public. Quant aux prérogatives de la puissance publique, elles aussi sont encadrées par un régime précis afin d'éviter un détournement de leur finalité. Cependant, dans le secteur portuaire, et à la lumière de la diffusion de la conception économique des ports de commerce, il est rare de trouver actuellement, dans le monde, une conception du port service. Or, la question se pose de savoir si, en France, l'attachement à celle-ci ne constituerait pas un risque pour les ports français d'être écartés du domaine concurrentiel et de ne plus pouvoir participer au mouvement amplifié de l'échange commercial. Cette question fut la motivation centrale des discussions parlementaires à la veille de la réforme portuaire de 2008. Nous pouvons bien imaginer une réforme consistant en la stabilisation du régime de ces ports, notamment au sein d'une forte conception française du service public. Cependant, les rapports effectués vers la fin de la première décennie du XXI^e siècle ont conclu à la nécessité de certaines mesures pour adapter le modèle français de la gestion portuaire, notamment en ce qui concerne l'implication des instances portuaires dans les services portuaires. Cela a finalement engendré une refonte de la relation public-privé dans le régime juridique des **GPM**, refonte qui visait principalement les établissements publics portuaires gestionnaires des ports de commerce.

47. L'étude des ports maritimes qui serait menée lors de cette thèse concerne ainsi ces derniers. Ils ont été longtemps régis par ce qui est qualifié d'autonomie de gestion, mais la loi portant réforme portuaire de 2008 a ajusté leur statut pour y apporter certaines modifications, consistant notamment, et en termes d'objectif général, à les mettre en conformité avec les autres ports concurrents, selon le système connu comme étant celui de port propriétaire, ou « *land port* ».

Or, les justifications de cette adaptation ne sont pas limitées à un aspect concurrentiel volontaire, visant l'amélioration du positionnement des ports français par rapport à leurs concurrents. Elles découlent également d'une pression juridique extérieure engendrée par l'application du droit européen au secteur portuaire pour plusieurs raisons.

Le *premier élément*, qui constitue, du fait de ses conséquences, l'aspect contraignant de la libre concurrence, découlant de l'application du droit européen de la concurrence aux activités portuaires, en interdisant ainsi tout comportement introduisant la distorsion de la concurrence entre les pays membres. Il s'agit là d'une qualification jurisprudentielle d'une

activité portuaire en activité concurrentielle et qui, de ce fait, doit être exercée en respectant les lois du marché commun⁵². En ce sens, il semble que tous les aspects du droit public portuaire seront à revoir à la lumière de ce droit.

Le *second élément* de cette pression juridique européenne découle de « l'ambition »⁵³ de la Commission européenne de faire intégrer les infrastructures portuaires au réseau transeuropéen de transports, **RTE-T**⁵⁴. Cette intégration ne laisserait pas les organismes européens neutres par rapport à la performance de ceux-ci, comme le montre notamment la présence, au sein de ce programme, de plans de financement visant cette amélioration⁵⁵. Il s'agit de faire des infrastructures portuaires un élément de libéralisation des transports dans l'Union européenne, et ce dans l'objectif de la création d'un « *marché intérieur, de la cohésion et du transport durable* »⁵⁶.

De plus, dans le domaine portuaire, un règlement sectoriel a été adopté en 2017⁵⁷, établissant un cadre pour la prestation de services portuaires et instaurant des règles communes visant la transparence financière des ports. Cela témoigne de la volonté continue de l'Union européenne de favoriser une harmonisation des systèmes d'exploitation des services portuaires sur le marché commun.

La limite du régime portuaire français avec les principes européens consiste donc dans sa contradiction avec le droit commun européen, qui encourage une mise en pratique de règles dépourvues d'une exorbitance, ou applicables dans l'organisation des relations entre les personnes privées, mais également d'une politique économique planifiée au niveau européen pour le développement des infrastructures de transport en Europe.

⁵² Lorsque la libre circulation et concurrence constituent « les deux piliers » de ce marché. Jules STUYCK, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in *Mélange en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1477 s.

⁵³ La Commission a annoncé son ambition, qui figurait depuis 1997 dans son Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, de faire inscrire les ports dans le RTE-T et de voir adopté un cadre réglementaire adéquat permettant la libéralisation des marchés des services portuaires. (Commission des Communautés européenne, Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, Bruxelles, le 10.12.1997 COM (97) 678 final.

⁵⁴ C'est un « *programme de développement des infrastructures du secteur dans l'Union européenne. Il vise à faciliter la connexion entre les réseaux routiers, ferroviaires et fluviaux ainsi que les ports et les aéroports des Etats membres.* ». Ce programme s'appuie sur plusieurs textes et modifications, le dernier étant le Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE, qui a notamment consisté en la création de l'interconnexion en Europe.

⁵⁵ Cette participation financière ne relevait que d'un rôle catalyseur.

⁵⁶ Livre Vert : *un réexamen des politiques dans l'objectif d'une meilleure intégration du RTE-T au service de la politique commune des transports*. COM (2009).

⁵⁷ Règlement n° 2017/352 du Parlement Européen (PE) et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports.

§4- L'objet de la réforme portuaire étudié par la présente thèse

48. Une réforme juridique a ainsi été introduite afin de répondre à toutes ces données de nature variée, ce qui a conduit à la création, en 2008, de sept **GPM** en métropole. Ce sont les **GPM** de Dunkerque, Le Havre, Rouen, Nantes Saint-Nazaire, La Rochelle, Bordeaux et Marseille. Les grandes lignes de cette réforme portaient sur la concentration des établissements publics portuaires sur leurs missions administratives et sur la suppression de l'exercice des services qualifiés de concurrentiels⁵⁸ par le droit européen, à savoir des services liés à la **manutention portuaire**. Cette exclusion a entraîné, par une réorganisation juridique, le transfert des équipements publics aux **entreprises privées**. Ainsi, l'article 7 de la loi portant réforme portuaire prévoit que « *les grands ports maritimes cessent d'exploiter les outillages mentionnés au II de l'article L. 101-3 du même code dans un délai qui ne peut excéder deux ans à compter de l'adoption de leur projet stratégique. La propriété de ces outillages ou, s'ils sont immobiliers, les droits réels qui leur sont attachés sont cédés à des opérateurs de terminaux dans les conditions définies à l'article 9.* ». Il s'agit notamment des services liés à l'exploitation des outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires⁵⁹. Cela, ne constitue-t-il pas la suppression de tout rôle économique des nouveaux **GPM** ? Si la réponse est positive, l'enjeu est important, car il est synonyme de refonte radicale du régime économique portuaire et ce, en écartant l'activité économique portuaire de tout contrôle public.

49. Or, la création des **GPM-OM** en 2012⁶⁰, qui a dupliqué la réforme de la métropole, tout en y apportant des modifications, pourrait démontrer la dimension et l'orientation de cette évolution. Ainsi, le régime réformé de ceux-ci n'a pas présenté les mêmes évolutions que celles ayant caractérisé les premiers. Cette adaptation est basée sur l'article 73 de la Constitution⁶¹ et motivée par certaines **spécificités** pour finalement donner lieu à deux amendements législatifs essentiels du texte de la réforme de 2008. Ces motifs consistent notamment en la nécessité d'impliquer davantage les collectivités locales dans la gouvernance de ceux-ci et de ne pas

⁵⁸ CJCE 10 décembre 1991, *Mercati Convenzionali porto di Genova* - aff. n° C-179/90., pt. 27. V. *infra*, 1^{ère} partie, 2^{ème} chapitre.

⁵⁹ Article L 101-3 II du Code des ports maritimes : « *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...* ».

⁶⁰ 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, *op. cit.* Ce sont les GPM de Guyane, Martinique, Guadeloupe et Port-Réunion.

⁶¹ Le premier alinéa de cet article dispose, en effet, que « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ».

appliquer le transfert des outillages portuaires au secteur privé⁶². La raison essentielle de cette adaptation est liée au fait que ces ports ne figuraient pas dans le réseau concurrentiel présenté entre les ports français d'un côté, et ceux concurrents, ainsi que les investisseurs privés⁶³, de l'autre.

50. Nous pouvons constater, en ce qui concerne les **GPM** métropolitains, que cette réforme de 2008 consistait en la mise en œuvre d'un texte législatif en tant que vecteur de l'évolution de l'économie, puisque, juridiquement, cette réforme reflétait la tendance à « *la simplification et la souplesse visant une libéralisation, autant que possible, des économies* »⁶⁴. Or, la conception actuelle de l'implication économique des personnes publiques témoigne des évolutions conséquentes⁶⁵ caractérisant cette finalité. Celle-ci, en tant qu'objet essentiel du droit public de l'économie⁶⁶, subit des adaptations éminentes, qui demeurent cependant paramétrées par « *deux indices* ». Ces dernières « *se corrigent mutuellement, sans pouvoir se soumettre totalement : des choix politiques endogènes et des contraintes économiques exogènes* ». Sur le plan juridique, cela ne pouvait-il consacrer une certaine conciliation entre droit public et droit privé ? La question se pose donc de savoir en quoi la réforme de 2008 des **GPM** coïncide avec cet aspect de conciliation, ou de surcroît, le consacre⁶⁷.

51. Les objectifs envisagés par le choix de la réforme de 2008 peuvent être analysés à la lumière des *dispositions* prévues, et ce, à plusieurs niveaux et en fonction de divers justificatifs. Elles semblent s'inscrire dans une perspective de conciliation entre intérêts publics et privés dans la gestion portuaire.

⁶² Comme l'indique l'étude d'impact du projet de loi, « *le constat de l'organisation actuelle de la manutention outre-mer met en évidence, avant toute réforme, une prédominance au sein des entreprises de manutention du principal armement maritime qui en détient, directement ou indirectement, l'essentiel du capital* ». Cette situation conduit à ce que « *le transfert des outillages à l'opérateur déjà présent aboutirait à une situation de monopole privé susceptible de générer des dérives inflationnistes dans des départements déjà nettement concernés par cette situation* », p. 31.

⁶³ Les entités portuaires, en exerçant des activités concurrentielles en situation de monopole par rapport à des entreprises privées, peuvent être considérées en position dominante à l'égard des règles européennes de la concurrence et un risque « d'abus de position dominante » pourrait apparaître à leur égard.

⁶⁴ ERRIZANI Fedoua, *Les réformes portuaires marocaines et françaises*, op. cit., p. 8.

⁶⁵ « *A partir de 1945, le droit public de l'économie ne s'inscrit plus dans une logique strictement négative consistant, pour l'essentiel, à empêcher la puissance publique d'agir sur les flux et mécanismes économiques* » ; il emprunte au contraire des « *voies qui favorisent l'intervention positive de l'Etat dans l'économie, notamment en tant qu'opérateur ou actionnaire* », BRACONNIER Stéphane, *Droit public de l'économie*, Thémis droit, éd. 2, 2017, p. 6.

⁶⁶ « *Le droit public de l'économie qui peut être sommairement défini comme la partie du droit public (droit qui régit les personnes publiques : Etat, collectivités locales, établissements publics et personnes publiques sui generis), qui porte sur le domaine de l'économie* », DELVOLVE Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 1.

⁶⁷ Sur cette évolution voir aussi MOUTON Stéphane, « *À propos de la réforme portuaire : un nouveau visage pour les établissements publics* », RDP, Lextenso, 1^{er} janvier 2010.

52. En *premier lieu*, il convient d'analyser la pertinence du **cadre institutionnel** en question. Le choix s'était porté sur l'adoption d'une **formule classique** de gestion en droit administratif, qui était celle de l'établissement public. Celui-ci est étroitement lié à la notion de « service public »⁶⁸, ce qui signifie que la priorité de la production portuaire demeure rattachée à une forte notion d'intérêt général. Cependant, la formule de l'établissement public subit des critiques propres à elle. Celles-ci émanent principalement dans le périmètre de sa compatibilité avec les principes régissant l'économie de marché, cette incompatibilité ne dépassant donc pas l'aspect concurrentiel.

53. Le régime de la propriété publique de l'établissement portuaire du domaine portuaire implique, tout d'abord, l'application du régime spécifique de la domanialité publique. Ce dernier présente plusieurs caractéristiques relevant d'un aspect régulateur pour la protection de cette propriété, mais qui peut constituer des entraves pour les principes régnant dans l'« économie de marché »⁶⁹. Cette divergence représente une tendance générale dans le domaine public par rapport aux objectifs économiques qui lui sont attribués depuis le milieu du XXe siècle⁷⁰. Il s'agit notamment du passage d'une « *politique de conservation à une politique d'exploitation* »⁷¹ de ce domaine. D'ailleurs, dans le secteur portuaire, des objets économiques sont projetés par les études pré-législatives dans la perspective d'une réforme. D'éminents auteurs ont constaté cette incompatibilité dans ce secteur en évoquant notamment les conditions d'occupation du domaine public⁷².

⁶⁸ Cette notion, selon CHEVALIER Jacques, renvoie à plusieurs thèmes comme le « Bien commun », l'« Intérêt général », l'« Utilité publique », mais elle présente en France « une coloration singulière » puisqu'elle a été « érigée à la hauteur d'un véritable mythe, c'est-à-dire l'une de ces images fondatrices en servant de point d'appui et de support à la construction de l'identité collective. ». En ce sens J. Chevalier détermine en quoi la notion de service public présente tous les aspects essentiels caractérisant un mythe, à savoir : « l'ampleur et la profondeur des résonances qu'il éveille ; les glissements de significations qu'il autorise ; la force agissante attestée par les effets sociaux et politiques qu'il produit ; la tension entre la représentation et la réalité ». CHEVALIER Jacques, *Le service public*, Que sais-je ? 1987, p. 3. Voir aussi l'ouvrage de Pierre Esplugas-Labatut, *Le service public*, Dalloz 5 édit, 2023.

⁶⁹ L'économie de marché peut être définie comme « la combinaison de la liberté et de la concurrence, et elle assure un équilibre entre offre et demande, production et consommation, qui conduit à la croissance économique ». DANIEL Jean-Marc, « l'économie de marché : liberté et concurrence », *L'économie politique*, n°37, Vol 1, 2008, p. 38-50.

⁷⁰ Ainsi, selon le commissaire au gouvernement CHENOT. B en 1944, « le domaine n'est plus seulement un objet de police administrative, mais un bien dont l'administration doit assurer, dans l'intérêt collectif, la meilleure utilisation ». Concl. CHENOT Bernard sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, D. 1944, p. 164.

⁷¹ LAVAL Nathalie, « Développement économique et domaine public », *Les Petites Affiches*, n° 82, 9 juillet 1997, p. 8-17.

⁷² REZENTHEL Robert, « La domanialité publique portuaire une sérieuse contrainte pour les investissements privés », *DMF*, n° 728, 1er septembre 2011, p. 757-765.

54. En *second lieu*, un autre motif potentiel de divergence réside dans **les modalités de l'engagement économique** de l'établissement public portuaire. Celui-ci se trouve dans une position délicate du fait de son exercice d'activités concurrentielles sous un régime dérogatoire au droit commun, sous prétexte qu'elles sont considérées comme des services publics en France. Cette situation pourrait être en opposition avec les règles du droit européen. En effet, l'établissement public bénéficie de certains privilèges par rapport aux autres opérateurs économiques, alors que, selon le droit européen, tous les opérateurs économiques, qu'ils relèvent du secteur public ou privé, doivent bénéficier de manière égale des droits et principes européens, notamment en ce qui concerne les libertés économiques. Par exemple, l'existence d'une « **garantie illimitée** » au profit des établissements publics, qui ne peuvent faire faillite contrairement aux entités de droit privé, constitue une aide d'État incompatible avec les règles de concurrence établies par le droit européen. Cette **particularité** de l'établissement public a conduit certains juristes à parler de sa « condamnation »⁷³.

55. Ces critiques et divergences représentent des *caractéristiques intrinsèques* du régime même de l'établissement public, notamment lorsqu'elles entrent en contradiction avec les règles du droit européen. Ainsi, une incompatibilité entre la relance économique des ports commerciaux et le statut d'établissement public peut être clairement observée. Une réponse à cette problématique semble avoir été apportée par le législateur, qui, en **confirmant** ce statut, a établi la création des **GPM** dans le but de résister aux critiques et de consacrer leur viabilité. La réponse essentielle résidait dans l'établissement d'un **régime pragmatique**, confirmant à la fois l'intérêt général attaché à l'établissement public et clarifiant ses missions. L'ambiguïté du caractère lié au statut des anciens établissements publics portuaires (ports autonomes) a été dissipée par **la clarification des missions des nouveaux établissements publics portuaires (EPP)**, les **GPM**, qui cessent d'exercer les activités considérées comme concurrentielles par le droit européen.

56. En plus, l'intégration renforcée des acteurs privés dans l'exploitation portuaire a nécessité une révision de **l'aspect organisationnel** des ports. La réforme portuaire de 2008 a introduit une évolution caractéristique de l'organisation des **GPM**. Ceux-ci se sont vu dotés de nouveaux organes, semblables à ceux des entreprises privées. Au-delà de cette nouveauté par rapport aux anciens conseils administratifs des ports autonomes, ces organes assurent une

⁷³ NOUGUELLOU Rozen, « La condamnation du statut d'EPIC », *Droit administratif*, n° 11, 1^{er} novembre 2012, p.3 ; LOMBARD Martine « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, n°2, 16 janvier 2006, p. 79-84.

représentativité modernisée des acteurs portuaires privés. Leur périmètre d'action a été révisé pour les inclure dans la prise des décisions relatives à la gestion et à l'exploitation portuaire, et ce, en se référant à ce qui est qualifié de nouvelle « gouvernance »⁷⁴ des **GPM**.

57. En plus des limites intrinsèques découlant de la limite **organisationnelle et institutionnelle** de l'établissement public, les conditions d'exercice des activités économiques sous un régime exorbitant constituaient une autre limite que les personnes publiques chargées des ports devaient ajuster et clarifier

58. . Il s'agissait là d'une *limite extrinsèque* du régime juridique portuaire et que la réforme de 2008 est venue en réduire les conséquences par cette clarification des **missions**. En effet, les évolutions du **droit européen** ont conduit à une modification de la qualification des activités portuaires, rendant leur régime d'exploitation par l'**EPP** non conforme aux règles de celui-ci. Par conséquent, une **adaptation fonctionnelle sous l'influence du droit européen** s'est opérée par une redistribution des missions entre les acteurs portuaires privés et publics, en conformité avec ce droit.

59. Cette adaptation, que ce soit pour des raisons économiques ou juridiques, ne saurait cependant être sans influence sur le **paramètre du service public portuaire**. Celui-ci se voit également redéfini au sens d'une réduction de ce qui était considéré comme **SPIC**. Cela a permis au régime portuaire de se mettre en conformité avec les règles du droit européen, dès lors que les activités commerciales seraient exercées en respectant ces dernières. Ceci s'est notamment manifesté par l'intégration des notions propres au droit européen, remplaçant ainsi la notion de **SPIC**⁷⁵ par les règles issues du régime du « service d'intérêt économique général »⁷⁶.

60. Nous pouvons en déduire que les limites fonctionnelles et organisationnelles du régime des anciens ports maritimes ont été réduites par une démarche législative pragmatique, clarifiant à la fois le modèle d'**administration** des **EPP** et leurs **missions**

⁷⁴ Notion qui renvoie à un exercice du pouvoir par plusieurs acteurs et qui privilégie une perspective en termes de processus (DAU Elisabeth, « Gouvernance », in KADA Nicolas et MATHIEU Martial (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, Grenoble, PUG, Coll. « Droit et action publique », 2014, p. 249.

⁷⁵ La conception de cette notion en droit européen ne semble pas neutre par rapport à l'utilisation de celle de service public, et ce au sens où la charge symbolique de la notion de service public se heurte aux concepts juridiques de l'UE. R. Kovar oppose en ce sens ces deux concepts sous la forme d'une opposition entre l'orthodoxie pour le premier, et la laïcité pour le second. KOVAR Robert, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 1996, p.493.

⁷⁶ C'est une notion issue du droit originaire du droit de l'UE : Article 1026, §2 du TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 47–390).

61. Dans une perspective plutôt *pratique*, la quête de l'adaptation du **GPM** impliquait également l'analyse des **moyens déployés** par l'autorité publique gestionnaire pour remplir ses missions, notamment en ce qui concerne la gestion du domaine public et des infrastructures portuaires. Il s'agit principalement des **contrats administratifs** et des **actes administratifs en forme d'autorisations unilatérales**. Ainsi, après avoir intégré pleinement le secteur privé dans l'exploitation portuaire à la suite du transfert des outillages nécessaires à l'exercice des activités de manutention portuaire⁷⁷, il est pertinent de réviser le régime des contrats administratifs, notamment en ce qui concerne leur rapport avec le régime du service public et de la domanialité publique. Cette révision s'inscrit dans une évolution générale de la catégorie des contrats administratifs et a abouti dans le secteur portuaire à la mise en place de conventions spécifiques pour l'exploitation des **GPM**. Ainsi, l'appréhension des notions géographiques et fonctionnelles, concrétisées dans le système des « terminaux portuaires », a conduit à l'établissement du régime spécifique de « la convention de terminal ».

62. Une chose est certaine : l'intégration des acteurs privés a entraîné d'importantes évolutions juridiques dans le secteur portuaire, conduisant à certaines conformités avec le droit commun ainsi qu'avec le **droit européen**. Ce dernier régit désormais de nombreux aspects liés à la gestion et à l'exploitation portuaires. Dès lors, ce secteur, étroitement lié aux nécessités **d'intérêt général**, s'est vu influencé par des principes et notions visant à placer le port, en tant qu'établissement public, sur un pied d'égalité avec les entreprises privées de la place portuaire, voire à neutraliser l'effet exorbitant du rôle économique du gestionnaire portuaire.

63. Or, le **rôle économique** des **GPM** ne devrait pas être réduit à de simples notions pragmatiques destinées à faire partie intégrante du marché commun. Le **EPP** est en effet chargé en vertu de son statut des missions s'attachant à un intérêt général qui dépasse les seuls intérêts économiques. Il s'agit principalement de **la réalisation des objectifs de développement durable**, qui prennent en compte les exigences environnementales et sociales, à mettre en avant pour pérenniser la croissance économique.

64. L'implication économique des **GPM** ne serait alors pas totalement effacée, mais plutôt **modernisée** pour occuper une position de *pilote général*. Cependant, des **défis** majeurs semblent caractériser la réalisation de cette mission, et ce, lors de l'arbitrage entre des intérêts contradictoires.

⁷⁷ En fonction de la loi portant réforme portuaire de 2008.

65. Ces défis tiennent notamment à l'application conséquente d'autres branches du droit dans l'exploitation portuaire et dont les finalités sont en opposition à celles liées au pur objectif du développement économique. Il s'agit des règles issues du **droit de l'environnement**. La **conciliation** entre ces objectifs semble incontournable en vertu des réglementations en vigueur.

66. Le respect de l'objectif de **l'intermodalité**⁷⁸ et de la complémentarité entre les modes de transport constitue également un défi pour le gestionnaire portuaire, et ce, dans une finalité qui s'attache au cadre général de la protection de l'environnement. Il s'agit de mettre en place une politique du report modal et d'encourager l'utilisation des modes de transport moins polluants, ce qui a été notamment « impulsé »⁷⁹ depuis 2007 par des engagements environnementaux lors des rencontres du **Grenelle de l'environnement**⁸⁰. Ce processus a stimulé le développement des infrastructures de transport alternatives, nécessitant une réorientation de la planification des infrastructures tant au niveau étatique que local. Toutefois, ce **défi** offre également des **opportunités** pour établir de nouvelles formes de collaboration et de coordination en vue de sa réalisation.

67. Il s'agit en ce sens de mettre en place une politique consacrant le *port aménageur*⁸¹, qui devrait prendre en considération l'ensemble des différents *défis*, tout en ne négligeant pas « *l'orientation client, à savoir l'impérieuse nécessité de capter les trafics nécessaires au développement de la place portuaire* »⁸². Cette politique portuaire devrait donc refléter une planification de l'action économique dans l'espace, qualifié de « **politique d'aménagement du territoire** ». De surcroît, la constitution des ports autonomes depuis 1965 est étroitement liée à l'action d'aménagement du territoire. Bien que cette création ne semblât pas découler directement d'une politique d'aménagement, sa finalité coïncidait avec celle-ci.

⁷⁸ Ce dans l'objectif de « la transition vers une mobilité plus propre », qui constitue un pilier de la politique publique en ce qui concerne les transports et organisée législativement par la loi d'orientation des mobilités LOM de (L° 2019-1429 du 24 décembre 2019). Cette politique devrait d'ailleurs être mise en conformité avec la politique européenne en matière de « mobilité durable et intelligente ». V. Rapport d'information n° 4599, 20 oct. 2021 de la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale sur la stratégie européenne en matière de mobilité durable et intelligente.

⁷⁹ ALVES Carlos-Manuel, « Fasc. 2350- Transports et développement durable », *JurisClasseur Environnement*, 20014.

⁸⁰ Ensemble des rencontres rassemblant État, collectivités locales, partenaires sociaux et ONG investies dans les questions environnementales autour des thématiques environnementales. Parmi les traductions législatives des conclusions de ces rencontres, figurent notamment la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, (du 3 août 2009 dite « loi Grenelle 1 »), et la loi portant engagement national pour l'environnement (du 12 juillet 2010 dite « Grenelle 2 »).

⁸¹ FEDI Laurent, « La consécration et les défis du port aménageur », *DMF*, n° 753, 1er décembre 2013.

⁸² *Ibid.*

68. Il y a ici une certaine convergence intrinsèque créant une opportunité importante pour impliquer les **GPM** dans les enjeux d'aménagement du territoire.

69. Cette approche a été confirmée à plusieurs reprises, ainsi, M. Renaud SPAZZI, Directeur de l'aménagement au **GPMM**, l'a précisé en « *mettant en évidence que les attentes des territoires représentent une pression de plus en plus forte sur l'autorité portuaire qui devient plus qu'un simple gestionnaire. C'est un partenaire de l'aménagement du territoire local qui apporte sa compréhension et sa pratique des enjeux globaux tels que ceux de la compétitivité, la gouvernance, l'hinterland. En effet, l'autorité portuaire doit savoir répondre aujourd'hui à la fois aux attentes du global et du local.* »⁸³.

70. La modernisation du rôle économique des **GPM** en le plaçant sur un pied d'égalité avec les acteurs portuaires privés les a positionnés en tant que *partenaires*. Cette perspective s'inscrit cependant dans une politique économique plus générale concernant les personnes publiques agissant dans le marché, et assumant un rôle financier pour le pays. Le secteur portuaire revêt une importance stratégique, et le maintien de l'implication économique des autorités gestionnaires, en tant qu'entités fonctionnellement décentralisées de l'État, représente un atout économique majeur. La reconnaissance de ce concept de port partenaire pourrait permettre d'aligner davantage son intervention économique sur celle adoptée dans le droit commun. Il s'agit de recourir à la **contractualisation** de l'administration portuaire et des rapports portuaires avec les différents acteurs concernés par le développement économique des ports de manière durable. Cette approche pourrait instaurer un **nouvel encadrement des rapports de force** propres à l'exploitation portuaire, nécessitant ainsi une **modernisation de l'administration** publique portuaire.

71. Ces perspectives d'évolutions sont toutes étudiées par rapport à un cadre limité de la formule de l'établissement public. Cependant, les évolutions dans les secteurs économiques proches de celui des ports laissent entrevoir la possibilité d'un **éventuel changement** du statut des **GPM**, notamment à la suite d'un rapprochement, constant et multidimensionnel, du droit portuaire avec le droit commun régissant les entreprises privées. La **privatisation des entreprises publiques**, une tendance depuis les années 90, présente des caractéristiques variées, toutes convergeant vers une *libéralisation* des services fournis par ces entreprises. Cette

⁸³ FEDI Laurent, « La consécration et les défis du port aménageur », *op. cit.*

évolution repose juridiquement sur « *la liberté et la loyauté de la concurrence* »⁸⁴, tandis que sur le plan économique, elle est ancrée dans le « libéralisme »⁸⁵. Il semble donc pertinent de vérifier la possibilité de privatiser les **GPM** en fonction de l'opportunité économique et l'évolution juridique de ces entités. Une telle perspective transformerait-elle le port en un **partenaire plus agile** dans l'exploitation portuaire, abordée dans ses nouvelles dimensions ?

§5- La problématique

72. Cette thèse soulève plusieurs interrogations qui découlent toutes d'une problématique centrale : l'étude du ***régime juridique régissant les grands ports maritimes (GPM), visant à évaluer sa capacité à garantir simultanément les exigences économiques importantes et l'intérêt général en constante évolution***. La confrontation entre le droit de l'environnement et les objectifs de croissance économiques constitue un sujet d'actualité de grande ampleur. Par conséquent, l'analyse du modèle portuaire du **GPM** en tant qu'instrument juridique de « médiation » entre la réglementation et le partenariat revêt un enjeu juridique important. Dans cette optique, nous examinerons en particulier ***la capacité de la réforme de 2008 à permettre aux grands ports maritimes français de relever les défis économiques et environnementaux qui se présentent***.

73. Ainsi, en premier lieu, il convient de se demander, si la réforme portuaire de 2008 a permis la transformation du rôle économique des établissements publics portuaires par une évolution juridique se rapprochant du droit commun, tout en renforçant simultanément les notions de droit public. Depuis cette réforme, plusieurs rapports⁸⁶ visant l'évaluation de cette modification juridique sont venus en montrer les limites persistantes et ont proposé des recommandations afin de poursuivre et de compléter la modernisation. L'on ne peut ainsi que remarquer que cette réforme, vieille de plus de dix ans, constitue un axe juridique essentiel dans

⁸⁴ AUGUET Yvan, GALOKHO Cheik et RIERA Alexandre, *Droit de la concurrence : droit interne, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Ellipses, coll. « Spécial droit », 2020, p. 15-31.

⁸⁵ Le libéralisme est, tout à la fois, une disposition d'esprit qui fait de la liberté « *le point d'aboutissement d'une création continue, et non une espèce d'état de nature qu'il conviendrait de préserver intact* ». Néanmoins, c'est surtout en tant que philosophie politique et doctrine économique que celui-ci fonde le droit de la concurrence. Francis Balle, *Encyclopaedia Universalis*, V° *Libéralisme*.

⁸⁶ Rapports Particuliers de la **Cour des comptes** portant sur la gestion et l'exploitation des différents GPM, comme les Rapports particuliers concernant les : Grand port maritime de Bordeaux (GPMB) Exercices 2008 à 2012, actualisation à 2014 pour la gestion ; Grand port maritime de Marseille (GPMM) Exercices 2009 à 2014 (Actualisé à 2015 pour la gestion ; Grand port maritime du Havre (GPMH) Exercices 2008 à 2013, actualisation à 2014 pour la gestion.

l'étude de l'évolution du régime juridique portuaire de nos jours. Toutes les démarches consécutives à cette réforme s'inscrivent dans la même perspective d'objectifs, mais elles s'imprègnent des évolutions dans le droit positif dans les différents domaines juridiques. L'administration portuaire de ces nouvelles institutions (**GPM**) demeurant publique, elle se voit en effet confrontée à des défis relevant du droit public et privé⁸⁷, ce qui est dû à une réduction permanente et continue de la distance entre les deux lorsque le domaine d'action est lié à l'économie. En ce sens, à la lumière des limites et défis constatés de cette réforme, se pose la question de savoir ***si l'établissement public portuaire constitue ou non une forme adaptée aux finalités économiques projetées dans le secteur portuaire***. Cette question revêt une importance capitale, car elle pourrait illustrer l'importance de l'évaluation du processus d'établissement public en droit administratif français pour la gestion des infrastructures d'une importance économique majeure. Elle vise également à chercher à savoir dans quelle mesure les conséquences juridiques de cette réforme, notamment en ce qu'elles apportent des évolutions dans le régime juridique de l'établissement public portuaire, pourraient être en adéquation avec ses objectifs économiques.

74. En second lieu, la question se pose de savoir ***comment cette réforme a-t-elle cherché à adapter les conditions juridiques de l'exploitation et de la gestion portuaires aux nouvelles exigences économiques dans le secteur maritime ?*** Il s'agit d'étudier la pertinence des moyens juridiques mis en place. Ces moyens, en plus de la structure même de l'établissement public, concernent les instruments juridiques utilisés par ce dernier et répartis au sein des différentes branches de droit.

75. L'évolution juridique de cet établissement sera révisée dans cette thèse à l'égard de la volonté de concilier les intérêts publics avec ceux des entreprises privées, acteurs incontournables dans la réalisation de l'attractivité portuaire. Il sera aussi comparé continuellement aux instruments adoptés en droit privé, que ce soit au niveau fonctionnel ou organique. Dès lors, si ***la question d'une transformation radicale du régime juridique portuaire vers ce droit semble louable, est-elle cependant envisageable ?*** Dans l'affirmative, il serait intéressant d'étudier, en troisième lieu, ***dans quelles mesures une privatisation des ports pourrait-elle être limitée et/ou efficace ?***

⁸⁷ Voir en ce sens Robert REZENTHEL, « Les ports maritimes et le droit privé », *DMF*, n° 861, 1^{er} octobre 2023, p.823-832.

76. Le rôle du port dans la réalisation des objectifs économiques, notamment suite à sa « modernisation », se confronte cependant, dans la pratique, à la réalisation des objectifs et des impératifs de protection de l'environnement ainsi qu'aux contraintes imposées pour assurer la durabilité du développement. Des réglementations contraignantes régissant l'extension portuaire s'appliquent pleinement dans ce secteur.

77. De plus, d'autres réglementations relevant du droit de la concurrence peuvent également constituer une base encadrant la libre volonté de développement économique.

78. Dès lors, tant le droit de la concurrence que le droit de l'environnement contribuent à établir une matrice de règles se mettant en place de manière contiguë pour créer un régime juridique applicable dans le secteur portuaire. Face à cette conjoncture, une interrogation se pose, en quatrième lieu, pour concrétiser la problématique essentielle suivant la mise en place de la réforme, à savoir « la conciliation ». Il s'agit de savoir ***comment concilier les objectifs fixés par ces règles avec le développement économique portuaire ?***

§6- Choix de l'étude

79. **Pourquoi le droit portuaire ?** Le droit portuaire revêt une importance particulière pour plusieurs raisons. Tout d'abord, dans le contexte des études juridiques générales, il s'inscrit dans un domaine spécifique du droit des transports. En examinant le droit portuaire, nous pouvons ainsi étudier certains aspects de l'évolution du droit public, tout en analysant les développements du droit administratif sous l'influence des données juridiques du droit public des affaires. Cela nous permet de comprendre la recherche de la « légitimité actuelle »⁸⁸ du « secteur public »⁸⁹, notamment à la suite de la « fragilisation » du « fondement juridique de l'interventionnisme dans le domaine économique » par le droit de l'Union européenne⁹⁰.

80. **L'approche retenue du port.** La plupart des définitions retenues du port s'appuient sur une approche pragmatique et fonctionnelle de celui-ci. Par exemple, la Commission européenne, par l'intermédiaire de son groupe de travail portuaire, a défini le port comme « une

⁸⁸ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 8e édition., Paris La Défense, LGDJ, un savoir-faire de Lextenso, coll. « Précis Domat droit public », 2021, p. 360.

⁸⁹ « Le secteur public est traditionnellement composé d'opérateurs publics, terme plus moderne que l'on préférera à celui d'entreprise publique. Un OP se définit comme une structure bénéficiant d'une autonomie, ayant une activité économique et soumise à l'influence prépondérante d'une personne publique », *ibid.*, p. 363.

⁹⁰ MOUTON Stéphane, « Le droit maritime 2.0 vers un changement de paradigme », *DMF*, n° 844, 1er mars 2022.

superficie de terrain et d'eau comprenant des aménagements et des installations permettant principalement la réception des navires de mer, leur chargement et leur déchargement, le stockage des marchandises par des moyens de transport terrestres et pouvant comporter également des activités d'entreprises liées aux transports maritimes »⁹¹. En France, la notion de port n'est pas définie, « *alors qu'elle occupe une place importante dans le code des transports, et dans une moindre mesure dans d'autres codes ou des textes non codifiés.* ». Cependant, une délimitation administrative des ports est effectuée côté terre et côté mer dans le Code des transports⁹², notamment pour l'application de la police portuaire⁹³, et la définition du champ d'application spatial de l'assujettissement des armateurs au paiement des droits de port⁹⁴.

81. Nous pouvons concrétiser quelques **éléments de définition**⁹⁵ du port maritime français de commerce, en essayant d'englober les dimensions matérielles, organisationnels et juridiques. Le port maritime de commerce est une entité gestionnaire qui, en se souciant des intérêts majeurs de la collectivité, justifie l'intervention des pouvoirs publics dans ce domaine. Sur le plan matériel, il désigne un espace aménagé et équipé avec des biens mobiliers et immobiliers. Cet aménagement, réalisé par l'entité gestionnaire, est associé à une utilité publique définie par rapport à l'objectif principal du port. Cette utilité se manifeste notamment à travers l'affectation d'un service public garantissant le bon fonctionnement général du port ainsi que la sécurité des opérations liées à l'immobilisation ou à la mobilisation des navires et des marchandises. Cette affectation justifie l'intégration de son domaine au domaine public. Le port dispose également de réserves foncières qui peuvent constituer un fonds intéressant pour réaliser la mission de valorisation du domaine portuaire, car ce domaine offre aux investisseurs des garanties plus sûres. La conception économique renforcée du **GPM** consacre le principe du port propriétaire de ses deux domaines. En revanche, la conception du port **partenaire**, en tant qu'aménageur soumis à l'application des règles de la concurrence et aux enjeux de développement durable, concrétise la présence d'une mission de service public économique liée à la gestion générale du port. Le port de commerce consacre ainsi l'harmonisation entre ces

⁹¹ Commission européenne – ESPO, Report of an enquiry into the current situation in the major community sea-ports, Rapport, publication ESPO, Bruxelles, 1996, p. 7.

⁹² Article R 5311-1 du Code des transports.

⁹³ Article L 5331-1 du Code des transports.

⁹⁴ Cass 1ère ch civ 13 avril 1999, société Dragage, transports et travaux, pourvoi n° 97-15638 (sol. impl), *DMF* 1999 p. 882 note R. Rézenthel. Cité dans : REZENTHEL Robert, « Le droit portuaire : la lettre et l'esprit des textes », *DMF*, n° 813, 1 mai 2019, p. 452-465.

⁹⁵ V. Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT, -« Robert Rézenthel *Observateur érudit et inlassable de la chose portuaire* », *DMF*, n° 859, 1er juillet 2023, p. 625-631.

deux conceptions. Du point de vue des usagers, le port de commerce englobe un ensemble d'activités et de services destinés aux navires et aux marchandises.

82. Sur le plan juridique, l'étude des **GPM** menée lors de cette thèse cherche à consacrer **le critère administratif** pour vérifier le régime juridique de celui-ci, ensuite les principes de **droit public de l'économie** dans cette institution : partenariat public-privé, contractualisation, sociétisation, pilotage du développement durable, Etat actionnaire.

83. Dorénavant, l'intervention économique des personnes publiques **se définit dans un cadre modernisé**⁹⁶. La modernisation est certes réalisée dans un cadre propre à l'action publique dans l'économie, mais qui s'affirme de plus en plus dans une perspective plus générale liée à la croissance et la transformation des entreprises⁹⁷. Des mutations réelles des formes de l'action publique économique ont été observées, passant d'un aspect autoritaire relevant de l'unilatéralisme à un cadre plus souple de partenariat et de négociation. Le régime d'administration de l'établissement public se voit progressivement transformé à l'égard de ces nouvelles exigences et données conditionnant son régime juridique.

84. Le **GPM** représente la plupart des évolutions subies par le régime de l'établissement public. Ces évolutions ont été particulièrement mises en avant sur le plan juridique avec sa création en 2008, mais elles continuent à produire de nouvelles caractéristiques en réponse à l'évolution des domaines juridiques impactant le domaine portuaire. Ces domaines relèvent aussi bien du droit public que du droit privé.

85. Sur le plan pratique, l'étude du régime des **GPM**, notamment dans le cadre de la réforme examinée dans cette thèse, est justifiée par les évolutions majeures qu'a connues le transport maritime de marchandises au cours des 40 dernières années. Ces évolutions, aussi importantes que les développements du droit européen ou la modernisation de l'action publique en France, ont rendu nécessaire une réforme de l'organisation de l'ensemble des ports maritimes français. La recherche sur la pertinence de cette réforme relève d'un enjeu important pour le **développement économique** et les **périmètres de sa réalisation**

⁹⁶ Cette modernisation peut se réaliser par des lois organiques qui permettent à L'Etat de moderniser « à la fois son budget et sa comptabilité publique autour des notions de gestion par la performance et de culture de résultats », RUEDA Frédérique, « La VI^{ème} République : une nécessité de gestion publique ? », 2007, in : *Demain, la Sixième République ?* Presses de l'Université Toulouse1 Capitole. Series "IFR - Actes de colloques n°4", p. 291-304.

⁹⁷ Loi n°2019-648 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « Pacte », JORF n°0119 du 23 mai 2019.

§7- Annonce de plan

59. L'étude ainsi menée nous conduit à proposer un plan autour de deux axes principaux.

Dans un premier temps, nous nous attacherons à examiner en détail la mutation du cadre juridique des ports maritimes en vertu de la réforme de 2008 (**partie I**). Cette analyse approfondie nous permettra de saisir les changements fondamentaux survenus dans le paysage juridique des ports, en mettant en lumière les implications de la réforme sur les structures organisationnelles et les mécanismes de gouvernance portuaire. Nous explorerons les différentes dimensions de cette mutation, en examinant notamment les modifications apportées aux statuts des établissements publics portuaires, ainsi que les adaptations nécessaires pour répondre aux nouvelles exigences économiques et commerciales issues de la globalisation mondiale. En outre, nous analyserons les répercussions de ces changements sur le régime des services portuaires, en évaluant s'ils demeurent ancrés dans le cadre du service public ou s'ils évoluent vers de nouveaux modèles de gestion.

60. Dans un second temps, nous examinerons les perspectives économiques des **GPM** face aux nouveaux défis et opportunités résultant de la réforme juridique. Nous analyserons les dynamiques économiques régionales et nationales qui façonnent le rôle des ports, en mettant en lumière les tendances émergentes et les acteurs clés. Nous explorerons également les stratégies des **GPM** pour favoriser la croissance économique et renforcer leur compétitivité, en mettant l'accent sur les partenariats public-privé, les politiques d'investissement et le développement durable. (**Partie II**).

61. En combinant ces deux axes d'analyse, notre étude vise à offrir une vision approfondie des enjeux juridiques et économiques auxquels sont confrontés les ports maritimes dans le contexte actuel. Ce faisant, nous espérons contribuer à une meilleure compréhension des défis et des opportunités liés à la gestion et au développement des infrastructures portuaires, ainsi qu'à l'élaboration de politiques et de stratégies efficaces pour assurer la compétitivité et la durabilité du secteur portuaire à long terme.

PLAN :

- **Partie I** : Les caractéristiques juridiques de la transformation portuaire
- **Partie II** : Les enjeux juridiques de la transformation portuaire

PREMIERE PARTIE : LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DE LA TRANSFORMATION PORTUAIRE

86. Le cadre juridique des ports maritimes modernisés en 2008 intègre plusieurs aspects, qui peuvent cependant, par rapport aux règles appliquées dans les **GPM**, être précisés autour de deux critères : organique et matériel.

87. Le premier critère, de nature organique, se réalise dans un mouvement de « territorialisation » dans un cadre étatique. Il s'inscrit dans un mouvement profond de réformes organisationnelles dans le domaine portuaire au niveau interne, à l'instar des actes de décentralisations de 1983, 2003 et 2004. Il corrobore aussi une certaine « vision commerciale des ports dans le monde », visant à intégrer les acteurs privés processus décisionnel relatif à la gestion portuaire (**Titre I**).

88. Le second critère, de nature matériel, se concrétise par une redéfinition du régime juridique relatif à la gestion des infrastructures portuaires de commerce. Cela implique une distinction entre les différents aspects de ces services, dans le but d'introduire une clarification de la nature juridique de l'établissement public portuaire (**Titre II**).

TITRE I : LA TRANSFORMATION ORGANIQUE DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC PORTUAIRE

89. L'établissement public portuaire constitue un exemple singulier d'évolution de l'établissement public, dans un contexte de mutation juridique et économique de la gestion portuaire.

90. Avec la réforme de 2008, le choix de conserver le statut d'établissement public pour la gestion des nouvelles infrastructures portuaires, confirme la pertinence de mode de gestion publique. Cette confirmation consiste cependant en une adaptation de ces établissements publics à leurs nouvelles missions économiques, en modifiant leur gouvernance afin qu'ils puissent répondre à ces nouvelles missions dans un cadre plus modernisé.

91. Avant la réforme de 2008, les ports autonomes étaient des établissements publics qui exerçaient tout à la fois des missions régaliennes et d'autres industrielles et commerciales. Ils consacraient de ce fait le principe de l'implication économique directe de l'Etat dans le secteur portuaire⁹⁸. La modification de leur statut afin de répondre aux nouvelles exigences engendrerait-elle des mutations essentielles de ce principe ? Ou à l'inverse, la modification apportée à ce principe d'intervention publique dans l'économie aurait-elle des impacts sur les décisions arrêtées pour effectuer cette réforme dans les ports autonomes ? Bien que cette modification ait été confirmée par une loi créant une nouvelle catégorie d'établissement public, elle a été assortie d'une limite : celle de ne pas radicaliser ce changement, mais plutôt de l'adapter au contexte portuaire français. La première question à se poser est donc de comprendre en quoi consistait la particularité de ce contexte. Il est essentiel d'étudier cette spécificité afin de saisir les éléments clés à prendre en compte pour tout développement ultérieur dans le secteur portuaire, notamment compte tenu d'un contexte en évolution constante. Cela rend impérative la mise en place d'adaptations appropriées dans ce secteur.

92. Par ailleurs, il est indéniable que la modification des organes de ces ports et la transformation de leur gouvernance reflètent la tendance juridique actuelle dans les secteurs

⁹⁸ Directement ou par le biais des concessions à des acteurs publics ou privés.

économiques placés sous l'autorité publique⁹⁹. Cependant, quelles sont les caractéristiques spécifiques de cette modification de la gouvernance dans les grands ports maritimes ? Ce sont là les premières questions à aborder dans cette étude.

93. Dans un premier temps, il conviendra de traiter de la question relative à la modification du statut de l'Etablissement public portuaire appliqué aux nouveaux **GPM** afin de l'adapter de façon importante au contexte économique moderne (**Chapitre I**). Plus concrètement, un aspect essentiel de cette évolution sera de modifier certains organes de ces établissements en s'inspirant de l'organisation des sociétés privées, sujet qui a déjà fait l'objet de nombreuses études. Ainsi, nous nous demanderons dans quelle mesure l'application de cette nouvelle gouvernance est adaptée au contexte portuaire, marqué par des activités conditionnées par une forte présence des exigences dites d' « intérêt général » (**Chapitre II**).

⁹⁹ La réforme dans le secteur ferroviaire notamment par la création du RFF (Réseau ferré de France). Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, JORF n°39 du 15 février 1997.

CHAPITRE I : L'OSCILLATION DU STATUT DES GRANDS PORTS MARITIMES : ENTRE CONFIRMATION ET ADAPTATION

94. Au moment de la réforme, le législateur avait choisi, en vue de la modernisation des ports français, un procédé classique de gestion publique, celui de l'établissement public. Ce choix présentait plusieurs aspects liés au concept de port et à sa gestion en droit, ainsi que des moyens juridiques compatibles avec la gestion de cette infrastructure. Alors que le procédé de gestion de l'établissement public connaît un déclin au profit d'autres institutions dotées d'un statut différent, quels éléments pourrait justifier le maintien du statut de l'établissement public pour la gestion des grands ports maritimes ?

95. Cette confirmation du statut d'établissement public témoigne de la vitalité de ce procédé dans un secteur traversant plusieurs domaines d'activités, ce qui entraîne la mise en place d'un large éventail de régimes juridiques. La robustesse de la formule de l'établissement public portuaire est d'autant plus marquante que d'autres secteurs remettent en question cette formule (**section 1**).

96. Cependant, dans son nouveau modèle, l'établissement public portuaire ne peut échapper aux conditions d'évolution entourant l'exercice des activités portuaires. Une telle exclusion aurait été contradictoire avec le processus de modernisation et de réforme. Par conséquent, une adaptation du procédé de l'établissement public par le biais de cette réforme semblait indispensable pour le mettre en adéquation avec le contexte portuaire hybride.

97. Pour autant, les grands ports maritimes demeurent propriétaires du domaine public, qui constitue le lieu de l'activité économique désormais exercée par les entreprises privées. Ce point est crucial car cette situation, ayant une forte incidence sur le régime juridique de l'exploitation portuaire, met en lumière l'importance de la domanialité publique dans le développement de cette exploitation (**section 2**).

Section 1. Un établissement public renouvelé pour la gestion des grands ports maritimes

98. Malgré les remises en question du mode d'organisation administrative, à savoir « l'établissement public » **(§1)**, celui-ci demeure opportun par rapport à la vision de la gestion portuaire adoptée en France **(§2)**.

§1. La remise en cause du visage traditionnel de l'établissement public portuaire

99. La question de la pérennité du statut de l'établissement public a été posée à plusieurs reprises par la doctrine. Elle a été examinée lors de la révision de certaines formules adoptées dans certains secteurs. Cette polémique entourant sa pérennité repose sur deux éléments : l'un est systémique et est directement lié à son régime juridique **(A)**, tandis que le second est externe et vient fragiliser davantage la justification de cette pérennité **(B)**.

A- La remise en cause pour des raisons fonctionnelles

100. L'autonomie constitue l'un des principes caractérisant l'établissement public. Ce principe signifie que « *les établissements publics, dans l'exercice quotidien des pouvoirs transférés, sont libres de leur choix dans la gestion administrative et financière. Le principe assure tout simplement le respect de la répartition des pouvoirs et des compétences* ». Cela vise à éviter une requalification de l'établissement public en « organisme fictif »¹⁰⁰. Bien que les établissements publics nationaux soient censés bénéficier d'une pleine autonomie, de nombreuses études ont cependant montré le caractère artificiel de celle-ci dans le secteur portuaire. En effet, il semble que, malgré le qualificatif d'autonomie attribué aux institutions portuaires françaises non décentralisées, cette autonomie soit peu effective. L'autonomie s'est révélée insuffisante là où, comme le précise J.-F. Kerlo « l'Etat s'est pourtant totalement désengagé »¹⁰¹. Ainsi, l'action de ces ports manquait d'autonomie par rapport à l'intervention

¹⁰⁰ A propos de la décision du Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, arrêts Bayrou et autres n° 290716 : LE ROY Marc, « Théorie de la transparence- Transparence et fictivité à l'épreuve de la notion d'établissement public », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 4, 21 janvier 2008, 2014, p. 26-30.

¹⁰¹ KERLEO Jean-François, « L'autonomie des établissements publics », *AJDA*, n° 13, 11 avril 2011, p. 4.

de l'Etat. De surcroît, ce dernier ne remplissait pas ses engagements au titre de sa tutelle vis-à-vis des ports autonomes, négligeant le contrôle en ne jouant pas son rôle consistant à procéder à une planification portuaire stratégique¹⁰². Les problèmes économiques constatés au fil de l'évaluation des ports autonomes étaient liés à ce défaut, généré par l'absence d'une politique portuaire nationale et de contrôle systématique, ainsi que par la stagnation des démarches décisionnelles du conseil d'administration.

101. A côté du caractère fictif de l'autonomie, un autre principe posait un problème, celui de la spécialité. Bien que d'origine privatiste, il a bien été autorisé que ce principe soit inhérent à la personnalité morale attachée aux établissements publics, même s'il ne peut avoir la même portée qu'à l'égard des personnes privées¹⁰³. Appliqué à ces établissements, et consistant à leur imposer « *de ne pas agir dans un but autre que celui qui leur a été assigné par la loi ou le règlement constitutif* »¹⁰⁴, il a encore connu une certaine évolution suite à l'admission des personnes publiques dans le champ concurrentiel¹⁰⁵, concernant ainsi plusieurs établissements publics reconnus par la loi¹⁰⁶ ou la jurisprudence¹⁰⁷. Cependant, depuis la grande exposition des activités économiques, qu'elles soient exploitées par des personnes privées ou publiques mettant en place des prérogatives de la puissance publique, aux conditions d'un marché concurrentiel, l'implication de l'établissement public à caractère industriel et commercial a été critiquée quant à l'efficacité de ce procédé pour atteindre le niveau de concurrence nécessaire à la croissance économique, objectif prioritaire de cette économie. L'élargissement économique nécessitait des financements importants pour de grands investissements. En ce sens S. Nicinski souligne la nécessité de réaliser des opérations capitalistes et de trouver des financements comme une raison essentielle de la privatisation de plusieurs établissements publics nationaux¹⁰⁸. Dans le même sens, M. Lombard précise que cette remise en cause est « *liée à des*

¹⁰² Cour des comptes. Rapport public. Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action, 2006.

¹⁰³ FERSTENBERT Jacques, *Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris 2, 1976, p. 753.

¹⁰⁴ PLESSIX Benoît, « Fasc. 136- Établissement public. – Statut. Structures », *op. cit.* p. 4.

¹⁰⁵ Cette admission est la conséquence de l'augmentation des responsabilités de l'Etat dans l'ordre économique à la suite de la Seconde guerre mondiale.

¹⁰⁶ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 qui prévoit que l'établissement public SNCF est « *habilité à exercer toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement* » à sa mission ferroviaire (Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs JORF n° 0304 du 31 décembre 1982).

¹⁰⁷ Le Conseil d'Etat, dans son avis de 1994, précise que, indépendamment du texte, le principe de spécialité ne s'oppose pas à une diversification des activités économiques des établissements publics, à la condition toutefois que les activités annexes aient un lien avec la mission principale. Conseil d'Etat, Section des travaux publics, 7 juillet 1994, n° 356089, Avis "Diversification des activités d'EDF/GDF".

¹⁰⁸ Ce en plus de la pression du droit de l'UE et de sa position à l'égard du mode de fonctionnement des EPIC. NICINSKI Sophie, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 1 janvier 2008, p. 2 et 5.

raisons de stratégie et même dans des environnements qui ne sont pas concurrentiels »¹⁰⁹. On le voit, en définitive, cette critique envers cette forme est devenue systématique et concerne dès lors l'ensemble de son fonctionnement.

102. Le problème réel était que de manière classique, le port autonome exerçait des missions régaliennes, mais également d'autres de nature industrielle et commerciale liées à l'exploitation des outillages publics. En l'absence de précision par la loi, le caractère de cet établissement a été précisé par la jurisprudence. Cette précision a été apportée par les deux hautes juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif : le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Cette dernière a adopté une conception plus affirmative de ce caractère, en indiquant qu'il s'agit là d'un établissement public à caractère industriel et commercial¹¹⁰, tandis que le Conseil d'Etat s'est contenté de considérer qu'il s'agit d'un établissement public de l'Etat exerçant tout à la fois des missions de service public et des activités de nature industrielle et commerciale¹¹¹. Dans le rapport de modernisation des ports autonomes du commerce, réalisé en 2007, les rapporteurs ont mis en lumière les obstacles nés de la gestion des ports autonomes ayant des activités industrielles et commerciales portuaires en lien étroit avec la compétitivité des ports et la réalisation du niveau souhaité de compétitivité, notamment celle de la manutention¹¹². En fin de compte, il s'agissait donc d'un établissement public mixte¹¹³.

103. Néanmoins, la formule de l'**EPIC** a été critiquée parce qu'elle pourrait constituer un « handicap » concurrentiel, notamment en raison du principe de spécialité, dans la mesure où il limitait l'adaptation de l'organisation par rapport à la souplesse de la modification de l'objet social auquel sont tenues les sociétés privées. De plus, l'absence de capital social

¹⁰⁹ LOMBARD Martine, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, n° 2, 16 janvier 2006, p. 79-84.

¹¹⁰ « *Le port autonome est un établissement public à caractère industriel et commercial qui assure simultanément la gestion d'un service public administratif et d'un service de nature commerciale* » Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1982, n° 80-16.461 : *JurisData* n° 1982-700382.

¹¹¹ CE, sect., 17 avr. 1959, *Abadie* : *Rec. CE* 1959, p. 239. Dans cet arrêt, le Conseil D'Etat précise que les ports maritimes autonomes sont « *des établissements publics de l'État qui assurent concurremment une mission de service public à caractère administratif, ... et une activité de nature industrielle et commerciale* ».

¹¹² L'activité commerciale principale que les ports maritimes exerçaient avant la réforme de 2008, en tant que ports autonomes, consistait en l'exploitation des outillages publics, par la prestation des services de chargement, déchargement et de stockage liés aux navires.

¹¹³ REZENTHEL Robert, « La réforme portuaire a dix ans », *DMF*, n° 804, 1^{er} juillet 2018, p. 650-658.

constitue un autre handicap¹¹⁴, puisqu'il interdit la constitution de nombreux partenariats, et limite la capacité à financer leur croissance.

104. Le principe de l'insaisissabilité¹¹⁵ des biens des personnes publiques constituait encore un autre handicap non négligeable pour la constitution de garanties réelles. L'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques a présenté une évolution importante dans ce sens, mais qui s'est révélée insuffisante pour atténuer ces limites¹¹⁶. Dans les ports autonomes, le régime domanial a été critiqué à plusieurs reprises, mettant en évidence les défis du régime juridique portuaire à être compatible avec l'économie du marché¹¹⁷.

105. Le régime financier des établissements publics correspond à celui appliqué à la collectivité publique de rattachement¹¹⁸, c'est-à-dire à l'Etat ou aux collectivités territoriales. Ainsi, les ports autonomes étaient dotés d'un « agent comptable »¹¹⁹. Selon les dispositions de code des transports, « *les prévisions du compte d'exploitation sont présentées en équilibre pour chaque exercice. Au cas où les ressources existantes ne seraient pas suffisantes pour couvrir la totalité des charges d'exploitation, l'autorité compétente peut créer d'office les ressources nouvelles nécessaires* »¹²⁰. Une possibilité de créer l'équilibre financier entre les différentes ressources et charges était envisageable de la part des conseils d'administration des ports autonomes. Or, ces derniers procédaient à un mécanisme particulier. Ainsi, dans le cadre des

¹¹⁴ A l'exception notable d'EDF et de GDF, lorsque l'article 16 de la loi du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, disposait qu'EDF et que GDF étaient dotés d'un capital social. Mais, l'alinéa 2 de l'article 16 prévoyait que « Ce capital appartient à la Nation. Il est inaliénable et, en cas de pertes d'exploitation, il doit être reconstitué sur les résultats des exercices ultérieurs ». L'article 16, qui était devenu obsolète, a été abrogé par l'article 54 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. COSSALTER Philippe, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 38, 14 septembre 2009, p. 5.

¹¹⁵ Un principe du rang législatif depuis la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (*L. n° 91-650, art. 1er, al. 3 : JO 14 juill. 1991, p. 9228*), qui, concernant ces biens, consiste en l'exclusion des voies civiles d'exécution, l'impossibilité de constituer des sûretés réelles (hypothèque, nantissement), l'impossibilité d'opposer la compensation des dettes des établissements publics, l'inapplicabilité de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire.

¹¹⁶ L'article L 2311-1 du CG3P confirme ce principe.

¹¹⁷ REZENTHEL Robert, « La gestion portuaire dans une économie de marché », *JMM*, 03/02/2017.

¹¹⁸ « *Le rattachement désigne le rapport structurel de dépendance d'un établissement public impliquant des liens organiques étroits avec la personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public) dont il est le prolongement. Ce rapport de dépendance est la conséquence logique de ce que l'établissement public, prolongement personnalisé d'une autre collectivité publique, est chargé d'exercer une activité entrant dans les attributions de cette dernière* », PLESSIX Benoît, « Fasc 135- Etablissements publics. – Notion. Création. Contrôle. », 2014, p. 49.

¹¹⁹ Titre que porte le comptable public qui mis en place les principes de la comptabilité publique auxquels les établissements publics sont tenus en principe. Depuis 2012, c'est le Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique qui régit ce régime financier des établissements publics.

¹²⁰ En fonction de l'article L 5313-10 du Code des transports, dans le cadre des provisions du compte d'exploitation, présentées par le conseil d'administration du port autonome à l'approbation de l'autorité compétente, si les ressources existantes n'étaient pas suffisantes pour couvrir la totalité des charges d'exploitation, l'autorité compétente pourrait créer d'office les nouvelles ressources nécessaires.

droits de ports imposés aux navires, les ports autonomes recouraient, dans la plupart des cas, à des droits portuaires coûteux et ce pour compenser le coût assez élevé des outillages publics. Ces coûts étaient particulièrement élevés dans les terminaux pétroliers des ports français¹²¹, ce qui donnait une mauvaise image économique portuaire et nuisait à la compétitivité des ports français, puisque les coûts importants que les navires devaient acquitter décourageaient les investisseurs dans un domaine où les chargeurs et les amateurs ont l'habitude de choisir un port en fonction de la qualité et des coûts de celui-ci. Cette politique consistant à compenser les activités non rentables par d'autres rentables est l'une des raisons expliquant l'« *affaiblissement de la rentabilité économique des personnes publiques* »¹²². La recherche d'une augmentation de la rentabilité dans des secteurs essentiels pour l'économie nationale a constitué par ailleurs la motivation principale de la réalisation des « sociétés », voire de la privatisation des secteurs principalement producteurs pour l'économie.

106. Cette caractérisation d'un financement croisé entre les différents services était due à l'absence de tenue de comptes séparés, une obligation imposée par le droit européen à l'égard des directives 2000 et 2006¹²³. Lorsque la situation financière globale du port était plutôt équilibrée et favorable au niveau financier, il ne s'agissait là que d'un équilibre fictif qui ne représentait pas la situation réelle de chaque activité¹²⁴ et ne permettait pas d'apprécier si les prestations facturées correspondaient effectivement à leur prix de revient. Cette situation semblait néfaste pour pouvoir apprécier la compétitivité de chaque port en vérifiant chaque secteur d'activité. D'ailleurs, cette méthode consistant à mesurer la compétitivité a engendré des conséquences négatives liées à la concurrence destructrice entre les ports français. L'objectif de la gestion et de l'exploitation de ces infrastructures ne doit en effet pas se limiter à réaliser un équilibre financier ni à bénéficier de bons résultats au niveau de chaque port, dans la mesure où les enjeux dépassent cette seule infrastructure pour s'étendre à un degré plus intégré de développement. Ce développement se mesure par rapport à un niveau qui dépasse le port lui-même pour comprendre, d'un côté, les autres ports et ce, afin d'éviter la concurrence

¹²¹ BOLLIET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, Inspection générale des finances. Conseil général des ponts et chaussées, 2007, p. 13.

¹²² MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire : un nouveau visage pour les établissements publics », *Revue du Droit public (RDP)*, n° 1, 1 janvier 2010, p. 2.

¹²³ Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques et Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

¹²⁴ Selon la comptabilité analytique qui était appliquée dans la majorité des ports autonomes, et qui ne permet pas de ventiler les droits de port par activité et terminal. Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007, *op. cit.*, p 20.

absurde et une inégalité de traitement et de l'autre côté, des domaines spécifiques du secteur portuaire, mais qui y sont étroitement liés, tels que le développement du transport et l'essor de la logistique internationale.

107. L'exploitation portuaire se caractérise, depuis les années 90, par la primauté accordée aux délégations contractuelles de gestion des services publics. Ainsi la pratique tend de plus en plus à confier l'exploitation des activités industrielles et commerciales au secteur privé. La participation du secteur public, représenté dans le port par l'établissement public, constituait autrefois un élément palliatif comblant les carences dans les outillages privés. La pratique consistant à confier de plus en plus au secteur privé l'activité industrielle et commerciale, permettait à l'autorité portuaire de réaliser deux objectifs. D'une part, elle fidélisait les investisseurs privés en leur permettant de jouer le rôle principal dans les conditions de leur investissement et de maîtriser la majeure partie des outils de production, condition qui semble désormais essentielle pour attirer les investissements privés. D'autre part, cette délégation permettait à l'autorité portuaire de focaliser ses efforts sur des aspects économiques plus globaux, notamment en confiant au secteur privé le financement des outillages publics, dont l'entretien et la réalisation sont devenus de plus en plus importants. L'accentuation de la délégation de la part des ports autonomes de l'activité de la manutention pourra constituer une transformation de fait de la spécialité et une remise en cause des conditions de sa définition dans les ports maritimes.

108. En plus de la critique du mode de fonctionnement des **EPIC**, la notion même d'établissement a été remise en cause par l'émergence de nouvelles personnes publiques spécialisées, susceptibles de constituer des concurrents « internes » au procédé de l'établissement public, d'autant plus que ce caractère a été réservé, pendant un certain temps, à l'établissement public¹²⁵. Parmi ces formes institutionnelles concurrentes figuraient, fin 1982¹²⁶, les groupements d'intérêt public, qui présentaient notamment l'avantage d'associer des personnes publiques et privées¹²⁷. La deuxième forme qui s'est vue multipliée, durant ces

¹²⁵ Dans la définition figurant dans sa thèse, en 1956, R. Connois précise que chaque organisme public ayant une personnalité morale et une vocation spécialisée est un établissement public. CONNOIS René, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Thèse, Université de Paris (1896-1968). Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1956.

¹²⁶ Dans le domaine de la recherche (article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France).

¹²⁷ En l'absence de statut législatif de ces groupements, leur statut a été précisé par la jurisprudence : CE, avis de la section de l'intérieur, 15 octobre 1985, EDCE 1986, n° 37, p. 189. Selon cette jurisprudence, un GIP est une personne morale de droit public ayant un régime spécifique.

dernières décennies, est l'**AAI**¹²⁸, qui recoupe certains motifs justifiant le recours à la formule de l'établissement public, en assurant parfois un régime plus précis, en ce qui concerne notamment la notion d'autonomie, dont l'application a parfois fait l'objet de critiques au sein de certains établissements publics¹²⁹.

109. La remise en cause de l'ancien statut des ports autonomes, qui a ainsi requis une modification par la loi, est également due à des enjeux juridiques dépassant la critique du statut de l'établissement public. Ces enjeux se concrétisent au niveau européen et du marché unique instauré par le droit européen, mais également à celui interne, en ce qui concerne l'évaluation de la concurrence avec les autres ports français.

B- La remise en cause pour des raisons juridiques issues de l'UE

110. Par principe, le droit de l'Union européenne ne fait pas ingérence dans le domaine des régimes adoptés par les Etats membres relatifs à la gestion des infrastructures et de leur propriété¹³⁰. Bien qu'il n'intervienne pas dans la phase de décision, il peut néanmoins exercer un contrôle lors de la mise en place de cette décision. Ce contrôle s'applique lors de la vérification de la conformité de ces modes de gestion avec le droit européen, en particulier lors de leur mise en œuvre. Plus précisément, lorsqu'il y a une intervention publique dans le secteur, le droit européen semble chercher une « banalisation » de cette intervention, pour appliquer l'égalité devant les opérateurs dans un marché concurrentiel, dans le but d'assurer la réalisation d'une « *lente œuvre de confinement tenant aux principes de l'intervention des personnes publiques dans l'économie* »¹³¹.

111. Le droit de l'Union européenne s'intéresse davantage à la nature de l'activité qu'à la forme de son exploitation en droit interne. En effet, la vérification de la caractéristique de cette activité est analysée indépendamment du statut de la personne. Elle s'exerce en se référant

¹²⁸ Autorités administratives indépendantes, qui peuvent être définies comme « *des organismes administratifs, qui agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement. Elles présentent de ce fait une particularité importante au regard des principes traditionnels d'organisation de l'Etat, qui font aboutir au ministre et soumettent au pouvoir hiérarchique ou de tutelle du Gouvernement l'ensemble des administrations étatiques.* ». Conseil d'Etat. Rapport public sur Les autorités administratives indépendantes, 2001.

¹²⁹ La volonté d'autonomie au sein de ces institutions va jusqu'à l'exigence par le Conseil constitutionnel d'une indépendance en guise de garantie d'une liberté fondamentale, V. Rapport d'étude sur les établissements publics. Conseil d'Etat, 15 octobre 2009.

¹³⁰ Article 345 TFUE.

¹³¹ COSSALTER Philippe, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *op. cit.* p. 2.

aux règles propres à ce droit, et plus précisément celles qui sont relatives aux activités commerciales telles qu'elles sont définies par le droit européen¹³². Le point est important. En effet, bien que le port autonome soit une entreprise publique¹³³, il convient de noter que, selon le droit de la concurrence, la notion d'entreprise « *comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »¹³⁴. Par conséquent, il en découle donc que l'activité de manutention en principe exercée par le port doit être qualifiée d'activité concurrentielle par la jurisprudence européenne. Telle est la raison pour laquelle les règles du droit européen doivent pleinement s'y appliquer pour ouvrir cette activité à la concurrence.

112. Dès lors, le port peut-il à lui seul être considéré comme une « partie pertinente »¹³⁵ du marché commun au sens de l'article 102 du **TFUE** ? Une réponse peut être apportée en mobilisant le concept de « facilités essentielles »¹³⁶, théorie d'origine anglo-saxonne permettant de « surmonter la rareté » utilisée par la Commission européenne¹³⁷, afin d'intégrer les ports dans la définition d'un marché pertinent¹³⁸. Etant donné que les ports permettent l'accès aux routes de transport maritime, ces dernières sont elles-mêmes considérées comme faisant partie

¹³² Ce qui caractérise la notion d'activité économique, est le fait d'offrir à titre onéreux des biens ou des services sur un marché, CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, R. p. I-3851, pt 36.

¹³³ L'article 90 du TFUE impose l'application des règles de la concurrence à toute entreprise.

¹³⁴ CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979, pt 21.

¹³⁵ L'objectif de la définition des marchés pertinents est de « déterminer le périmètre au sein duquel s'exerce la concurrence entre les offreurs, et sur lequel pourrait, le cas échéant, s'exercer un pouvoir de marché. ». *Le Lamy droit économique, Partie II : droit de la concurrence*, « 307-Objectif de la définition des marchés pertinents » 05/11/2019 (MAJ 2022).

¹³⁶ Il existe une infrastructure essentielle lorsque les « *infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeables, et qu'en raison de leurs caractéristiques particulières, et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels* » (TPICE, 15 sept. 1998, aff. T-374/94, T-375/94 et T-388/94, *European Night Services Ltd. et a. c/ Commission*, ECLI:EU:T:1998:198). V. le *Lamy droit économique* 1001, Définition de la notion d'« infrastructure essentielle »

¹³⁷ « *Un moyen d'ordre juridique permettant de surmonter la rareté.* ». Il peut constituer « *un moyen radical, puisque sa mise en œuvre conduit à un partage forcé, à une mise en commun obligatoire de la ressource considérée comme essentielle.* ». TIRREIR Georges et DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE Lorraine, « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n°11, 1^{er} décembre 2006, p. 76-79.

¹³⁸ Pour délimiter ce qu'on appelle « marché pertinent », il faut trois critères ; le premier est la zone géographique, « *dans laquelle le produit ou le service en cause est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée* », le deuxième est le produit ou le service. « *Il s'agit de déterminer la possibilité de trouver, sur le même marché, des produits ou des services équivalents, raisonnablement interchangeables pour une clientèle déterminée.* », le troisième est l'achalandage. « *Il signifie que le comportement commercial de l'entreprise en position dominante doit être appréhendé par rapport au marché où l'entreprise dominante agit, mais également par rapport au marché situé en amont ou en aval* ». LE TOURNEAU Philippe, « Fasc. 1030 : Conditions de validité. - Validité au regard de droit de la concurrence », *JurisClass Contrats-Distribution*, 15 avril 2015.

de cette partie substantielle du marché commun¹³⁹. Ainsi, c'est par le biais de la prise en compte du caractère stratégique du port pour l'exploitation d'une activité économique, en l'occurrence, le transport maritime, que certaines règles du droit de la concurrence ont lieu de s'appliquer concernant l'accès aux ports.

113. La remise en cause du droit européen de la forme de l'établissement public exerçant une activité concurrentielle, sous la forme française d'un **EPIC**, a généré des réflexions doctrinales¹⁴⁰ variées et ce, notamment, à la suite de la transformation de plusieurs grands **EPIC** nationaux en sociétés. Cette remise en cause tient aux conditions de l'exercice de cette activité économique par l'établissement public et à leur compatibilité avec ce droit. C'est le droit de la concurrence qui s'applique¹⁴¹, notamment le régime juridique des « aides d'Etat »¹⁴². De manière générale, dans les nombreux cas présentés devant elle, la Commission a considéré que le régime de l'établissement public gestionnaire d'une activité économique est intrinsèquement générateur d'une aide émanant de l'État. Ce raisonnement « *a pour point de départ la règle de l'insaisissabilité des biens applicable aux personnes morales de droit public* »¹⁴³. Cette garantie illimitée est contraire aux règles européennes de la concurrence, car elle aura pour effet de placer les établissements publics dans un cadre plus avantageux que les opérateurs privés. En 2003, dans une espèce liée à l'opérateur **EDF**, la **CJCE** a précisé que les biens des personnes publiques étaient insaisissables, et la Commission en a déduit, que l'article lié au redressement judiciaire du Code du commerce¹⁴⁴, ne s'appliquerait ainsi pas à **EDF** en qualité de personne publique, ce dernier ne pouvant être placé en liquidation judiciaire, le remboursement de ses

¹³⁹ CORRUBLE Philippe, « Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires », *DMF*, n° 623, 1 février 2002, p. 160-185.

¹⁴⁰ BAILLEUL David, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 629, 1 mars 2006, p. 105-112.

¹⁴¹ C'est-à-dire le Chapitre I du Titre VII du traité de fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁴² En ce sens, nous citons la précision de Ch. DEGRYSE : « *En principe, dans une économie de marché où la concurrence est « libre » et « non faussée », les aides d'État* sont, a priori, considérées comme faussant la concurrence. Elles permettent par exemple à des entreprises qui ne sont pas ou plus concurrentielles de survivre en tenant artificiellement tête à la concurrence* », DEGRYSE Christophe, « Aides d'Etat », *l'économie en 100 mots d'actualité*, sous la direction de DEGRYSE Christophe. Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Hors collection Économie/Gestion », 2019, p. 12-13.

* Aussi, selon l'auteur, on entend par des aides d'Etat « des aides octroyées par les gouvernements aux entreprises qui sont situées sur leur territoire. Ces aides peuvent prendre des formes très variées. Il peut s'agir, par exemple, d'aides aux investissements, de privilèges fiscaux, de régimes avantageux dans le cadre de la sécurité sociale (réduction temporaire des cotisations), de financement des exportations, etc.

¹⁴³ GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (2/2). L'établissement public gestionnaire d'activités économiques : adaptation ou extinction ? », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 15, 18 avril 2016, p. 1.

¹⁴⁴ L.620-2 du Code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985 (Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises), modifié par Ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 - art. 3.

dettes obéit à une procédure spécifique, qui lui accorde un droit sur les ressources étatiques¹⁴⁵. Il convient de noter que la Commission précise, à l'occasion de l'espèce précédente, que le handicap caractérisé par l'impossibilité, pour l'**EPIC**, de recourir aux mêmes procédés que ceux des personnes de droit privé, ne peut pas constituer une sujétion à l'égard du système compensatoire du droit européen¹⁴⁶. Selon la Cour de justice, « *la notion d'aide comprend les avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise* »¹⁴⁷. Si l'**EPIC** se caractérise par une fragilité concurrentielle, il ne peut pas trouver comment pallier cette faiblesse dans le droit de l'Union européenne, mais dans la propre adaptation de son régime.

114. Le régime incertain de ces établissements leur statut moins justifié vis-à-vis des règles européennes, notamment en ce qui concerne les procédures appliquées en fonction du régime des entreprises en difficulté du droit commun. En l'absence de textes précis concernant ces procédures, la Commission s'est basée sur l'avis doctrinal du Conseil d'Etat qui a précisé que ces garanties de l'Etat découlaient de la nature même de l'**EPIC**, mais sans pour autant qu'un texte législatif le précise explicitement¹⁴⁸.

115. En plus des points susmentionnés, un autre point a été remis en cause par le droit de l'Union européenne, à l'égard des **EPIC**, à savoir celui lié aux subventions croisées caractérisées dans l'organisation de son fonctionnement. Cette question a été évoquée en ce qui concerne le laboratoire national de métrologie et d'essais¹⁴⁹. La commission indique dans cette espèce l'absence des aides d'Etat, mais elle relève cependant que le **LNE** bénéficie d'un certain nombre « *d'avantages sélectifs, tels que l'auto-assurance et plus généralement le non-paiement des assurances, un régime spécifique de droit du travail, notamment concernant les retraites et l'assurance-chômage, le droit d'utiliser des documents à en-tête et logos de la République, l'utilisation d'une image officielle ou de laboratoire officiel, l'agrément de fait dans le cadre du crédit impôt-recherche et l'archivage gratuit* ». Dans les anciens établissements publics portuaires, si les subventions croisées sont contestées en raison de leur influence néfaste sur

¹⁴⁵ Procédure établie par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980. Selon cette loi, il incombe au représentant de l'État ou à l'autorité de tutelle de l'établissement, en cas de condamnation pécuniaire par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, de créer les ressources nécessaires en cas d'insuffisance d'actif.

¹⁴⁶ En répondant au gouvernement français qui a insisté sur le fait que « *la Commission aurait dû procéder à une appréciation globale des prérogatives et des sujétions des EPIC, et non se contenter de mettre en valeur certains privilèges* ». Une telle approche aurait pour effet de créer une neutralité concurrentielle.

¹⁴⁷ CJCE, 5 octobre 1999 - France c/ Commission - affaire n° C-251/97 - Rec. p. I-6639 (points 35 à 37) (point 51).

¹⁴⁸ Rapport annuel du Conseil d'État pour 1995. Service public, services publics : déclin ou renouveau. : EDCE 1995., p. 219.

¹⁴⁹ Comm. CE, déc. n° 2006/5477, 22 nov. 2006 relative aux aides d'État accordées par la France au LNE (Laboratoire national d'essais) : JOUE n° L. 95, 5 avr. 2007, p. 25.

l'attractivité des ports de commerce, cette question des subventions entre plusieurs services, notamment ceux administratifs et les services concurrentiels, était également contestée par l'application du droit de la concurrence à ces établissements.

116. L'interdiction d'un abus de position dominante en vertu de l'article 102 **TFUE** est une autre règle de la concurrence applicable dans le secteur portuaire. Cette règle n'interdit pas l'exercice d'une activité en situation de monopole par des entreprises dans un marché, mais plutôt l'abus de cette position dominante. Dans le secteur portuaire, cette règle s'applique notamment aux questions de tarification des équipements publics et de l'attribution du domaine public portuaire. Ces infrastructures, qui sont cruciales pour les entreprises portuaires et l'organisation des opérations portuaires, ont été à plusieurs reprises considérées par la Commission comme constituant un marché pertinent¹⁵⁰. Dès lors, en fonction de cette règle et, comme il a été précisé dans l'article précédent commentant la décision du Conseil de la concurrence en 2002, « *le refus d'accès aux infrastructures portuaires, ou la soumission de cet accès à des conditions excessives ou discriminatoires peut constituer un abus de la position dominante détenue par l'autorité portuaire sur ce marché* ». Ce pouvoir détenu par le port autonome sur ces infrastructures créait une situation d'insécurité juridique pour les entreprises et les exposait à la possibilité d'être traitées de manière discriminatoire sur ce marché concurrentiel.

117. Cependant, derrière le monopole attribué au port autonome se trouvaient des raisons d'intérêt général justifiées par les questions d'organisation et de gestion de ces infrastructures. L'ouverture à la concurrence de ces secteurs ne devrait pas contraindre les Etats à accomplir les missions qui leur étaient assignées en raison des missions de service public à leur charge. Au sein du droit européen, indépendamment de la qualification donnée d'une activité au droit d'un Etat membre, certaines activités commerciales peuvent revêtir un caractère d'intérêt général, désignées sous le terme de « **SIEG** »¹⁵¹, exercées par des entreprises. Ces dernières demeurent soumises, malgré la qualification de l'intérêt général, aux règles de la concurrence conformément à l'article 106 §1 **TFUE**. Cependant, selon le deuxième alinéa de cet article, la Commission européenne prévoit que l'application des règles de la concurrence ne doit pas faire

¹⁵⁰ REZENTHEL Robert et CORRUBLE Philippe, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de la concurrence », *DMF*, n° 628, 1 juillet 2002, p. 646.

¹⁵¹ Soulignons que c'est le livre blanc de l'UE qui vise à donner naissance à des décisions politiques et à une politique européenne concertée, et qui contient un ensemble argumenté de propositions d'action communautaire dans un domaine spécifique. Celui qui a été adopté le 12 mai 2004 précise la nature des services présentant un « intérêt général ».

échec « à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière » qui a été impartie à ces entreprises. Ainsi, l'intérêt général de l'Union européenne prévaut sur l'application des règles de la concurrence. Néanmoins, l'activité de manutention portuaire, élément historique de service public portuaire en France, ne présente aucune spécificité permettant de déroger aux principes européens¹⁵², ou une application de l'article 106 §2 **TFUE**¹⁵³. L'établissement public portuaire doit alors se mettre en conformité avec ces principes en adaptant au droit européen son régime lié à l'exercice de cette activité¹⁵⁴.

118. Un autre problème mérite d'être souligné : celui de l'enjeu juridique de l'égalité dans les ports au niveau national depuis la mise en œuvre de la loi de décentralisation, où les ports autonomes ont été traités différemment des autres ports décentralisés¹⁵⁵. En effet, les ports décentralisés ne bénéficient pas des mêmes avantages, notamment au niveau fiscal¹⁵⁶. Les établissements publics gestionnaires des ports maritimes autonomes avaient des privilèges qui n'étaient pas accordés aux autres établissements publics portuaires relevant d'un intérêt local. Une réforme, cherchant à établir un équilibre effectif et juridiquement fondé sur une égalité de traitement et de coordination entre tous les acteurs, doit veiller à placer les établissements publics portuaires sur un pied d'égalité, tant entre eux que vis-à-vis du contrôle du droit de l'Union européenne. C'est ainsi qu'a été introduite la réforme portuaire de 2008 en vue de donner des solutions juridiques à ces problèmes. Cette réforme visait à neutraliser la plupart des avantages dont bénéficiaient les ports autonomes, malgré l'ambiguïté de leur régime et la

¹⁵² Même si le port dans son ensemble - et ses particularités, qui varient entre les différents Etats membres en fonction de leur position maritime ainsi que des alternatives présentes à des fins commerciales et des dessertes des territoires - présente cet intérêt.

¹⁵³ Cet alinéa offre en effet une exception à l'application des règles de la concurrence dans les cas où celles-ci entravent la réalisation de l'intérêt général de l'Union européenne.

¹⁵⁴ Sachant que même si une activité économique existe dans l'intérêt général, elle demeure toutefois soumise au droit de la concurrence, lorsque le système compensatoire doit s'appliquer de manière proportionnelle et justifiée (arrêt : CJCE, *Altamarak Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, 24 juillet 2003, C-280/00).

¹⁵⁵ La décentralisation des ports en France, d'une importance considérée comme secondaire, a commencé avec la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat. A la suite de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, la loi n 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales crée une possibilité de transfert des ports relevant de l'Etat aux départements et communes, procède à la décentralisation de 350 ports maritimes d'intérêt national.

¹⁵⁶ Depuis le milieu du XXème siècle, une exonération de l'impôt sur les sociétés (IS) avait profité aux ports maritimes par décision ministérielle (du 11 août 1942 et le 27 avril 1943), exonération qui dans une révision globale ne serait conforme ni au droit européen de la concurrence, ni à celui national sur l'égalité dans l'imposition qui constitue un principe de valeur constitutionnelle, de surcroît, leur exonération par le truchement exécutif, les fait manquer de solidité et de sécurité juridique. La sécurité juridique et l'égalité dans l'imposition constitue un principe de valeur constitutionnelle, selon l'article 13 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. V. AYRAULT Ludovic, « Le principe d'égalité en matière fiscale », 04/04/2020. Site du Conseil constitutionnel.

fragilité de leur situation, due à l'absence de fondements solides permettant de justifier leurs divers avantages fiscaux¹⁵⁷.

119.L'adoption du modèle de l'établissement public pour la gestion des sept grands ports maritimes constitue une confirmation, au moins en principe, de la viabilité de ce modèle. Cependant, son efficacité dépend de l'adaptation de son régime juridique.

§2. L'adaptation du modèle de l'établissement public aux nouvelles exigences de la gestion portuaire

120.Le maintien de la forme de l'établissement public dans le secteur portuaire dès le début de XXI^e siècle peut, surtout après une certaine période sans grande réforme, témoigner de la pertinence de cette forme **(A)**. Cependant, celle-ci devrait présenter les transformations nécessaires pour accompagner les évolutions survenues dans le secteur portuaire **(B)**.

A- L'affirmation du statut de l'établissement public comme procédé adapté à la nouvelle gestion portuaire

121.Les critiques formulées à l'encontre du recours à l'établissement public pour la gestion d'activités économiques ont été relativisées dans une certaine mesure¹⁵⁸. Il s'agit là d'une question délicate. Comme l'a relevé le Conseil d'État dans un rapport d'études de 2009, en ce qui concerne les activités économiques, « *il est difficile de disposer des informations et du recul nécessaires pour évaluer la pertinence de l'établissement public en tant que technique d'organisation administrative* »¹⁵⁹. Cependant, au regard des critères d'autonomie¹⁶⁰ et de spécialité¹⁶¹, l'établissement public conserve des avantages par rapport aux modes de gestion

¹⁵⁷ BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit, p. 59.

¹⁵⁸ GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (1/2). L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 14, 11 avril 2016, p. 35-41.

¹⁵⁹ Les études du Conseil d'État : Les établissements publics, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 15 octobre 2009.

¹⁶⁰ L'autonomie permet de « répondre au besoin, croissant, de cadres institutionnels permettant de réunir plusieurs acteurs autour d'une action ». *Ibid.*

¹⁶¹ L'avantage du principe de spécialité pour certains établissements publics est la possibilité de recevoir des libéralités avec une garantie pour le donateur de savoir quelle utilisation est faite de son bien BELRAHLI-BERNARD Hafida et MANSON Stéphane, « Fasc. 35 : Domaine des établissements publics », *JurisClasseur Propriété Publique*, 2017, p.2.

publique directe, comme la régie. Cela est particulièrement évident dans le domaine de la gestion de services relevant d'un intérêt général, mais dont la mise en œuvre s'effectue dans un cadre institutionnel articulé avec des activités privées.

Cependant, même si le cadre de l'**EPIC** avait pu être approprié, les critères d'autonomie et de spécialité ne pouvaient pas justifier systématiquement le recours à cette forme plutôt qu'à une structure relevant du droit privé ; certains auteurs ont même plaidé en faveur d'une substitution de la forme juridique, passant d'une société commerciale à un établissement public¹⁶². Face à cette alternative possible et à un mouvement en faveur d'un recul de l'établissement public, il était crucial de souligner l'intérêt continu qu'il représentait pour la gestion portuaire. Cet intérêt reposait principalement sur l'équilibre qu'il pouvait instaurer entre deux impératifs : d'une part, le maintien d'un contrôle de l'État sur un secteur largement considéré comme relevant du domaine public par principe ; d'autre part, la nécessité d'ouvrir un secteur caractérisé par un fort développement des activités économiques aux règles de la concurrence.

122. Le premier avantage de l'établissement public réside dans la personnalité juridique qu'il confère à la structure, permettant ainsi d'organiser le contrôle des politiques qu'elle définit et des activités économiques qu'elle organise par une autorité publique de rattachement.

123. Le deuxième avantage de l'établissement public résidait dans le développement de la technique du contrat administratif qu'il assurait, permettant ainsi d'organiser un contrôle indirect sur les activités portuaires au regard des missions d'intérêt général vers lesquelles elles tendaient *in fine*. Comme l'a souligné N. Gabayet, « *Ce régime supplétif prévoit, dans le cas où les clauses contractuelles n'y suffiraient pas, l'adaptation des contrats administratifs en cours d'exécution afin que les aléas qu'ils rencontrent ne compromettent pas leur objectif d'intérêt général* »¹⁶³. Un exemple concret de ce mouvement était le régime des concessions ou des conventions de terminal qui permettait à l'autorité portuaire d'imposer des mesures liées au respect de la sûreté et de la sécurité dans les ports, relevant ainsi d'une mission de service public à la charge de cette autorité¹⁶⁴. C'était pour cette raison que le maintien du domaine public portuaire était important. D'une part, sur le plan organisationnel, l'établissement public

¹⁶² FOUACHE Valentine, *Etablissement public et société commerciale : Le devenir de l'établissement public industriel et commercial*, Thèse, Paris 2, 2005, p. 185 et s.

¹⁶³ GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (1/2). L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *op. cit.*

¹⁶⁴ Par exemple, la convention type d'exploitation précise à son article 3.2 que l'entreprise titulaire de la convention « assure la responsabilité de l'exploitant au regard de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ».

permettait à l'État de conserver une maîtrise indirecte des activités économiques en garantissant le respect des exigences liées à l'intérêt général¹⁶⁵, notamment en assurant les principes relatifs à la valorisation du domaine public dans une perspective d'aménagement du territoire et de protection maximale de l'environnement. D'autre part, le maintien du domaine public avait des conséquences fiscales importantes, notamment en ce qui concerne la suppression des redevances des outillages désormais privatisés. Il garantissait une certaine sécurité juridique en assurant la pérennité de la taxation d'une activité désormais privatisée, et donc exercée dans les mêmes modalités qu'au sein de l'entreprise. Cela contribuait à éviter tout détournement de l'utilisation du domaine public foncier par des entreprises privées, qui pouvaient être attirées par la participation à la gestion des ports pour des raisons non liées à l'intérêt général de ces derniers, mais plutôt motivées par le principe européen de libre circulation des capitaux¹⁶⁶.

124. Le troisième avantage, de manière plus générale, était que le recours à un tel procédé public dans la gestion portuaire incitait l'État à se placer face à ses responsabilités, l'obligeant à mener une politique cohérente et engagée dans le secteur portuaire dont il avait longtemps négligé l'impact dans ses planifications successives. Un tel procédé constituait un moyen de concilier l'intérêt public et les nouveaux intérêts en mettant en avant les objectifs économiques de la réforme. De ce point de vue, la réforme de 2008 avait confirmé que des objectifs de nature économique incombait à l'autorité administrative, parallèlement à ses missions « administratives » traditionnelles, dans les domaines de la sécurité et de la police portuaire surtout. Tel était d'ailleurs la raison pour laquelle le rapport précédent recommandait « *le maintien du statut d'établissement public, bien adapté aux missions d'aménagement, de gestion et de développement du domaine, d'autant que les pratiques comptables et de gestion tendent de plus en plus à rapprocher les établissements publics industriels et commerciaux que sont les ports autonomes des sociétés* »¹⁶⁷.

125. En effet, le maintien de la gestion portuaire par l'établissement public « sécurisait » la nécessaire modernisation et adaptation du régime juridique de l'activité dans un secteur qui se privatisait. Il offrait un cadre plus rassurant face à des modifications aux conséquences politiques et juridiques plus drastiques, car il assurait une maîtrise publique sur l'activité

¹⁶⁵ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire : un nouveau visage pour les établissements publics », *Revue du Droit public (RDP)*, n° 1, 1 janvier 2010, p. 10.

¹⁶⁶ REZENTHEL Robert, « La gestion des ports maritimes après la réforme portuaire », *Revue de droit des transports*, n° 9, 1er septembre 2008, p. 30-33.

¹⁶⁷ BOLLIET. A, LAFFITTE. M, GRESSIER. C ET GENVOIS. R, RAPPORT SUR LA MODERNISATION DES PORTS AUTONOMES, INSPECTION GENERALE DES FINANCES N°2007-M-031-01. CONSEIL GENERAL DES PONTS ET CHAUSSEES, N° 005126-01, 2007.

portuaire. Ce point était important étant donné les ambiguïtés inhérentes à la nécessaire mise en œuvre des contrôles que les personnes publiques devaient opérer sur des structures publiques transformées en sociétés anonymes¹⁶⁸, dans des secteurs politiquement marqués par une culture du conflit social.

126. Tels étaient les avantages qui ont justifié le maintien du statut de l'établissement public dans un domaine caractérisé par un mouvement de valorisation du recours à la société dans le domaine concurrentiel. Ce mouvement ne dispensait toutefois pas ces sociétés du respect du principe, au nom de la présence d'un intérêt général justifiant le maintien d'un droit d'intervenir en cas de dévoiement de l'objet social et dans les limites prévues dans le statut¹⁶⁹.

127. Si nous pouvons actuellement comparer les ports à l'échelle mondiale, en examinant les différents statuts des ports et en cherchant à établir un lien entre le statut portuaire et le développement des activités portuaires, il est possible de constater qu'il n'existe pas de modèle parfait en termes de gestion et d'exploitation d'un port, ni de régime juridique à solution universelle. Ainsi, un statut « idéal » serait celui qui correspond le mieux aux diverses dimensions contextuelles du pays concerné, permettant d'instaurer un régime adapté. De plus, le succès des activités portuaires ne dépend pas nécessairement du statut du port lors de la mise en place d'une nouvelle organisation. L'essentiel est de trouver le mode conciliant les intérêts différents et spécifiques à chaque pays, comme le démontrent certains résultats positifs observés dans divers régimes portuaires à travers le monde. Par exemple, un port géré par le secteur privé en Asie (Hongkong) a bénéficié d'une réussite comparable à celle d'un autre port relevant quant à lui d'une gestion décentralisée (Rotterdam en Europe), ou même d'un port dépendant de la gestion publique comme celui de Singapour¹⁷⁰.

128. Des intérêts variés et parfois divergents, convergent vers le port, faisant de ce secteur un domaine juridique extrêmement complexe. Pour faire face à ces défis, une politique d'adaptation et de modernisation du statut d'établissement public portuaire a été mise en œuvre.

¹⁶⁸ Voir en ce sens la privatisation d'EDF par la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004.

¹⁶⁹ La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports et à l'origine de la transformation de l'établissement public aéroportuaire de Paris en société permet (article 6) désormais à la société Aéroport de Paris d'exercer des activités qui ne sont pas aéroportuaires, exercice qui est encadré par les conditions prévues dans son statut. Art L. 251-2 Code de l'aviation civile.

¹⁷⁰ Deuxième port en conteneur en 2017 et troisième en tonnage en 2015, [Classements des ports mondiaux](#).

B- L'adaptation du statut de l'établissement public par le législateur

129. Il semble que l'évolution du statut de l'établissement public ait davantage répondu à une nécessité d'adaptation aux principes du droit européen en matière de missions d'intérêt général, plutôt qu'à une véritable mutation envisagée dans plusieurs domaines du droit administratif¹⁷¹. Comme le soulignait N. Gabayet, « *la seule alternative serait la renonciation à la gestion de services d'intérêt économique général par ce biais* »¹⁷².

130. Il semble que la réforme portuaire ait également été motivée par une volonté de combler le retard de productivité des ports commerciaux dans un contexte de concurrence accrue, tout comme cela a été le cas pour la réforme ferroviaire, menée sous la pression du droit européen¹⁷³.

131. Dans le domaine portuaire, et comme dans le secteur ferroviaire, ces adaptations se sont manifestées par la volonté du législateur de mettre en œuvre une nouvelle organisation dans le but de réaliser la séparation comptable entre les gestionnaires et l'opérateur¹⁷⁴. Cependant, dans le contexte spécifique des ports, l'intervention du législateur, était également nécessaire pour affirmer implicitement leur caractère administratif, surtout face à la privatisation des infrastructures relevant d'un régime industriel et commercial.

132. Pour concrétiser une telle évolution, il était encore nécessaire de prendre en compte des évolutions du principe de spécialité, qui par nature apportait des limites à la mise en œuvre d'un mode de gestion d'activités industrielles et commerciales par les établissements publics¹⁷⁵. Sous l'impulsion du Conseil d'Etat qui a vu dans la spécialité un principe à « géométrie

¹⁷¹ Le droit administratif subit plutôt une « adaptation qu'une véritable mutation » CHEVALLIER Jacques, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », *CURAPP. Le droit administratif en mutation*, Presses universitaires de France, 1993, p. 21.

¹⁷² GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (1/2). L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *op. cit.*

¹⁷³ Paquets ferroviaires en 2001, 2004, 2007 et 2013 visant à ouvrir le transport ferroviaire des voyageurs et du fret à la concurrence et à l'attribution concurrentielle des contrats des services publics. Cet objectif central a été entouré par d'autres textes afin d'améliorer le cadre de cette ouverture, ainsi que de la directive de certification des conducteurs 2007/59/CE, Règlement 1370/2007 dit « Obligations de service publics », Règlement sur les droits des voyageurs 1371/2007. Directive « Refonte » 2012/34/ UE visant à reprendre les textes des paquets ferroviaires afin d'éviter de multiplier les textes.

¹⁷⁴ La création du réseau ferré de France, EPIC créé le 13 février 1997 afin de séparer le régime de propriété des infrastructures de celui de son exploitation qui a été délégué à la SNCF, un autre EPIC et l'opérateur historique. RFF a disparu, le 31 décembre 2014, pour être remplacé par SNCF réseau le 1er janvier 2015.

¹⁷⁵ Lorsqu'il « briderait la capacité de développement économique et de diversification des activités prises en charge par les établissements publics ». KARPENSCHIF Michaël, « Les EPIC dans tous leurs états », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 31 à 35 regroupés, 27 juillet 2009, p. 2.

variable »¹⁷⁶ en fonction du statut de l'organisme de gestion¹⁷⁷, et des exigences liées à ses évolutions¹⁷⁸, la jurisprudence a pu ajuster ce principe. Avec un assouplissement certain et une adaptation jurisprudentielle ancienne aux entreprises publiques, ce dépassement d'une conception rigide de la spécialité a permis aux établissements publics de diversifier leurs activités dans des domaines économiquement prometteurs, au-delà de leur objet statutaire, sous certaines conditions¹⁷⁹.

133.Cependant, une telle interprétation extensive de la spécialité a été confrontée à un raidissement jurisprudentiel en raison des règles européennes, notamment lors de la mise en place de prérogatives de puissance publique dans une activité relevant d'un domaine économique. L'adaptation de la spécialité dans le secteur portuaire s'est effectuée par la voie de la réforme, en 2008. L'exclusion des activités concurrentielles du champ des missions de l'établissement public constitue une étape essentielle de cette adaptation. Cependant, la mise en place des prérogatives de puissance publique dans l'exercice de ces activités a été écartée. Cela a représenté une modification substantielle du principe de spécialité pour permettre son adaptation. En excluant les avantages associés à la qualité publique et en plaçant désormais l'établissement dans une situation similaire à celle des entreprises privées, le **GPM** a pu s'impliquer dans l'activité économique.

134.On pourrait cependant s'interroger sur les conséquences de cette exclusion d'une mission de service public traditionnellement attribuée aux ports autonomes. Une telle exclusion aurait-elle entraîné une remise en cause du fondement juridique de cette institution ? F. Bérroujon considérait que ce lien entre la constitution de l'établissement public et le service public était erroné et précisait au sujet de l'établissement public, que : « *n'ayant pas spécialement été conçu pour assurer la gestion des services publics, il n'est pas surprenant qu'à un moment donné, il cesse de remplir une fonction qui ne lui a été assignée que par opportunité* »¹⁸⁰. D'autres auteurs, en revanche, avaient plaidé en faveur de ce rattachement,

¹⁷⁶ BAILLEUL David, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? », *op. cit.*

¹⁷⁷ La loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI) dispose que la SNCF peut exercer toutes les activités qui se rattachent directement ou indirectement à sa mission principale.

¹⁷⁸ Par exemple, la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (JORF n°35 du 11 février 2000) relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, a prévu l'élargissement de l'objet d'EDF en 2000, ce qui a engendré un assouplissement en ce qui concerne le développement de l'établissement. EDF a ainsi non seulement développé des activités sur d'autres marchés de l'énergie sur le plan national et international, mais également sur des marchés connexes à la production et à la distribution d'électricité.

¹⁷⁹ GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (1/2). L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁰ BÉROUJON François, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics (1) », *RFDA*, n° 1, 1 janvier 2008, p. 3.

car ils considéraient que les établissements publics étaient des « *structures fonctionnelles adaptées à la mission de service public pour laquelle ils ont été créés par la collectivité publique de rattachement* » et qu'ils étaient pour cette raison « *vocation à être transformés, dissous, remplacés par cette dernière en fonction de l'évolution des besoins* »¹⁸¹. Or, dans le cas des **GPM**, il semblait que le service public demeurât un point important de leur gestion, mais il s'attachait uniquement à un aspect administratif de l'ensemble portuaire.

135. Si l'exclusion de la mission d'exploitation commerciale constituait le premier élément de la modification de la spécialité des **GPM**, le second élément relevait quant à lui d'un aspect spatial. Il s'agissait de la modification de l'étendue spatiale de l'action portuaire dans le domaine économique, dans le but d'élargir le périmètre de l'action publique dans l'économie et par le biais de nouvelles formes au-delà des limites administratives du port. Conformément à la loi 2008 portant réforme portuaire, le **GPM** « *peut exercer par l'intermédiaire de prises de participations dans le capital des personnes morales, des activités ou réaliser des acquisitions dont l'objet est de nature à concourir, à l'intérieur ou à l'extérieur de sa circonscription, au développement ou à la modernisation du port ou de la place portuaire* »¹⁸². Il s'agissait là d'un objectif visant le développement économique dans un périmètre plus conforme à la nature des activités économiques ainsi qu'à leur croissance, dans un cadre de partenariat et de coordination adapté à tous les acteurs et parties concernées. La conséquence pourrait être importante. Cette modification impliquait une nouvelle organisation avec les autres ports dans le même périmètre potentiel de développement, ainsi qu'avec les collectivités territoriales dans une perspective de coordination « port-ville »¹⁸³. Un **GPM** pouvait, en vertu de l'article susmentionné, développer des activités économiques en partenariat avec les autres ports et collectivités locales, et ce, en recourant à des procédés relevant du droit commun et non plus attachés à une mission de service public industriel et commercial.

136. En vertu de la réforme de 2008, le législateur a donc introduit un nouveau statut des **GPM**. La question se pose cependant quant aux conséquences de cette réforme au régime juridique de l'établissement public en tant que procédé classique de droit administratif. Il a déjà été soulevé de savoir si le recul de l'établissement public constituait un facteur ou « au contraire

¹⁸¹ BETTIO Nathalie, *La circulation des biens entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse 1, 2009, p. 216.

¹⁸² Article L 5312-3 Code des transports.

¹⁸³ V. RODRIGUES-MALTA Rachel, « [Villes portuaires horizons 2020](#) », *Méditerranée* [Online], 111 | 2008, Online depuis le 1er Juin 2008, connexion le 15 Juin 2020.

une conséquence de l'évolution du droit administratif »¹⁸⁴. Il semble que la nouvelle formulation de l'établissement public portuaire constitue tout à la fois un facteur et une conséquence significative de cette évolution. Mais qu'apporte de nouveau cette création au sein du droit administratif ?

137. Comment la création évolutive de l'établissement public peut-elle constituer une contribution à la rationalisation concernant ce procédé, qui a traversé plusieurs phases de remise en cause juridique et pratique¹⁸⁵ ? Cette création semble être une procédure empirique, lorsqu'elle est justifiée et modulée selon des éléments extérieurs plutôt que à la lumière de l'évaluation des modèles existants, et elle participe de cette manière à l'adaptation de cette formule dans une perspective empirique. Selon le Conseil d'Etat, les informations et le recul nécessaires pour évaluer la pertinence de l'établissement public en tant qu'instrument d'organisation administrative ne sont pas suffisants¹⁸⁶. Or, même si l'on disposait d'une telle évaluation, la question qui se poserait, concernant l'organisation des ports maritimes à l'égard du droit administratif, serait de savoir s'il est inévitable que les évolutions dans le secteur portuaire, ainsi que dans les secteurs d'étendue économique importante, ne pourraient pas produire, par leur adaptation, une évolution administrative basée sur une démarche empirique et non rationnelle. Selon le Conseil d'Etat, une telle situation, consistant à définir la notion et le régime de l'établissement public au « cas par cas », est en effet préoccupante, « *parce que les expériences accumulées à la faveur d'un développement empirique, sinon anarchique, n'ont pas réellement permis de solidifier les fondements juridiques, pourtant fragiles, sur lesquels cette construction institutionnelle repose et que, si la loi ou la jurisprudence n'évoluent pas, ces fragilités vont se faire sentir avec plus d'acuité au fil du temps.* »¹⁸⁷. Dans une perspective d'adaptation à de nouveaux éléments, notamment parmi ceux produits par le droit de l'Union européenne, cette création de nouveaux établissements publics, constituerait, selon N. Gabayet, une occasion de rationaliser la notion d'établissement public¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BEROUJON François, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics (1) », *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁵ BAILLEUL David, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? », *op. cit.*

¹⁸⁶ Selon le Conseil d'Etat, « il est difficile de disposer des informations et du recul nécessaires pour évaluer la pertinence de l'établissement public en tant que technique d'organisation administrative. Ceci explique pour partie les fantasmes qui entourent la notion, dont on prophétise, peut-être un peu vite, sur la foi de quelques exemples spectaculaires, la crise ou le déclin. » *Conseil d'Etat, Rapport d'étude sur les établissements publics*, 2009, p. 14.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁸⁸ GABAYET Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (1/2). L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *op. cit.*, p. 2.

138. Bien que constituant des établissements publics de l'Etat, les grands ports maritimes n'entrent pas pour autant dans le champ d'application du décret¹⁸⁹ relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, ce qui ne se relève pas pour autant déterminant pour la définition des établissements publics. Ainsi, ils n'étaient pas répertoriés dans la liste des administrations publiques mentionnées par ce décret¹⁹⁰. La question consiste à savoir s'il existe une autre classification légale ou réglementaire des administrations qui mentionne le grand port maritime. En tout état de cause et malgré l'ambiguïté de sa nature, la loi portant réforme portuaire a précisé qu'il s'agissait d'un établissement public d'Etat et la majorité des dispositions qui en découlaient consacraient cette qualité.

139. Après avoir exclu l'activité industrielle et commerciale essentielle de la compétence portuaire, le **GPM** maintient-il la qualification en **EPIC** ? Dans son étude réalisée dix ans après la réforme¹⁹¹, R. Rézenthel exclut l'hypothèse selon laquelle le **GPM** serait un **EPIC**, notamment en raison, d'un côté, de la privatisation de l'activité économique principale et de l'autre, du fait que le Conseil d'Etat a précisé, en 2014, qu'il s'agissait là d'une nouvelle catégorie d'établissement public. En outre, ce dernier, dans son guide sur « l'action économique des personnes publiques », accorde moins d'importance à la qualification de l'établissement en **IC**, car il alloue au juge la possibilité de le qualifier selon l'activité et le service. C'est l'activité qui compte désormais et il conviendrait de préciser le régime et la compétence en fonction de cette qualification. Ainsi, il a précisé que : *« Le juge ne s'attache pas à la qualification de l'établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré. Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l'établissement, qui est à prendre en considération pour l'application de certains textes, est déterminé à partir de l'activité principale »*¹⁹². La jurisprudence, se montrant constante en la matière, remonte au milieu du XXe siècle¹⁹³, lorsqu'elle précisait qu'un établissement public industriel et commercial serait ainsi qualifié en raison de son **objet**, qui doit être assimilable à celui d'une entreprise privée, de ses **ressources de financement**, et de son **fonctionnement**, qu'il faut distinguer de celui de l'administration. Il semble que l'attribution du caractère industriel et commercial à de grands ports maritimes n'est dès lors pas très fondée, mais cela aurait-il pour effet d'exclure les grands ports maritimes du champ d'application des règles concernant les **EPIC** dans tout leur aspect

¹⁸⁹ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, JORF n°0262 du 10 novembre 2012.

¹⁹⁰ REZENTHEL Robert, « La réforme portuaire a dix ans », *DMF*, n° 804, 1 juillet 2018, p. 650-658.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Conseil d'Etat, Guide de l'action économique des personnes publiques. Actualisé en 2023.

¹⁹³ Ce. Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549.

évolutif¹⁹⁴ ? Ou suivront-ils éventuellement leur propre contexte juridique et pratique d'évolution, étant donné la spécificité de leur statut, fruit d'une évolution née dans les ports ?

140. La création des nouveaux établissements portuaires visait à garantir une certaine **sécurité juridique**. Ainsi, elle prévoyait une substitution et un transfert relativement simplifié pour garantir les droits des parties en lien avec l'ancien port. En effet, cette réforme s'est caractérisée par l'aspect extra-contractuel de la substitution des ports autonomes ou des services maritimes de l'Etat par les grands ports maritimes. Lorsque le grand port maritime a subrogé l'ancien port autonome dans ses obligations et ses droits, il était tenu aux engagements que l'ancienne institution avait contractés, entre autres, à la poursuite des instances introduites avant sa constitution. Il est d'ailleurs à noter que cet engagement était établi même si l'inventaire contradictoire constatant la remise des biens n'était pas établi¹⁹⁵. D'ailleurs, toutes les activités et les nouvelles missions des **GPM** demeuraient rattachées au domaine public : l'accès terrestre ou maritime, l'exploitation du port, ou l'aménagement et la valorisation du domaine portuaire, ou le développement des activités portuaires avec l'arrière-pays. Cela pourrait également constituer une source de stabilité juridique ; cependant, étant donné le régime spécial de la domanialité publique, cela serait aussi susceptible d'établir la grande critique existant toujours à l'égard du régime de l'établissement public.

¹⁹⁴ Par exemple, le législateur a placé l'EPIC dans une situation analogue à celle d'une filiale dans un groupe public : « Code des transports - Article L2102-4 » introduit par l'article 1er de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹⁹⁵ Cet aspect extra-contractuel n'était pas maintenu de la même façon par le juge administratif dans la matière fiscale lorsqu'il exigeait un acte translatif de la propriété à la conservation des hypothèques, et ce à l'égard de l'exonération de la taxe foncière sur la propriété bâtie. REZENTHEL Robert, « La réforme portuaire a dix ans », *op. cit.*

Section 2. Les limites du statut de l'établissement public avec l'économie du marché

141.S'il est confirmé dans la gestion portuaire, le statut de l'établissement public portuaire présente toujours des limites concernant certaines de ses caractéristiques déterminantes, et notamment celles liées au régime juridique particulier qui y est appliqué, particulièrement, le régime appliqué au domaine public dont le **GPM** demeure propriétaire. La théorie du domaine public constitue, avec celle du service public, le fondement du contrôle de l'Etat sur les activités portuaires et justifie ainsi le régime particulier de leur occupation¹⁹⁶. Si le régime du service public dans le port a été bien éclairé et a évolué dans une perspective adaptative à l'économie de marché¹⁹⁷, la domanialité publique demeure conséquente dans la gestion portuaire, secteur fortement concurrentiel **(§1)**. Cependant, des évolutions diverses de ce régime ont pu assouplir les limites qu'il présentait **(§2)**.

§1. Le régime juridique du domaine public portuaire

142.Les problématiques liées au régime juridique du domaine public reflètent deux données contradictoires. Ainsi, le domaine public portuaire a toujours constitué l'assiette matérielle pour l'application des règles issues d'un autre régime juridique, celui du régime de service public **(A)**. Cependant, ce domaine est désormais caractérisé par la présence de nouvelles mesures, juridiques ou autres, qui devraient être prises en compte **(B)**.

A- Le domaine public dans le port, un support traditionnel du service public

143.L'identification du domaine public a été pendant longtemps une construction jurisprudentielle. Sa création initiale a été législative, et ce dans la perspective de la distinction des biens « inappropriables »¹⁹⁸. La jurisprudence a progressivement contribué à construire les

¹⁹⁶ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen : entre intérêt général et marché », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 31, 1 janvier 2013, p. 485.

¹⁹⁷ V. *infra*. 1^{ère} partie, 2^{ème} chapitre.

¹⁹⁸ Article 538 du code civil, créé par la Loi 1804-01-25, 4 février 1804, et qui a été abrogé par l'Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 - art. 7 JORF 22 avril 2006, relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

notions comprises dans ce domaine, selon les cas et en dégagant les critères. Le premier critère est celui de la propriété publique, mais, pendant longtemps ce droit de propriété n'a pas été reconnu à la personne publique, cette dernière avait un droit de garde sur son domaine dans l'intérêt du public¹⁹⁹. A la suite d'une confirmation par la jurisprudence depuis 1923, au XX^e siècle le **CGPPP** affirme cette propriété. La propriété des ports maritimes repose ainsi sur leur domaine privé et public. Le droit de propriété des établissements publics portuaires de leur domaine public est une œuvre jurisprudentielle remontant à 1981²⁰⁰, qui a été confirmée en 1984²⁰¹. Cette propriété a été confirmée concernant les nouveaux établissements publics portuaires par la loi portant leur création, mais ce droit est limité au domaine artificiel et à l'exclusion du domaine maritime naturel, dont le **GPM** garde la gestion dans l'intérêt général. Le critère de la propriété constitue un élément essentiel pour intégrer les biens dans le domaine public lors de la définition de sa consistance par le **CGPPP**²⁰². Le transfert de la propriété de l'Etat de son domaine public au profit des grands ports maritimes a été prévu, en 2008, par la loi portant réforme portuaire dans son article 15.

144. Le deuxième critère est celui de l'affectation du bien à l'utilité publique, soit à l'usage du public, soit à un service public pour lequel il est spécialement aménagé²⁰³. Si le service du public constitue la vocation initiale du régime de la domanialité publique, l'intégration à la notion d'utilité publique de l'affectation au service public avec un aménagement spécial est une œuvre jurisprudentielle, influencée par la doctrine. Le **CGPPP** reprend cette notion dans ces deux dimensions, tout en effectuant une modification au niveau de l'aménagement demandé au bien, lorsque ce dernier doit être « indispensable » et non plus « spécial ». Il semble que, dans le secteur portuaire, le domaine public est ainsi qualifié par l'application du critère de « l'affectation du service public ». De surcroît, ce critère, tel qu'il a été présenté ci-dessus, a été appliqué pour la première fois, dans un port, précisément le port fluvial de Bonneuil-sur-Marne, par le biais de l'arrêt *Sté le Béton*²⁰⁴. L'interprétation du juge administratif a introduit une perspective extensive de la domanialité portuaire par l'application

¹⁹⁹ Les auteurs du XIX^e siècle ont contribué à transposer le raisonnement en cours lors de l'ancien régime, ce raisonnement consistant en la caractérisation d'un droit de garde sur le domaine public et l'absence de droit de propriété de ce domaine par la personne publique. Parmi ces auteurs figurent J.-B.-V. Proudhon et L. DUGIT, alors que les écrits de M. HAURIOU avanceront pour leur part l'idée d'une propriété administrative du domaine public YOLKA Philippe, « Fasc. 10 : Distinction du domaine public et du domaine privé », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2020.

²⁰⁰ CE, sect., 6 février 1981, *M. Epp*, n° 09689 09695.

²⁰¹ CE, 21 mars 1984 - *Mansuy*, n° 24944.

²⁰² Art. L 2111-1 CGPPP.

²⁰³ CE, sect., 19 octobre 1956, *Sté le Béton*, n° 20180, publié dans le *recueil Lebon*.

²⁰⁴ *Ibid.*

de l'aménagement spécial, en considérant que la proximité du port était assimilée à un aménagement « *spécial* »²⁰⁵.

145.D'autres théories liées à la définition de l'étendue du domaine public ont pu être développées ensuite, qui ont eu pour conséquence l'élargissement de cette dernière. Il s'agit premièrement du domaine public par accessoire. La théorie de « l'accessoire », qui a connu une interprétation extensive avant l'entrée en vigueur du **CGPPP**²⁰⁶, a bien été précisée dans le cadre de rédaction de ce dernier ; c'est ainsi que font partie du domaine public « *les biens des personnes publiques... qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.* »²⁰⁷. Cette théorie trouve son application concernant le domaine public portuaire. Le Conseil d'État précise, en effet, que la réalisation sur le domaine public de l'aménagement d'un terrain, d'un bassin et d'un chenal, en application d'une « concession précaire et révocable », entraîne l'incorporation de ces éléments immobiliers dans le domaine public²⁰⁸. Cette notion peut incorporer également, en fonction d'un revirement jurisprudentiel en la matière, des biens mobiliers²⁰⁹.

146.Une autre théorie liée à l'identification du domaine public est celle du domaine public virtuel, qui a été développée et systématisée par le Conseil d'Etat²¹⁰. C'est ainsi que ce dernier a étendu les principes de la domanialité publique aux immeubles non encore affectés et aménagés, mais destinés à l'être de façon certaine²¹¹. Cette théorie connaissait déjà une conception extensive dans le domaine portuaire, depuis que le législateur avait consacré la domanialité publique potentielle, avec l'institution d'une réserve foncière le long du domaine public maritime²¹². La jurisprudence a elle contribué aussi à établir cette conception extensive

²⁰⁵ A propos du domaine du port de Saint-Tropez, CE, 17 décembre 2003 - *société Leader Racing*, n° 236827.

²⁰⁶ CHARLES Hubert « *Accessoire et domaine public en droit administratif français* », in *Mél. Stassinopoulos* : LGDJ, 1974, p. 187. V. aussi BLAQUIERE Benjamin, *La théorie de l'accessoire en droit administratif*, Thèse, Paris 2, 2018.

²⁰⁷ L'article L 2111-2 CGPPP exige ainsi un cumul de deux éléments. Avant la codification de cette théorie, l'incorporation par ricochet pouvait découler soit d'un rapport d'indissociabilité (lien physique), soit d'un rapport d'utilité (facteur fonctionnel), chacune de ces relations suffisait à déclencher la domanialité publique. Cette restriction a également été précisée par la jurisprudence dans l'arrêt CE, 26 janvier 2018, *Var Auto et RATP*, n°409618.

²⁰⁸ CE, 10 févr. 1967, *Sté P*, n° 36709.

²⁰⁹ CE, 7 décembre, *CMA CGM*, 2015, n° 362766.

²¹⁰ Dans un avis des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du 31 janv. 1995 (Grands avis du Conseil d'Etat, p. 343), qui en vient ainsi à systématiser l'adoption de cette théorie pour appliquer les principes de la domanialité publique, notamment de l'inaliénabilité, à des biens qui ne remplissent pas les critères de la domanialité publique ; cette position du Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence en 1985 : CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat c/ Crédit foncier de France*, qui présente l'apparition de cette notion.

²¹¹ Il est également dénommé "domaine public par anticipation". YOLKA Philippe, « Fasc. 10 : Distinction du domaine public et du domaine privé », *op. cit.*, p. 10.

²¹² Loi n°63-1178 du 28 novembre 1963 relative au domaine public maritime, JORF n°35 du 11 février 2000.

du domaine public dans le port²¹³, en adoptant une approche anticipative de l'intégration des terrains portuaires au domaine public. En l'occurrence, le juge accepte cette intégration d'un terrain faisant partie du domaine privé du port autonome de Marseille dans la mesure où un service public sera délégué en fonction d'un contrat, même si l'aménagement spécial rendu nécessaire et exigé par la loi n'est pas encore réalisé²¹⁴ et ce, dès lors que cet aménagement sera effectué de façon certaine, afin d'assurer la réalisation de ce service.

147. La mise en place du **CGPPP** au XXI^e siècle révèle la volonté de consolider par la voie législative « la détermination de ce qu'est et doit être ce domaine support de la vie sociale. »²¹⁵. Quant au domaine public portuaire, il représentait dès la première construction du « domaine de la Couronne »²¹⁶, un aspect « d'interventionnisme précoce » de la part de l'Etat dans l'espace portuaire en France²¹⁷. A la suite de sa définition du domaine public, le législateur juge utile de définir le domaine public maritime artificiel²¹⁸ dans le **CGPPP** ; c'est ainsi qu'il fait figurer dans ce domaine les biens appartenant à une personne publique en fonction du même Code, notion qui s'applique à des biens mobiliers (ouvrages et installations) destinés à assurer la sécurité de la navigation maritime et à la faciliter, ainsi qu'aux biens immobiliers concourant au bon fonctionnement de l'ensemble des ports maritimes²¹⁹. Cependant, la détermination de la consistance de ce domaine dans le port, codifiée dans le **CGPPP**, semble entachée d'imprécision, notamment en ce qui concerne la présentation de ce qui pourrait concourir ou non « au fonctionnement d'ensemble du port », ce qui est susceptible d'engendrer une marge importante d'interprétation extensive ou restrictive de la part du juge²²⁰. Dans tous les cas, que ce soit en fonction des dispositions du Code civil, qui ont incorporé les ports autonomes dans

²¹³ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole* n° 390118, publié dans le recueil Lebon, 2016.

²¹⁴ Dans cette décision, le Conseil d'Etat statue sur le fondement du code du domaine de l'Etat en vigueur au moment de l'avènement des faits à l'origine du litige ; ce Code subordonne l'intégration d'un domaine affecté au service public à un aménagement **spécial**, alors que le nouveau Code depuis 2006 (CGPPP) prévoit comme condition à son intégration un aménagement **indispensable**.

²¹⁵ LAVIALLE Christian, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA*, n° 3, 1er mai 2008, p. 6.

²¹⁶ L'ancêtre du domaine public, établi en fonction de l'édit de Moulins, 1566.

²¹⁷ GUILLAUME Jacques, « L'État, entrepreneur portuaire », *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale: regards sur les pays d'Europe du Sud*, CNRS éditions, 2014, p. 17-36.

²¹⁸ C'est-à-dire le domaine public portuaire, qui se distingue du domaine public maritime naturel qui est également défini dans le CGPPP article L. 2111-4.

²¹⁹ Article L. 2111-6 CGPPP. A noter que ce dernier a mis « en lumière une séparation des domaines publics mobilier et immobilier. ». V. SORBARA Jean-Gabriel, « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, n° 12, 26 mars 2007, p. 619.

²²⁰ REZENTHEL Robert, « La domanialité publique portuaire une sérieuse contrainte pour les investissements privés », *DMF*, n° 728, 1er septembre 2011, p. 3 et 4.

le domaine public²²¹, ou de la nouvelle détermination par le **CGPPP**, le domaine portuaire s'est caractérisé par une appartenance majoritaire de ses terrains au domaine public. L'intégration au domaine public peut se concrétiser par un acte formalisé, à savoir le **classement**²²², mais aussi par un autre acte juridique tel que la convention ou une délégation de service public.

148.L'enjeu de la détermination du domaine public dans le port réside, comme nous allons le souligner progressivement dans ce paragraphe, dans ce qui a été qualifié comme caractéristiques de « rigidité » de la domanialité publique, susceptibles de désintéresser les investisseurs privés de l'exploitation d'activités portuaires. Ainsi, dans cette perspective d'intérêt, il a été autrefois admis que les zones portuaires industrialo-commerciales faisaient partie du domaine portuaire privé, constituant ainsi l'une des premières mesures juridiques visant à dynamiser la domanialité publique dans le contexte économique du domaine portuaire. Cependant, les activités portuaires exercées sur le domaine portuaire étaient étroitement liées à la caractérisation d'un service public, ce qui a renforcé le lien entre le domaine public et le service public dans le port.

149.Le lien bien établi entre le domaine public portuaire et le service public se concrétisait dans la définition du domaine public par l'adoption du critère de l'affectation au service public portuaire, mais également dans le fonctionnement des ports en général. Le port autonome était chargé de missions de service public de nature administrative et commerciale, où le domaine public constituait un noyau essentiel pour l'exercice de ces missions. La première catégorie de missions que le port assumait consistait en la gestion de ce domaine dans l'intérêt général et dans celui de ce domaine. Cette gestion comprenait la délivrance de titres d'occupation privative, où le port disposait d'une grande liberté et d'un pouvoir arbitral concernant le choix de l'occupant. Le juge était ainsi tenu d'apprécier la compatibilité de ce choix avec l'intérêt général ou celui du domaine²²³. A l'égard de ces éléments, les occupants du domaine portuaire pouvaient se trouver dans une situation réglementaire, lorsqu'en fonction de l'article R 323-4 du Code des ports maritimes « *Les navires sont placés conformément aux*

²²¹ Article 538 Code civ. créé par la Loi 1804-01-25 et abrogé par l'Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 - art. 7 (V) JORF 22 avril 2006 en vigueur le 1er juillet 2006 : « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.* ».

²²² En vertu de l'article L 2111-3 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *S'il n'en est disposé autrement par la loi, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien dans le domaine public n'a d'autre effet que de constater l'appartenance de ce bien au domaine public* ».

²²³ CE, sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260.

*règlements de police et aux ordres des officiers de port... »*²²⁴, ce qui pouvait engendrer une confusion entre les actes qui relèvent de la police portuaire et ceux afférents à la gestion du domaine public²²⁵.

150.Or, le service public industriel et commercial comprenait l'exploitation des outillages publics²²⁶. L'autorité portuaire procédait à cette mission en régie ou en la confiant à d'autres personnes du droit public ou privé par le biais des concessions des outillages, avec délégation de service public. Le droit d'occuper le domaine public portuaire était compris dans ces concessions, surtout à la suite de l'accentuation du recours à déléguer l'exploitation de ces services au secteur privé en raison du développement important caractérisant les activités portuaires. Lors de l'octroi de ces concessions, l'autorité portuaire est tenue aux principes imposés par la loi Sapin I²²⁷, notamment concernant la publicité préalable et la transparence. L'application de ces dispositions dans les procédures liées à ces contrats de service public, constituait une garantie de non-discrimination, lors de l'attribution de ces contrats. Cependant, la mutation du régime du service public portuaire à la suite de la propre évolution des activités portuaires et à l'égard de leur qualification par le droit de l'Union européenne, génère des suspicions concernant la compatibilité de la domanialité publique dans le port.

151. Depuis la loi de 1994, des droits réels sont conférés par principe au titulaire d'un titre d'occupation du domaine public sur ce domaine²²⁸. Ces droits ont été confirmés dans le **CGPPP** (article L. 2122-6). Cependant, lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L. 2122-6 ne « *leur sont applicables que sur décision de l'État* »²²⁹. La qualification d'un service public exige une précision expresse dans le titre de cette attribution d'un droit réel.

²²⁴ T. confl. 11 décembre 1972 - sieur Spathis c/ Port autonome de Bordeaux - *Rec.* p. 950. A propos des opérations d'accostage des navires.

²²⁵ REZENTHEL Robert, « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », *DMF*, n° 675, 1er novembre 2006.

²²⁶ CE, 5 mai 1944, *Cie maritime Afrique Orientale* n° 66679, publié dans le recueil Lebon.

²²⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (Sapin I), *JORF* n°25 du 30 janvier 1993.

²²⁸ Loi 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

²²⁹ Article L 2122-10 CGPPP.

B- Le domaine public portuaire, un domaine « hérité » pour l'activité économique

152. Historiquement, le lien étroit entre le service public et le domaine public garantissait la protection de ce dernier contre les règles de la concurrence. Cependant, ce lien s'est affaibli à plusieurs reprises. Si cette évolution a d'abord débuté dans le secteur aéroportuaire, elle s'est également manifestée dans le secteur portuaire, notamment avec la réforme qui a conduit à la privatisation de l'activité de manutention, pourtant largement implantée dans le domaine public portuaire. Pourtant, cette dissociation entre le domaine public et le service public a eu des conséquences juridiques différentes dans le secteur portuaire par rapport au secteur aéroportuaire. Alors que dans ce dernier, la loi²³⁰ et la position du Conseil Constitutionnel²³¹ ont permis légalement que des biens affectés à un service public ne relèvent pas nécessairement d'une personne publique, dans le secteur portuaire, c'est l'inverse qui s'est produit. En effet, lorsque des activités traditionnellement considérées comme relevant du service public portuaire ne le sont plus, elles restent néanmoins soumises aux règles de gestion du domaine public, car le port continue d'être réglementé par ce dernier.

153. Dès que l'application du droit de l'Union européenne est obligatoire en ce qui concerne les activités commerciales, les Etats membres doivent adapter le régime de ces activités aux règles et principes de ce droit. Certaines activités, autrefois exploitées dans le cadre d'un monopole en raison de la présence d'un service public, ont été requalifiées en activités purement économiques et ne justifiant plus d'un régime dérogatoire aux règles européennes. Ce changement a remis en question la notion traditionnelle de service public « à la française »²³² qui caractérisait ces activités²³³. Les Etats membres sont ainsi tenus d'adopter le régime interne de propriété et de gestion en veillant à respecter les règles européennes. Dans le secteur portuaire, bien que l'établissement public ait été maintenu, avec un droit de propriété

²³⁰ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

²³¹ Cons. Const. Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 – JO 21 avril 2005 p. 6974.

²³² Cette notion revêt une importance particulière, notamment en ce qui concerne la position du droit européen. La première conception repose sur une approche organique, tandis que la deuxième repose sur une approche fonctionnelle. Plus précisément, « *la conception traditionnelle du service public "à la française" renvoie indissociablement, d'une part, à des modes de structuration des marchés (sous monopole) et des entreprises (sous tutelle publique), et d'autre part, à une histoire et à une culture politique (autour des valeurs républicaines d'égalité et de citoyenneté)* ». Il s'agit d'une notion « syncrétique » qui intègre à la fois des éléments politiques, juridiques, sociaux et économiques. BRILLET Emmanuel, « Le service public "à la française" : un mythe national au prisme de l'Europe », *L'Économie politique*, 2004/4 (n° 24), p. 20-42.

²³³ Cette notion est notamment caractérisée par « *le monopole ou la situation dominante d'entreprises publiques avec des personnels à statut* », SCOT Jean-Paul, « Service public. Une petite histoire qui en dit long », *Humanisme*, 2006/4 (N° 275), p. 39-49.

sur le domaine public artificiel en vertu de la loi 2008, ce domaine est désormais le siège d'une activité privatisée. La domanialité publique de ce siège des activités économiques libéralisées, impliquant la propriété du **GPM**, constitue un aspect essentiel de cette réforme, mais également une source majeure de critique, en raison de son opposition au droit de la concurrence. Cependant, cela soulève la question de savoir si la domanialité publique présente un intérêt général justifiant un régime dérogatoire au service public, et si elle demeure soumise au droit de la concurrence. R. Rézenthel précise que « *La gestion du domaine public portuaire répond (...) certes à un besoin d'intérêt général, mais ayant un caractère économique, pour ce motif, elle est soumise au droit de la concurrence.* »²³⁴.

154. La question de la compatibilité de la domanialité publique avec l'économie de marché a été abordée par plusieurs auteurs, ce qui a conduit, depuis les années 1990, à une remise en cause de la domanialité publique. Selon leurs conclusions, une économie de marché est caractérisée par des activités économiques exploitées sans bénéficier d'aides publiques faussant la concurrence²³⁵ ; une concurrence libre²³⁶ ; des prestations donnant lieu à une rémunération normale ; et le cas échéant, des entreprises soumises au droit de la liquidation judiciaire. Mais en quoi ce régime s'oppose-t-il à une application optimale du droit de la concurrence pour réaliser les objectifs de l'économie de marché, notamment le développement économique ? Ces limites sont liées à la gestion domaniale, en particulier au régime de l'occupation du domaine public, qui place le port dans une situation de monopole de fait vis-à-vis du droit de la concurrence. Cela s'explique par son monopole sur un bien dont l'utilisation s'avère incontournable pour les activités économiques, surtout après que l'exercice de l'exploitation des outillages a été exclu par principe des **GPM**²³⁷. Le refus de délivrer ou de renouveler un titre d'occupation relève d'une liberté importante du gestionnaire, qui n'est pas même tenu de motiver ce refus en application des textes régissant les liens entre le public et l'administration²³⁸. En refusant un avantage qui constitue un droit, le Conseil d'Etat a considéré que « *l'autorisation d'occuper une dépendance du domaine public n'est pas un avantage dont l'attribution constitue un droit* »²³⁹. Cette situation, en plus de son incohérence vis-à-vis de ce

²³⁴ REZENTHEL Robert, « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », *op. cit.*

²³⁵ TPI 5 août 2003 - *P & O European Ferries (Viczaya)* - aff. n° T-116/01 et T-116/01 points 110 et 113.

²³⁶ CJCE, 3 octobre 2000 - *Echirolles distribution SA et association du Dauphiné* - aff. N° C-9/99 point 25 ; CJCE 9 septembre 2003 - *Consortio industrie Flammiferie (CIF)* - aff. n° C-198/01 point 47.

²³⁷ REZENTHEL Robert, « L'aménagement et la gestion des ports au regard de l'intérêt général », *DMF*, n° 800, 1 mars 2018, p. 6.

²³⁸ Article L. 211-2, Code des liens entre le public et l'administration.

²³⁹ CE, 17 janvier 1990, *SARL établissements Boennec*, n° 78289.

dernier, pourrait avoir un impact néfaste sur l'objectif de relancer un environnement compétitif dans les ports ayant fait l'objet de la réforme.

155.C'est le principe de l'inaliénabilité, fondamental au sein de la domanialité publique, qui constitue la limite la plus conséquente de la gestion domaniale, ce même après l'adoption du **CGPPP**. Ce principe a été établi au XIV^e siècle²⁴⁰, pour distinguer un « domaine fixe », dont le roi ne pouvait pas disposer, d'un domaine casuel. La conséquence importante de ce principe est l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public. Cette conséquence a été à l'origine d'un principe longtemps affirmé par la jurisprudence, car la constitution de ces droits permettrait un démembrement du droit de la propriété qui a été étendu comme un acte de disposition²⁴¹ et par voie de conséquence, engendrerait une inaliénabilité « partielle » du domaine public. Certes, depuis le début du XX^e siècle, ce principe a commencé à subir des critiques émanant des auteurs, qui ont notamment montré l'intérêt, de reconnaître des droits réels au profit des concessionnaires du domaine public²⁴², voire le caractère indispensable de cette reconnaissance²⁴³. Cependant, la véritable adaptation du régime du domaine public par des mesures législatives ou jurisprudentielles n'a commencé qu'à partir des années 80²⁴⁴, suite à la confirmation de l'acceptation économique de ce domaine, ainsi que de la nécessité de ne pas le limiter au seul objet de police²⁴⁵. Le droit réel au profit du titulaire d'un titre d'occupation a été consacré par la jurisprudence après une certaine opposition²⁴⁶. A la suite de cette décision en 1993, la Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, a consolidé la reconnaissance des droits réels au profit des occupants du domaine public et en fonction de leurs titres d'autorisation. Cependant, jusqu'à nos jours, même après leur adaptation dans le **CGPPP**, il semble que ces droits sont entachés d'imprécision²⁴⁷ et d'« incohérence »²⁴⁸, et que

²⁴⁰ Edit des Moulins de 1566 par le roi Charles IX. V. l'ouvrage de SORBARA J.G « Manuel de droit administratif des biens », *op.cit.*

²⁴¹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Éd Panthéon-Assas diff LGDJ, Paris, 2003, p. 568 et suivantes.

²⁴² Note sur l'arrêt Mure 7 février 1913 par le Conseil d'Etat. HAURIOU Maurice, Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 281 et suivantes.

²⁴³ RIGAUD Louis, *La théorie des droits réels administratifs*, Thèse, Sirey, Paris, 1914, p. 294

²⁴⁴ Le Conseil d'Etat dans un avis du 16 octobre 1980 concernant le déclassement du domaine public, *Revue de droit immobilier* 1981 p. 309. Et Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation qui a prévu les premiers droits réels sur le domaine public.

²⁴⁵ BOTTINI Fabien, « La valorisation économique du domaine public maritime : un levier de croissance prometteur pour l'économie bleue », *DMF*, n° 801, 1 avril 2018, p. 5.

²⁴⁶ CE, 23 juin 1993 - *société industrielle de constructions et réparations* - n° 111569.

²⁴⁷ YOLKA Philippe, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA*, n° 32, 3 octobre 2016, p. 1797-1802.

²⁴⁸ DELVOLVE Pierre, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *Revue de droit immobilier*, n° 12, 1 décembre 2010, p. 585-592.

leur régime n'est pas suffisamment en mesure de rassurer les investisseurs privés dans un cadre général d'encouragement à ce recours d'investissement, et par conséquent à la réalisation de la valorisation économique de ce domaine.

156. L'inopportunité persistante du régime de ces droits découle notamment de la précarité et de la révocabilité des titres d'occupation attributifs de ces droits, principes affirmés dans le **CGPPP**²⁴⁹. Cette reconnaissance législative a lieu sous certaines conditions, de la limitation de ces droits à la durée de l'autorisation²⁵⁰, et a été validée par le Conseil Constitutionnel²⁵¹. En fait, ce caractère précaire présente deux aspects, le premier consiste dans la révocabilité pour un intérêt général de ces titres, soumettant ainsi les entreprises occupant le domaine public au risque de la caducité de leur titre à tout moment, les plaçant dans une situation moins favorable que celles implantées dans une dépendance du domaine privé ou dans un domaine appartenant à une personne du droit privé²⁵². Le second aspect concerne la temporalité de ces titres, puisque selon la loi ils ne peuvent être que temporaires²⁵³.

157. Plusieurs critères contredisent les impératifs d'une commercialisation de ces titres. Leur caractère personnel limite leur cession ou rend leur transmission impossible, ce qui restreint la capacité de ces entreprises dans la cadre de leurs opérations commerciales. Le caractère précaire de ces titres s'oppose également à la possibilité de conclure des baux commerciaux²⁵⁴. Il est en contradiction avec les droits qui sont garantis au titulaire de ces contrats²⁵⁵, notamment en ce qui concerne l'absence du droit acquis de renouvellement de ces titres.

²⁴⁹ « L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable. » L. 2122-3 CGPPP.

²⁵⁰ Et ce hormis si les constructions participent directement au fonctionnement du service public, considérant de principe que le Conseil d'Etat confirme dans une décision, le 21 avril 1997. Dr. adm. 1997, comm. 316, note LAVIALLE Christian ; *RFD. adm.* 1997, p. 935, note FATOME Etienne et TERNEYRE Philippe.

²⁵¹ En se référant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due, Cons. Const. décis. N° 94-346 DC du 21 juillet 1994 - JO 23 juillet 1994 p. 10635. Les conditions de cette reconnaissance consistent en une limitation dans le temps et la juste contrepartie de l'occupation.

²⁵² REZENTHEL Robert, « La gestion portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

²⁵³ Art. L. 2122-2 du CGPPP.

²⁵⁴ Cette position a été récemment affirmée par la jurisprudence, en 2014 : CE, 24 novembre 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, n° 352402. Cette incompatibilité réside en particulier dans l'impossibilité de céder le droit au bail avec la cession du fonds de commerce reconnu au titulaire d'un fonds de commerce en vertu du code du Commerce art L. 145-16. Il appartient donc à l'acquéreur du fonds de commerce d'obtenir une autorisation d'occupation qui lui soit propre.

²⁵⁵ Articles L 145-1 et suivants du Code de commerce.

158. Sur ce point appliqué dans le domaine portuaire, R. Rézenthel précise²⁵⁶ le risque susceptible d'être généré par une éventuelle nouvelle mise en concurrence à l'expiration du titre d'occupation. Cela pourrait menacer de caducité les contrats de droit privé conclus entre l'opérateur économique dont le titre n'a pas été renouvelé et ses clients et, perturbant ainsi la sécurité et la pérennité de l'activité exercée par ces entreprises ainsi que développement économique des ports. D'ailleurs l'imprécision des critères d'indemnisation en cas de retrait anticipé des autorisations domaniales risque de constituer une source de multiples contentieux. Il convient de rappeler que le principe de l'absence de droit de renouvellement s'avère fondamental au sein de la domanialité publique et ne peut donc pas être inclus parmi les solutions proposées par la jurisprudence judiciaire, concernant, en l'occurrence, des contrats de même nature juridique²⁵⁷.

159. Une autre limite concernant l'opportunité de la domanialité publique par rapport à l'économie de marché, notamment dans le secteur portuaire, est liée à la portée de ces droits réels. Il s'agit des possibilités d'élargissement de l'activité des entreprises cherchant à se développer, sur une échelle dépassant les limites de leur siège d'activité, qui peut être implanté dans un domaine public et faire l'objet d'une occupation domaniale dans un port maritime. La loi qui reconnaît l'existence de droits réels au profit des occupants du domaine public et en fonction de leurs titres, limite, en effet, ce droit aux ouvrages à construire dans ce domaine²⁵⁸. Leur droit d'hypothèque, ne concerne ainsi que les garanties des emprunts contractés, afin de financer les réalisations immobilières de l'occupation.

160. Le régime bien défini de la domanialité publique pourrait, en certaine mesure, constituer un obstacle à la compétitivité pour le port lui-même. L'autorité portuaire ne peut disposer de son domaine pour être en mesure de s'impliquer dans des activités de nature économique, elle ne peut pas agir comme des entreprises privées dans la propriété de son domaine lorsqu'il est classé du domaine public. Cela relève du principe de l'inaliénabilité, ce qui empêche l'autorité portuaire de construire sur ce domaine, et la prive des garanties pour réaliser des emprunts afin de financer les opérations économiques qu'elle souhaite entreprendre.

²⁵⁶ Par rapport à la particularité des contrats conclus dans le secteur portuaire et à l'interdépendance qui les caractérise REZENTHEL Robert, « Manutention portuaire et interdépendance des contrats », *JMM*, 10/02/2017.

²⁵⁷ Cour. Cass, Chambre mixte, 17 mai 2013 - n° 11-22.768 ; Cour. Cass, Chambre commerciale, 12 juillet 2017 - n° 15-27.703. La Cour confirme le principe de l'interdépendance entre les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, en précisant que les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance sont réputées non écrites.

²⁵⁸ Article L 2341-1 du CG3P pour le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics, et Article L 1311-3-2 du CGCT concernant les droits réels consentis au domaine des collectivités territoriales et de leurs établissements.

Ces opérations auraient pu contribuer à la croissance économique dans la zone portuaire et dynamiser une relance portuaire générale.

§2. Les perspectives d'un équilibre juridique de la domanialité publique dans le port

161. La remise en cause de la domanialité publique dans la gestion portuaire par le nouvel établissement public a conduit à l'adoption de certaines dispositions législatives et de solutions jurisprudentielles. Or, ces mesures sont développées dans le contexte général de la domanialité publique, ce qui engendre nécessairement des adaptations pratiques dans le port **(B)**, mais aussi dans le cadre d'un droit plus souple qui attribue au gestionnaire portuaire une marge importante de liberté et le place dans une position de conciliateur des intérêts divergents **(A)**.

A- L'évolution de la domanialité publique : le rôle du gestionnaire entre arbitrage pour l'intérêt général et adaptation aux nouvelles règles

162. Nous tenons à voir en premier temps l'accentuation de la liberté du gestionnaire portuaire dans la gestion du domaine portuaire **(1)**, pour étudier ensuite les limites imposées par le droit de la concurrence **(2)**.

1) Le régime juridique domanial : vers une accentuation de la liberté du gestionnaire du domaine public ?

163. Le rôle de l'autorité gestionnaire du port dans la gestion de son domaine a évolué afin de garantir sa valorisation. À cet effet, un cadre juridique a été élaboré pour encadrer et soutenir cette transformation du rôle de l'autorité portuaire. En premier lieu, ce cadre vise à définir les missions du port, telles que spécifiées par une disposition légale de la loi portant réforme portuaire, qui confie **GPM** la responsabilité nouvelle de la « gestion du domaine et sa valorisation » ainsi que de la « promotion commerciale du port ». Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre mission, ce nouveau cadre place le gestionnaire portuaire dans une position inédite, exigeant une plus grande latitude dans sa gestion. En effet, il assume désormais un rôle d'arbitre

dans plusieurs aspects, conciliant l'intérêt général du port avec les intérêts des particuliers désireux d'investir, contribuant ainsi à sa revitalisation et à son développement.

164. La liberté du gestionnaire peut également se traduire par la possibilité d'autoriser la **transmission** d'un titre d'occupation de son domaine à une nouvelle personne. Ainsi, le gestionnaire de domaine public peut agréer cette transmission. Un nouveau contractant avec un titulaire de ce titre peut demander l'agrément de l'autorité compétente en fonction de l'article L 2122-7 du **CGPPP**. Cette dernière est aussi compétente pour délivrer un titre d'occupation du domaine public à un acquéreur d'un fonds de commerce qui n'a pas droit au bail lors de cette acquisition. Le législateur confère à l'autorité gestionnaire de son domaine plusieurs prérogatives régulatrices concernant la gestion de celui-ci, contribuant ainsi à assouplir la rigidité de la domanialité publique. Elle est tenue d'agir dans l'intérêt général du domaine et des activités qui y sont implantées, nécessitant une certaine stabilité pour favoriser la prospérité du domaine et des marchés qui y opèrent. Cela revient à utiliser l'intérêt général du domaine et des activités qui s'y exercent, ainsi que du service public, comme un guide pour l'action de ce gestionnaire²⁵⁹. R. Rézenthel souligne l'importance de la mise en concurrence optionnelle précédant le renouvellement des titres d'occupation du domaine public portuaire²⁶⁰.

165. Dans le secteur portuaire, la jurisprudence nationale accorde également une liberté significative au gestionnaire du domaine public. Le Conseil d'Etat estime que, dans le cadre de la réalisation de sa mission de valorisation du domaine public, l'autorité portuaire a la faculté de choisir le régime juridique d'occupation d'un bassin de radoub, pouvant ainsi accorder soit une autorisation d'occupation temporaire soit une concession²⁶¹. De plus, le Conseil d'Etat adopte une approche pragmatique dans la résolution de certains cas liés à l'application de certains principes de la domanialité. Bien que le renouvellement d'un titre d'occupation du domaine public ne soit pas un droit pour l'occupant, les conséquences pratiques d'un tel principe peuvent néanmoins compromettre la sécurité juridique pour les entrepreneurs dans les ports, notamment en ce qui concerne les liens contractuels avec leurs clients, et mettre en péril la stabilité des contrats conclus²⁶².

²⁵⁹ CORNILLE Maxime, « Guide du refus de renouvellement d'un titre d'occupation du domaine public : le service public comme boussole », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 7, 20 février 2017, p. 22-25.

²⁶⁰ REZENTHEL Robert, « Manutention portuaire et interdépendance des contrats », *op. cit.*

²⁶¹ *Ibid.*, p. 11.

²⁶² *Ibid.*

166. La haute juridiction administrative a également reconnu que le gestionnaire du domaine peut, dans le cadre de la conciliation des intérêts divergents, décider d'exonérer les occupants des redevances domaniales en contrepartie des aménagements réalisés pour le bénéfice de la population par les activités économiques des entreprises. Un arrêt de 2017 confirme que le gestionnaire portuaire est habilité à évaluer, tout en reconnaissant la possibilité de refuser le renouvellement d'un titre dans l'intérêt général, les charges assumées par l'occupant pour assurer la continuité du service public²⁶³.

2) Les limites de la liberté du gestionnaire domanial en vertu du droit de la concurrence

167. La liberté accordée au gestionnaire domanial n'est pas contestée en soi par le droit de la concurrence, mais elle est toutefois encadrée par le respect de ses règles et principes, notamment lorsqu'elle confère au gestionnaire un pouvoir de décision monopolistique sur ce domaine. On peut identifier deux phases dans l'évolution de cette limitation de la liberté du gestionnaire : tout d'abord, une limitation caractérisée par une obligation de précaution de la part de l'autorité compétente dans la délivrance des titres d'occupation domaniale ; ensuite, une obligation procédurale plus affirmée concernant le renouvellement de ces titres.

Initialement, cette limitation était le fruit de la jurisprudence, tant nationale qu'européenne. Ainsi, en 1995, le Conseil de la concurrence a clarifié que les autorisations accordées dans le cadre de la gestion domaniale peuvent affecter la concurrence²⁶⁴, tandis que le Conseil d'État a précisé en 1999 que l'autorité portuaire doit tenir compte des principes de liberté du commerce et de l'industrie lors de l'attribution des autorisations domaniales. En 2000, la CJCE a confirmé cette position jurisprudentielle. Cependant, en 2010, dans un arrêt, le Conseil d'État a adopté une position controversée en revenant à une approche plus protectrice de la domanialité publique face aux règles de la concurrence, en faisant une distinction entre les concessions domaniales et celles incluant une délégation de service public, affirmant que seules ces dernières sont soumises aux mesures de publicité et de mise en concurrence²⁶⁵. Cependant, deux ans plus tard, le Conseil d'État en vient à relativement atténuer cette position

²⁶³ CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n°395314.

²⁶⁴ Ce que le conseil de la concurrence précise, tout en écartant sa compétence en la matière de mesures conservatoire. Cons. conc., 5 déc. 1995, n° 95-MC-16, EDA et Générale de location marseillaise.

²⁶⁵ En faisant notamment la différence entre les concessions domaniales et les contrats incluant une délégation du service public, en vertu de cet arrêt, en l'existence de ces dernières, l'autorité portuaire serait tenue de procéder à une mise en concurrence.

dans deux arrêts, en soulignant notamment que « *l'octroi des autorisations privatives ne doit pas concourir à créer des situations d'abus de position dominante* »²⁶⁶. Il a conditionné la liberté pour l'autorité de refuser l'octroi à une entreprise souhaitant disposer d'une utilisation privative des dépendances qu'elle gère à la condition que cette autorité ne soit pas en situation concurrentielle avec cette entreprise sur le même marché et que cela soit justifié par l'intérêt général²⁶⁷. Ainsi, il est essentiel que l'autorité gestionnaire, dans l'exercice de sa liberté de gestion du domaine, accorde une attention particulière à cet aspect et prenne des précautions.

168. La décision de la CJUE en 2016 aurait effectivement modifié la donne²⁶⁸ en interprétant la directive services²⁶⁹, imposant ainsi une obligation plus stricte limitant la liberté du gestionnaire²⁷⁰. Selon cette interprétation, le gestionnaire serait désormais tenu de procéder à une nouvelle mise en concurrence pour l'attribution de nouvelles autorisations domaniales²⁷¹. Cette position semble être adoptée et confirmée dans les directives sur les concessions, ainsi qu'en France dans l'ordonnance de 2017²⁷², qui introduit, dans le **CGPPP**, une obligation législative générale de publicité et de mise en concurrence pour la délivrance et le renouvellement des titres d'occupation domaniale²⁷³. Cette loi prévoit « *les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations* ». Cependant, et lors de son contrôle de la loi d'habilitation en 2016²⁷⁴, le Sénat a procédé à la suppression de l'habilitation dans sa dimension relative à l'instauration de l'obligation de mise en concurrence lors de l'attribution des concessions domaniales, se référant

²⁶⁶ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909.

²⁶⁷ CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tour vs EURL Photo Josse*, n° 341173, Publié dans *le recueil Lebon*, 2012.

²⁶⁸ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14, *Mario Melis e.a.*, aff. C-67/15., 2016.

²⁶⁹ Dans son troisième chapitre, section 1, elle précise le cadre et les conditions des autorisations pour l'exercice des services examinés dans ce texte, dans le marché intérieur *Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dite directive services*, 2006, JO p. 19, 20 et 21.

²⁷⁰ La CJUE confirme la position de la Cour en 2000, lorsqu'elle précise que, dans le cadre d'un exercice d'activité économique, le régime d'autorisation doit se dérouler en respectant l'égalité et que la personne propriétaire du domaine public support de cette activité doit mettre en place une procédure d'attribution transparente.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 (JORF n°0093 du 20 avril 2017) relative à la propriété des personnes publiques » prise en application de la loi Sapin II-n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

²⁷³ L'article L 2122-1-1 CGPPP.

²⁷⁴ Loi Sapin II- n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (JORF n°0287 du 10 décembre 2016) relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Cette loi autorise le gouvernement à légiférer par ordonnance pour la transposition des directives européennes en matière de commande publique (concession et marché public).

à nouveau à l'arrêt *Jean Bouin* 2010. Cette position du Sénat semble diverger de celle du droit européen.

169. Dans le secteur portuaire, cette exclusion a été caractérisée dans le cadre de l'adoption de deux textes européens importants. Il a été envisagé d'exclure l'occupation du domaine public portuaire de la soumission au régime des concessions, donc des délégations de service public²⁷⁵. Au point 15 du préambule de la directive n° 2014/23/UE du 26 février 2014 portant sur l'attribution de contrats de concession, il est précisé que : « *Certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens 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* ». L'autre texte européen relatif aux activités portuaires est le règlement 2017²⁷⁶. Ce texte est directement appliqué dans les Etats membres, cependant, il « ouvre la possibilité d'une exclusion de l'application » de cette directive²⁷⁷. Cependant, la Commission précise qu'il conviendra que l'Etat ou l'entité adjudicatrice démontre que, dans l'Etat membre où l'activité est exercée, celle-ci est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité²⁷⁸. Les exclusions prévues dans ces deux dispositions n'auront cependant pas pour effet de ne pas appliquer la jurisprudence européenne en la matière. Dès lors, l'occupation du domaine public portuaire doit être réalisée dans le respect de la transparence²⁷⁹, ce qui constitue un principe commun dans la mise en œuvre des liens contractuels²⁸⁰.

170. Dans tous les cas, cette liberté exercée par le gestionnaire, avec ses limites, n'est qu'un aspect de la domanialité publique, qui est en pleine mutation pour s'adapter aux

²⁷⁵ REZENTHEL Robert, « Le service public portuaire dans une économie de marché », *Neptunus, e. revue, Centre de droit Maritime et Océanique*, NS 20 ans, 1 juin 2015, p. 6.

²⁷⁶ Le règlement UE n° 2017-352 du 15 février 2017 sur la fourniture de services portuaires et les règles communes relatives à la transparence financière des ports.

²⁷⁷ La Commission répond aux revendications des représentants du secteur portuaire GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports : pragmatisme et petits pas », *DMF*, n° 796, 1er novembre 2017, p. 917-926.

²⁷⁸ Considérant 25 du Règlement V. *Ibid.*

²⁷⁹ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen », *op. cit.*

²⁸⁰ REZENTHEL Robert, « La liberté contractuelle et les activités portuaires », *DMF*, n° 788, 1er février 2017, p. 143-156.

évolutions des secteurs économiques actifs dans le domaine public, ainsi qu'aux principes de la concurrence qui se trouvent désormais confrontés à ce cadre juridique bien défini.

B- L'évolution de la domanialité publique : entre dispositions générales et instruments spéciaux dans le port

171. La domanialité portuaire a présenté une évolution spécifique (2), qui toutefois reflète une révision générale de ce domaine juridique (1).

1) *L'évolution de la domanialité publique*

172. Le Conseil d'État a clarifié certains aspects relatifs à la consistance des droits réels dans le cadre de la domanialité publique, notamment dans un litige concernant le domaine portuaire de Marseille. Il s'agissait d'un litige lié à l'annulation d'une délibération d'une délégation de service public²⁸¹. Bien que cette délibération ait été annulée conformément aux règles de la domanialité publique, deux points ont été soulignés par la haute juridiction administrative.

Au premier lieu, le Conseil d'État a reconnu la possibilité pour le propriétaire d'un domaine public de conclure un bail à construction²⁸² tout en respectant les règles inhérentes à la domanialité publique. Cette précision soulève des questions sur de potentielles évolutions dans la reconnaissance des droits dans le cadre de la domanialité publique.

Au second lieu, l'élément important de cet arrêt est la définition de la consistance des droits réels attribués au « preneur », lorsque ces droits concernent non seulement les ouvrages, construction et installations que réalise le preneur, mais aussi le terrain de ces constructions. Selon Ph. Yolka²⁸³, cette approche globale s'appliquera à tous les titres conférant des droits réels, privilégiant ainsi l'idée d'un droit de « superficie unique ». Cette possibilité semble favoriser l'expansion des investissements dans des dépendances distinctes de celles initialement

²⁸¹ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole* n° 390118, publié dans le recueil Lebon, op. cit.

²⁸² L'avantage de ce contrat réside dans la liberté d'exploitation des constructions, ce qui peut générer un « équilibre économique du contrat ». V. *Inra*, 2^{ème} partie, 1^{er} titre, 1^{er} chapitre, §2.

²⁸³ YOLKA Philippe, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », op. cit.

allouées à l'opérateur portuaire en vertu de son titre de droits réels, ce qui est conforme aux impératifs d'investissement.

173. Il semble que la reconnaissance de l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public soit en train d'évoluer, même si les règles de la domanialité publique sont généralement strictes. La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a ouvert cette possibilité, à l'exception du domaine public naturel. Deux articles importants ont été créés dans le **CGPPP** à cet effet. Ainsi, l'article 72 de cette loi apporte cette possibilité, en créant en ce sens deux articles importants dans le **CGPPP**. L'article L. 2124-32-1 reconnaît l'existence d'un fonds de commerce dans le domaine public, à condition qu'il ait sa propre clientèle. Quant à l'article L. 2124-33, il autorise toute personne désirant acquérir un fonds de commerce à demander une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour continuer à exploiter ce fonds. Cette disposition offre une garantie supplémentaire aux acquéreurs de fonds de commerce en matière de droit public.

174. Le principe de la précarité persiste en vertu du **CGPPP**, mais le législateur a prévu plusieurs critères à prendre en compte par le gestionnaire lors de la prescription de la durée de l'autorisation. En particulier, le gestionnaire doit considérer la nature de l'activité économique exercée par l'occupant et l'importance des ouvrages autorisés²⁸⁴. En plus, en cas d'exercice d'une activité économique en vertu de cette autorisation, la fixation de la durée prendra en compte le « *dénouement dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente.* »²⁸⁵, ainsi que « *l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi.* »²⁸⁶.

175. Il pourrait être envisageable de répondre à la limite liée à l'implication économique du gestionnaire portuaire en évoluant vers la notion de séparation fonctionnelle. Cette notion gagne en importance dans la mise en œuvre de l'action publique dans les secteurs économiques. En distinguant les biens soumis à la règle de l'insaisissabilité de ceux qui ne le sont pas en fonction de leur affectation au service public, on pourrait réduire le champ d'application de cette règle. Ainsi, seuls les biens affectés au service public seraient concernés par cette règle, tandis

²⁸⁴ Art L. 2122-6 CG3P créé par Ord n°2015-899 du 23 juillet 2015 - art. 101 (VT).

²⁸⁵ Art L. 2122-1-2, 4° CG3P sur l'exception de l'application de l'imposition de la mise en concurrence en cas de prolongement d'une autorisation existante.

²⁸⁶ Sur la fixation de la durée de ces autorisations à condition de ne pas procéder à restreindre ou limiter la concurrence Art L. 2122-2 CG3P.

que les autres pourraient être saisis²⁸⁷. Cette approche créerait une dichotomie dans un cadre légalement transparent, car, depuis 2006, la règle de l'insaisissabilité a la valeur de la norme législative en vertu de l'article L. 2311-1 du **CGPPP**²⁸⁸.

176. Le principe de la mise en concurrence obligatoire en cas d'exploitation économique en vertu du titre domanial a été atténué, dans le sens de la réforme de la domanialité publique, en 2017, lorsqu'il s'agit de répondre à certaines situations qui relèvent du pragmatisme et de l'urgence. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article créant cette obligation²⁸⁹, en dispense partiellement le gestionnaire, lorsqu'il n'est tenu de procéder qu'à une publicité préalable de manière à informer les intéressés. L'autre condition de cet alinéa, celle de la caractérisation du nombre non limité d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée, semble difficile à réaliser dans le secteur portuaire se distinguant par sa rareté foncière. De surcroît, cette obligation de mise en concurrence en application du même article n'est pas imposée lorsqu'elle est déjà mise en œuvre par son application à d'autres dispositions liées à la réalisation d'autres opérations ou à la conclusion de contrats donnant lieu à cette même procédure. De même, elle n'est pas requise lorsqu'il s'agit d'un prolongement d'une autorisation existante, à condition que sa durée totale ne puisse excéder 70 ans. Enfin, des exceptions elles aussi liées à l'impossibilité de procéder à cette obligation sont organisées dans l'article L. 2122-1-3 du même Code.

177. D'ailleurs, la directive « concessions »²⁹⁰ aurait pour effet d'atténuer cette obligation dans le domaine public portuaire²⁹¹, ce qui pourrait se traduire dans la pratique, et comme le précise R. Rézenthel²⁹², par une possibilité de mise en « concurrence optionnelle » par le gestionnaire domanial. Cependant, dans tous les cas, depuis l'ordonnance 2017, et comme l'avait déjà précisé R. Rézenthel quelque temps auparavant dans le même périodique, cette mise en concurrence est obligatoire²⁹³ par principe, et dans l'exercice de sa compétence de l'attribution des autorisations le gestionnaire doit respecter les dispositions du **CGPPP** créées par cette ordonnance, faute de caractériser une exception légale.

²⁸⁷ BLANC François, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *Revue du Droit public (RDP)*, n° 6, 1 novembre 2009, p. 1553-1576.

²⁸⁸ Ce principe a reçu la qualification de principe général du droit par la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 21 déc. 1987, BRGM), il n'a pas par contre de valeur constitutionnelle (Langelier, « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *RD publ.* 2011, p. 1493, spéc. p. 1501-1502).

²⁸⁹ Art L. 2122-1-1 CG3P.

²⁹⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

²⁹¹ Considérant 15 de la directive de Concession de la Commission, *op. cit.*

²⁹² REZENTHEL Robert, « Manutention portuaire et interdépendance des contrats », *op. cit.*

²⁹³ REZENTHEL Robert, « Pour une gestion équitable du domaine portuaire », *JMM*, 18/11/2016.

178. Les règles du droit de la concurrence et de la liberté d'établissement s'imposent ainsi au régime d'occupation dès lors que le domaine portuaire constitue une ressource essentielle pour l'exercice des activités économiques libéralisées et en vue de l'implantation des entreprises intéressées. L'autorité portuaire est tenue d'exercer sa compétence sans discrimination et en évitant la création de situations de position dominante. Elle doit également veiller à ne pas créer de restrictions, dans le cadre de son droit de refuser la délivrance des autorisations à ne pas créer d'entraves à la libre prestation de service, au sens du **TFUE**, et sans que cette restriction soit motivée par un intérêt général²⁹⁴. G. Gueguen-Hallouët précise en ce sens que « *Dès lors qu'aucun motif d'intérêt général ne le justifie, les prescriptions qui imposent des restrictions à l'implantation d'activités économiques sur le domaine public constituent des entraves à la libre prestation de service dans la mesure où elles affectent le commerce intra-européen* »²⁹⁵.

2) Des perspectives d'évolution de la domanialité portuaire

179. Ces perspectives, qui peuvent être réalisées par la réduction du domaine public dans les ports, sont possibles. La Haute Assemblée avait déjà écarté l'application de la domanialité publique dans les ports autonomes, et avait ainsi tempéré la portée de la jurisprudence *Société le Béton* à l'égard du domaine de ces établissements publics²⁹⁶. Mais, selon plusieurs auteurs, la solution la plus pertinente semble consister à procéder au déclassement du domaine public, ce qui pourrait constituer une garantie pour les investisseurs privés mais dans des conditions liées à la réalisation du service public²⁹⁷. En fait, une grande évolution concernant le déclassement a été mise en œuvre notamment par la jurisprudence, car, si, en 1951, le déclassement a été reconnu en cas d'absence d'affectation du service public, en 1980 cette possibilité a été confirmée. Cependant, l'évolution la plus marquante a consisté en la privatisation de l'aéroport de Paris, qui a été réalisée en procédant notamment à un déclassement des biens immobiliers, tout en les gardant comme support du service public aéroportuaire. Selon le Conseil constitutionnel²⁹⁸, ce déclassement était possible, à la condition expresse que la continuité du service public ne soit pas compromise et, comme le précise R.

²⁹⁴ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen », *op. cit.*, p. 486.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Avis C.E. Ass. 16 octobre 1980 - Revue de droit immobilier 1981 p. 309.

²⁹⁷ REZENTHEL Robert, « Le service public portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

²⁹⁸ Cons. Const. Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 – JO 21 avril 2005 p. 6974 », *op. cit.*

Rézenhel, que l'utilité publique de ce bien ne soit plus à déterminer et qu'une désaffectation à l'utilité publique soit adoptée avant de procéder à ce déclassement²⁹⁹. De son côté, Ch. Lavialle juge qu'il convient d'identifier une contradiction importante entre la liberté d'accès aux plateformes de transport, dont les ports, et les contraintes issues de la domanialité publique qui incorporait majoritairement ces plateformes. Il estime, en prenant l'exemple du port autonome de Strasbourg³⁰⁰, que la domanialité publique n'est pas une condition qui permet d'assurer le bon fonctionnement des ports et que, de plus, le régime de la domanialité privée conviendrait mieux aux espaces affectés aux services industriels et commerciaux³⁰¹.

180. En droit privé, s'est développé un principe qui pourrait trouver à s'appliquer dans l'organisation des relations portuaires : le principe de l'équité, consolidé dans le nouveau code civil³⁰². Malgré la destination « privatiste » de ce principe, rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique concernant la protection des intérêts des contractants avec le port³⁰³. Selon les termes de leur relation contractuelle, ils peuvent se trouver confrontés aux principes de la domanialité publique, ce qui pourrait les priver d'un droit de renouvellement. Ce principe, ainsi que la nouvelle imposition issue du droit européen et consistant en une nouvelle mise en concurrence lors de leur nouvelle attribution, pourraient également entraîner, dans certains cas, le licenciement des travailleurs, ou la mise des investissements réalisés à la disposition d'un investisseur concurrent, susceptible de recevoir le titre d'occupation à la suite de cette mise en concurrence.

181. En vertu d'un texte législatif de 2006³⁰⁴, il est possible d'apporter, au sein des sociétés portuaires, une concession d'outillages publics, conférant ainsi à ce contrat, valant une autorisation d'occupation du domaine public, une valeur comptable. Bien que ce texte soit prévu pour les ports relevant des collectivités territoriales et soumis à certaines conditions, notamment liées à la participation publique majoritaire au sein de ces sociétés portuaires, rien

²⁹⁹ REZENHEL Robert, « Le déclassement du domaine public, une solution à la rigidité domaniale », *Annales de la voirie*, n° 79, 2003, p. 141.

³⁰⁰ Il a été créé en 1926 en application de la convention franco-allemande du 20 mai 1923 approuvée par la loi du 26 avril 1924 pour assurer l'extension des installations portuaires alors gérées sous la forme du port communal, comme le veut la tradition en Allemagne.

³⁰¹ Colloque de droit comparé. Intervention de LAVIALLE Christian, citée par REZENHEL Robert, « L'implantation des entreprises privées sur le domaine public affecté aux transports », *DMF*, n° 595, 1er août 1999, p. 286.

³⁰² Article 1194 du Code Civil modifié par l'Ordonnance n° 2106-131 du 10 février 2016 disposant que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. ».

³⁰³ REZENHEL Robert, « Pour une gestion équitable du domaine portuaire », *op. cit.* p. 14.

³⁰⁴ Article 35 de la Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports.

n'empêche, à l'avenir, une application plus large de cette commercialisation des titres domaniaux dans l'organisation d'autres catégories de ports.

182. Dans le secteur portuaire, afin de répondre concrètement à la recherche d'un équilibre entre les parties, des dispositions légales ont été adoptées, créant ainsi des instruments à la disposition des autorités portuaires pour réaliser l'intérêt général. Parmi ces instruments, on trouve les contrats de partenariat, conçus pour inciter les entreprises privées à investir tout en offrant des garanties plus solides que les concessions ou les autorisations temporaires d'occupation du domaine public. Ces contrats ont été organisés dans un cadre légal. En l'absence d'une disposition légale spécifique et dans le cadre de la liberté de gestion conférée par la loi, le port de **Dunkerque** a été le premier à adopter, à la fin du siècle précédent, un nouvel instrument juridique visant à offrir davantage de garanties à l'exploitant d'un terminal spécifique de ce port : la convention d'exploitation du terminal **CET**. Cette expérience a été couronnée de succès, ce qui a conduit à son adoption légale lors de la réforme de 2008 : la convention de terminal **CT**. Tant la convention d'exploitation du terminal que la convention de terminal offrent des garanties à l'opérateur.

183. La convention de terminal a été qualifiée par la réforme portuaire de 2008 en tant qu'un titre d'occupation domaniale. Cependant, à la suite d'une décision de 2017 qualifiant cette convention entre le port de Bordeaux et la société **SMPA** de délégation de service public³⁰⁵, une position doctrinale considère que cette décision implique des complexités en ce qui concerne les procédures de la conclusion de ces contrats. Enfin, en 2019, une loi précise que ces conventions ne constituent pas des concessions de services, mais des contrats domaniaux³⁰⁶.

184. L'importance de ces conventions réside ainsi, dans cet aspect, dans la liberté contractuelle qui conduit à la conclusion d'un accord entre l'autorité portuaire et l'opérateur du terminal. L'autorité portuaire peut ainsi imposer des mesures attachées au service public, qui demeure lié à l'exploitation dans un domaine public, telles que la sûreté et la sécurité. Ces conventions présentent également la cristallisation contractuelle la plus pertinente pour la nouvelle gouvernance portuaire, basée sur une prise de décisions participatives et les répartitions des rôles entre le secteur public et le secteur privé.

³⁰⁵ CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, n° 405157 et 405183.

³⁰⁶ V. *Infra*, 2^{ème} partie, 1^{er} titre 1^{er} chapitre.

Conclusion du chapitre I

185. L'établissement public, à l'instar de ce qui a été adopté lors de la réforme portuaire, affirme sa flexibilité par une modification législative de ses caractères essentiels. Un nouveau visage administratif a renforcé cette institution de droit public, après avoir remis en cause de son *double visage*.

186. Cependant, la domanialité publique demeure, en dépit d'évolutions différentes, un régime affectant les objectifs essentiels de la réforme institutionnelle portuaire. Le gestionnaire portuaire dispose toutefois, dans le cadre de la gestion de son domaine, d'un espace de liberté augmentée en vue de l'intérêt général. Il doit dès lors veiller à concilier les intérêts des occupants de ce domaine avec l'intérêt de ce dernier, qui est d'ailleurs, à juste titre, valorisé par la confirmation de la sécurité juridique de ses occupants. Comme le précise R. Rézenthel à propos de l'importance de cette sécurité pour l'économie portuaire : « *Pourquoi les entreprises participant au fonctionnement et au développement des ports ne bénéficieraient-elles pas également d'une solide protection ? Un chef d'entreprise ruiné suscite moins d'émotion médiatique qu'un cormoran mazouté.* »³⁰⁷. Cette précaution de la part du gestionnaire peut s'inscrire dans un cadre de partenariat non formel, faisant partie de l'application *du droit souple* dans le secteur portuaire.

187. Le juge, que ce soit dans le cadre de son contrôle précontractuel ou lors de litiges portés devant lui, doit également apprécier cet intérêt, mais dans un cadre juridique plus affirmé et solide. Ce cadre réside dans les règles de droit de la concurrence du droit de l'Union européenne, ainsi que dans les dispositions nationales en la matière, notamment dans celles liées aux nouvelles mesures prévues dans le Code général des propriétés des personnes publiques, et à l'interprétation jurisprudentielle constitutive des principes et des éclaircissements des différentes règles.

³⁰⁷ REZENTHEL Robert, « Pour une gestion équitable du domaine portuaire », *op. cit.*, p. 15.

CHAPITRE II : LA NOUVELLE GOUVERNANCE DES GPM : INTEGRER L'IMPLICATION ECONOMIQUE DU SECTEUR PRIVE DANS LA GESTION PUBLIQUE

188. Dans le cadre de l'adaptation du statut de l'établissement public portuaire, une liberté de gestion est confirmée pour le gestionnaire du port afin de réaliser l'intérêt général. Cependant, une telle adaptation comprend un aspect organisationnel. Cette nouvelle organisation aurait pour effet de garantir la prise d'une décision plus participative au sein de l'administration portuaire. La réforme portuaire procède ainsi à la modification de la gouvernance des instances administratives au sein des nouveaux grands ports maritimes.

189. La gouvernance portuaire n'a pas été renouvelée depuis la loi de 1965³⁰⁸. La nécessité de changer cette donne tient à des éléments autres qu'à la simple volonté de changement. Les principales raisons consistent en des éléments extérieurs liés aux nouveaux rapports de forces émergeant dans l'industrie portuaire à la suite de la globalisation du commerce, cette circonstance constitue une raison pratique de la réévaluation institutionnelle dans le port. Cette révision s'inscrit d'ailleurs dans la politique mondiale concernant l'organisation portuaire depuis 1980³⁰⁹, à la suite de la mutation de ce domaine occasionnée par la modification de l'organisation des activités y effectuées.

190. Cette modification consiste en la constitution de nouvelles instances, lors du choix de l'élaboration de ces dernières, la volonté de la relance suit le modèle des entreprises privées, ce qui reflète la prise en compte de l'aspect managérial de l'établissement public dans un secteur économique, tout en assurant un cadre renouvelé de la tutelle publique au sein de cette organisation (**section 1**).

191. Cette nouvelle gouvernance a connu, depuis son installation, plusieurs évolutions, afin que l'établissement public puisse assumer son nouveau rôle, en devenant un moyen adapté de régulation économique et bénéficiant d'un cadre juridique correspondant à sa jeunesse. Selon S. Mouton, « *la gouvernance moderne des établissements publics portuaires permet de rester*

³⁰⁸ BOLLIET ANNE, LAFFITTE MICHEL, GRESSIER CLAUDE ET GENEVOIS RENE, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit.

³⁰⁹ COMTOIS Claude, SLACK Brian, « Innover l'autorité portuaire au 21^e siècle : Un nouvel agenda de gouvernance », *Les chantiers scientifiques du Transport*, n° 44, 2003, p. 11-24.

maître du contrôle des activités économiques sur son territoire »³¹⁰. Cette maîtrise doit cependant être assurée dans un cadre transparent, permettant d’anticiper au maximum tout conflit d’intérêts entre les parties entourant l’intérêt général du port. Pour assurer cette atmosphère organisationnelle structurée, le cadre relationnel doit être amélioré (**section 2**).

³¹⁰ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.*, p. 3.

Section 1. La nouvelle organisation portuaire inspirée par la gouvernance privée

192. La réforme de 2008 produit une nouvelle forme de distribution des missions entre les différents acteurs concernés dans le port, elle constitue de cette façon le premier pas vers la modernisation de leur gouvernance, dans l'objectif de trouver un équilibre entre les différentes parties à l'égard de l'évolution des relations qui les lient. A la suite d'une remise en cause de la gouvernance suivie dans les ports autonomes (§1), une modification serait ainsi apportée pour aboutir au mieux à une organisation optimale grâce aux objectifs de la réforme (§2).

§1. La remise en cause de l'organisation traditionnelle de l'administration portuaire

193. Le système de l'administration de l'établissement public portuaire reflète celui adopté dans l'administration publique (A), toutefois, des nouvelles données tenant à l'exploitation des activités portuaires viennent pour influencer l'équilibre organisationnel en place (B).

A- Le cadre traditionnel de l'organisation administrative portuaire

194. L'organisation des ports autonomes comprenait principalement un conseil d'administration qui constituait l'organe décisionnel principal et était dirigé par un président élu, considéré comme un agent de l'Etat. Il comprend des représentants des parties concernées par la gestion portuaire³¹¹. Les délibérations sont prises à la majorité absolue des représentants du conseil et constituent, dans la plupart des cas, des actes administratifs, susceptibles de donner lieu à des recours pour excès de pouvoir³¹². Le directeur assiste ce Conseil et procède à l'exécution de ses délibérations³¹³.

³¹¹ L'article R 112-1 du Code des ports maritimes précise que ces administrateurs représentent : des usagers et la chambre de commerce et d'industrie ; des collectivités territoriales, le personnel de l'établissement public et des dockers, de l'Etat et des personnes qualifiées en matière portuaire.

³¹² T. confl., 21 janv. 1985, préfet, Comm. Rép. Loire-Atlantique c/ TI Nantes, Synd. FO personnels port autonome Nantes-Saint-Nazaire : Dr. adm. 1985, comm. 157

³¹³ Il a été jugé qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne donne au ministre chargé des ports maritimes, de pouvoir de tutelle sur les décisions du directeur du port autonome agissant en exécution d'une délibération du conseil d'administration (CE, 18 mars 1981, *Sté Elf France*, n° 11011 : Rec. CE 1981, tables, p. 854).

195. Selon le rapport accompagnant la réforme portuaire en 2007, la composition et les attributs, qui n'avaient pas changé depuis la loi du 29 juin 1965, présentaient plusieurs points devant être réévalués par rapport à une réforme de l'établissement portuaire. Ce conseil est considéré par la quasi-totalité des administrateurs et des acteurs portuaires rencontrés comme « pléthorique (26 membres) et peu efficace »³¹⁴.

La représentation, au sein de ce conseil, des parties concernées par la gestion portuaire constitue un point essentiel à prendre en compte lors de la révision de son régime. Cette question de la représentation constitue un critère essentiel de l'administration portuaire, car il regroupe au sein de l'organisme portuaire des parties du milieu portuaire à côté des autorités de l'Etat chargées de la gestion du port, il existe donc une « osmose » entre les deux parties et certains administrés se trouvent en même temps administrateurs³¹⁵. La clarification de la représentation relève ainsi d'une question délicate et évolue selon les conditions d'exploitation portuaire et les parties y impliquées. Ce rapport démontre la faiblesse de la représentation des collectivités territoriales et de l'Etat du côté des autorités publiques, mais également l'existence d'une faible représentation du milieu économique, en ce qui concerne le milieu portuaire. D'ailleurs la représentation des collectivités territoriales relève d'un intérêt économique important pour ces derniers, car, comme le démontre le rapport précité en 2007 : « *Alors que le port devrait constituer un enjeu majeur en termes de développement économique et d'emplois pour leur territoire, le port est, sauf exception, encore vécu comme un espace à part, sans lien avec les enjeux de développement de la collectivité.* »³¹⁶. Le port ne se limite qu'à un espace géographique dans son lien avec les collectivités, même s'il relève d'une autorité de tutelle étatique, mais il s'agit d'un élément de développement non négligeable et les collectivités concernées doivent essayer de trouver les moyens de coopérer.

196. Le deuxième organe de cette structure est le directeur. Il a été mis en place pour la première fois à partir du début du XXe siècle dans le cadre d'une concentration étatique, il est nommé par décret en Conseil des ministres. Ses missions se sont caractérisées par le regroupement de plusieurs fonctions correspondant à son rôle, dont l'une est liée à l'exécution des décisions du Conseil d'administration, et d'autres fonctions qui lui sont propres. Une

³¹⁴ « Les questions stratégiques sont peu évoquées et les sujets sensibles absents ; outre les actes de gestion obligatoires, les délibérations et débats du conseil portent sur des sujets de moindre importance ou peu conflictuels. ». « Rapport sur la modernisation des ports autonomes », 2007, *op. cit.*, p.9.

³¹⁵ GROSDIDIER DE MATONS Jean, *Le régime administratif et financier des ports maritimes*, LGDJ, vol. 21, 1969, p. 489.

³¹⁶ Rapp. 2007 sur la modernisation des ports autonomes, p. 38.

mission externe³¹⁷ est attribuée au directeur en fonction de l'article R. 113-9 du Code des ports maritimes qui dispose que : « *Le directeur exerce, dans la limite de la circonscription du port, une action générale sur tous les services publics en ce qui concerne les affaires qui intéressent directement l'exploitation du port* ». Il joue en ce sens le rôle d'un agent de l'Etat pour le compte duquel il exerce une coordination entre les services publics portuaires³¹⁸.

197.L'observation du pouvoir décisionnel important du directeur nommé, au prix d'une absence de participation de la part des autres administrateurs, est critiquée au niveau de l'administration traditionnelle des entreprises publiques et a généré, dans plusieurs exemples, une situation déficitaire³¹⁹ en France. De plus, la légitimité que tire le directeur du port du fait de sa nomination, pourrait entraîner son irresponsabilité auprès du conseil³²⁰, alors qu'il est censé assister ce dernier³²¹.

198.Le troisième élément de cette organisation administrative dans les ports consistait en la tutelle, qui s'exerçait de plusieurs manières dans le port, notamment concernant la nomination et le contrôle *a priori*. Les établissements portuaires ont un caractère autonome, mais du fait que leur gestion s'inscrit dans la politique générale de Gouvernement, il en a découlé une désignation, auprès de chaque établissement, d'un Commissaire du gouvernement nommé par le ministre chargé des ports maritimes et d'un contrôleur général financier et économique par le ministre chargé de l'économie et des finances³²². Le champ de la tutelle se limite à accepter ou refuser les propositions des établissements portuaires, il ne comprend pas la modification de ces dernières³²³. L'intervention étatique se faisait souvent au moyen des circulaires qui imposaient des sujétions aux établissements et ce, uniquement si un texte le prévoyait³²⁴. Cette tutelle doit être définie par les textes. Les mesures traditionnelles de la tutelle

³¹⁷ Les fonctions externes correspondent à toutes les fonctions qui, étant accomplies dans le port, le sont par des agents étrangers à l'organisme portuaire et comprennent notamment les fonctions administratives comme la police, les activités portuaires privées et enfin, une activité « tout à fait » particulière, puisqu'il s'agit du pilotage dans les eaux portuaires. V. GROSIDIER DE MATONS Jean, « *Le régime administratif et financier des ports maritimes* », *op.cit.*, p. 467.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 446.

³¹⁹ G. KALFLECHE cite des exemples où le pouvoir décisionnel important du directeur face aux actionnaires « qui n'en sont pas » a entraîné une perte financière, comme à la SNCF, ou un endettement comme à France Télécom en 2003, la perte financière scandaleuse du Crédit Lyonnais en 1990. KALFLECHE Grégory, « *Les interventions de la puissance publique en matière économique*, in « *Droit administratif et administration* », *La documentation française*, 2008, p. 139.

³²⁰ Il est nommé, après avis du conseil d'administration, par décret en conseil des ministres.

³²¹ Code des ports maritimes : Art L. 112-1 (abrogé).

³²² Il a été jugé qu'en l'absence de texte réglementaire l'y autorisant, ce ministre ne peut imposer le niveau de rémunération du personnel de ces établissements (CE, 24 sept. 2003, n° 228305, *Mosca et collectif officiers port et officiers port adjoints des ports autonomes*).

³²³ CE, 24 juin 1970, *min. Anciens combattants et victimes de guerre c/ Lepeltier* : Rec. CE 1970, p. 430.

³²⁴ CE, 21 janvier 1977, *Moisand* : Rec. CE 1977, p. 34.

de l'Etat sur les ports autonomes sont notamment « *le choix du régime de gestion du port, la délimitation de la circonscription, l'approbation des travaux réalisés avec le concours financier de l'Etat, la nomination du commissaire du gouvernement et du représentant du contrôle général économique et financier, ainsi que la nomination du directeur de l'établissement* »³²⁵.

199. Certes, les ports autonomes disposaient d'un degré d'indépendance résultant du caractère exécutoire des décisions de leurs conseils administratifs, mais la tutelle exercée par l'Etat, ainsi que le contrôle financier, étaient conséquents et généraient un cadre peu autonome. Dans le bilan qu'elle a dressé de vingt-cinq ans d'autonomie des ports maritimes, la Cour des comptes a considéré que « *l'État a mal utilisé les pouvoirs de contrôle qu'il tient de la loi ; en revanche, par ses interventions dans la gestion des établissements, il a très largement vidé de sens le principe d'autonomie* »³²⁶. Dans le rapport accompagnant le projet de la loi pour réformer les ports autonomes, les rapporteurs précisent que l'administration portuaire se caractérisait, dans sa dimension de relation avec l'Etat, par une forte intervention de ce dernier, allant jusqu'à la gestion courante³²⁷, de l'autre côté, par une faible représentation avec un choix peu efficace pour défendre les intérêts maritimes stratégiques au niveau national, raison pour laquelle ces établissements relevaient de l'Etat³²⁸.

200. Cette notion d'autonomie était d'ailleurs fortement ambiguë, car elle était marquée par une présence technocratique importante, lorsque le conseil intégrait un certain nombre d'ingénieurs des Ponts et Chaussées du Ministère des Transports, chargés des aménagements portuaires. La technostructure de ce corps a assuré le maintien d'une forte tutelle ministérielle aussi bien au niveau des financements qu'à celui des aménagements³²⁹. Le directeur est traditionnellement choisi parmi ces ingénieurs et ce depuis la mise en place de la fonction

³²⁵ REZENTHEL Robert, « La création des grands ports maritimes », *RFDA*, n° 5, 1er septembre 2008, p. 6.

³²⁶ Rapp. C. comptes pour 1990. Application de la loi du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes, p. 193.

³²⁷ « De nombreuses décisions, quelle que soit leur importance, sont prises au niveau des administrations centrales (équipement et budget » BOLLIER Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 10.

³²⁸ Les représentants de l'Etat sont limités à 3, s'y ajoutent des personnes désignées par l'Etat et retenues pour leur compétence, qui sont au nombre de 10, mais cette « arithmétique ne forme pas nécessairement une majorité défendant les intérêts maritimes supérieurs de l'Etat. », *ibid.*, p. 9.

³²⁹ CHAUMETTE Patrick, « Aspects généraux sur les réformes portuaires en Europe : espaces, gouvernance et professions », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 31, 1er janvier 2013, p. 379.

directoriale pour l'organisation portuaire³³⁰. Cette technostructure de la fonction directoriale, dans son rattachement à un pouvoir central a d'ailleurs été contestée par les Chambres de commerce et d'industrie. Selon le rapporteur du projet de la loi du 12 juin 1920³³¹, malgré les diverses qualités des ingénieurs nommés en tant que directeurs, « *ils heurtent constamment les hommes d'affaires parce que ceux-ci tout en reconnaissant qu'ils n'ont aucune compétence pour l'exécution des travaux, veulent être les premiers et quelquefois les seuls à juger de leur nécessité et de leur utilité* »³³².

201. Le dernier élément concerne le contrôle comptable et financier³³³. En matière financière, le conseil d'administration devait établir, en vue de l'approbation de l'autorité compétente, les états des recettes et des dépenses de l'exploitation ; si l'absence d'équilibre entre les deux est constatée, ce qui fait que les ressources s'avèrent insuffisantes pour couvrir les charges, l'autorité compétente peut créer d'office les nouvelles ressources nécessaires³³⁴.

202. Cette organisation administrative suivait dans ses grandes lignes le rôle essentiel du port, il s'agissait là de la vocation administrative. Les ports autonomes français, à l'image de la majorité des ports méditerranéens, étaient « rangés dans une fonction de régulation, de contrôle des échanges, de péage ou d'administration face à des usagers d'un service public »³³⁵.

203. Cette organisation basée sur des perspectives de concentration et d'autonomie sera mise en cause à la suite de l'émergence d'un environnement commercial et industriel nécessitant une clarification juridique renouvelée de l'autonomie dans les ports de commerce, notamment en allégeant les règles de gestion, en modifiant le paramètre de représentation.

³³⁰ Bien que les auteurs fassent remonter leurs études sur la fonction directoriale à la guerre de 1914-1918, J. GROSDIDIER DE MATONS précise, dans sa thèse, que le « problème directorial » s'est posé sous l'ancien Régime dès la création des intendants. Cela correspondait à la volonté de placer l'ensemble des activités se rattachant au port sous une seule autorité. Il convient de noter que la fonction militaire n'était pas clairement distinguée de celle commerciale. Dans les ports de guerre, Colbert a placé entre les mains de l'intendant l'ensemble des responsabilités financières et des pouvoirs administratifs. GROSDIDIER DE MATONS Jean, « Le régime administratif et financier des ports maritimes. », *op. cit.*, p. 438.

³³¹ Loi du 12 juin 1920 concernant l'autonomie des ports de commerce. JORF du 14 juin 1920, page 8437.

³³² Rapporteur de la loi au Sénat BRINDEAU Louis. Rapp. 8 juin 1920, J.O., p. 904.

³³³ Cette composition de l'organisation administrative en ces quatre éléments a été présentée par M. Rézenthel. REZENTHEL Robert, « Fasc. 1194- Ports Maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *JurisClasseur Transport*, 2014.

³³⁴ Article L. 5313-10 du Code des transports.

³³⁵ PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens : enjeux et limites d'une nouvelle gouvernance », *DMF*, n° 723, 1er mars 2011, p. 5.

B- L'émergence de nouvelles parties influençant l'exploitation portuaire

204. L'autonomie était imposée aux sept ports maritimes bénéficiant de ce statut³³⁶. Ce régime d'autonomie n'est pas unique pour tous les ports disposant de cet intitulé dans le monde. Bien que l'objectif en France ait consisté à assurer la décentralisation fonctionnelle du port pour concrétiser ses caractéristiques industrielles et commerciale, cependant, « l'administrativité » des ports autonomes a été conservée par le biais de ce régime d'autonomie. Le statut de l'établissement public de l'Etat concrétise cette donnée. L'organisation portuaire était ainsi appréhendée au prisme du droit administratif. Cependant, l'organisation portuaire s'est vue ébranlée par l'équilibre imposé par les parties exerçant désormais leur influence sur le secteur portuaire. Mais en quoi le mode traditionnel d'organisation semble-t-il incompatible avec l'émergence de ces parties ? Et comment adapter en droit le statut de l'établissement public pour qu'il fasse écho au nouveau contexte organisé par la présence de ces parties ?

205. Avant la caractérisation des grands traits de la réforme portuaire consistant en une privatisation partielle des services portuaires, la distinction entre deux espaces d'organisation dans le secteur portuaire était bien établie, ce car l'intérêt à l'égard de l'objectif d'un niveau de compétitivité par rapport aux autres ports ne se réalise plus uniquement au niveau de l'autorité portuaire, mais consiste plutôt dans la recherche d'un équilibre d'intérêts entre les différentes parties, c'est-à-dire gestionnaire public et opérateur privé. A la suite de l'adaptation par le législateur d'une formule administrative de la gestion publique, celle de l'établissement public, il est essentiel de réviser son organisation afin de répondre à des enjeux existant dans ce secteur en pleine mutation. Ainsi, les anciens équilibres décisionnels sur les places portuaires, qui tiraient leur origine de l'action de l'Etat³³⁷, mais également de son financement, s'en trouvent modifiés. Cette nécessité de moderniser constitue l'un des enjeux juridiques intrinsèques à la modernisation même de l'administration publique, notamment en ce qui concerne la critique de la composition et du fonctionnement de ce conseil formulée dans le rapport accompagnant cette réforme.

³³⁶ La mise en œuvre d'un régime obligatoire d'autonomie a été opérée par la loi 65-419 du 29 juin 1965, avant cette loi, le régime issu de la législation de 1912 et de 1920 a laissé aux chambres de commerce le choix entre le maintien du régime caractérisé par l'exploitation des outillages en concessions et le nouveau régime d'autonomie, ce régime était donc facultatif et résultait d'un accord tacite avec les compagnies consulaires.

³³⁷ FOULQUIER ERIC, « Prendre la mesure de la conflictualité portuaire », *L'Information géographique*, Vol. 80, n° 4, 2016, p. 56-75.

206. Le point essentiel de déséquilibre juridique consiste dans l'enjeu de la représentation. Une faiblesse des parties les plus engagées dans l'exploitation portuaire, notamment des entreprises privées de manutention, a été constatée. Comme le précise E. Foulquier, « *Le désengagement de l'État vis-à-vis de l'exploitation portuaire délègue indirectement aux entreprises privées une partie du développement et des choix stratégiques, et cela implique une révision de leur présentation lors du processus décisionnel* »³³⁸. Pendant les années précédant la réforme portuaire, c'est la voie contractuelle qui a constitué le régime assurant la répartition des responsabilités entre les parties, en disposant des droits et des garanties pour ces entreprises, mais aussi en leur imposant des sujétions. Cependant, suite au transfert des outillages publics à ces entreprises, une adaptation de leur rôle dans la prise de décision au sein de l'organisation portuaire semble primordiale, car l'idée est de créer un cadre stable d'exploitation après avoir procédé à sa relance par la privatisation essentielle de cette exploitation. Comme cela a été précisé dans le cadre de l'analyse de l'évolution de la gouvernance par des géographes, les processus de libéralisation, de privatisation et le développement de nouvelles formes d'organisation modifient les relations entre les agents privés et ceux publics en ce qui concerne les compétences portuaires et les nouvelles prestations des ports ont nécessairement contribué à l'avènement d'une transformation de la gestion des ports³³⁹.

207. L'émergence dans le droit du concept de gouvernance semble avoir donné lieu à des solutions importantes. J. Chevallier précise concernant cette notion qu'elle intègre le recours à des « méthodes nouvelles », dites de « gouvernance », qui serait devenu indispensable pour répondre à la « crise de gouvernabilité » que connaissent les sociétés contemporaines, et il ajoute que ces méthodes « seraient diffusées, à tous les niveaux de l'édifice social (international, régional, national, local) et dans les organisations de toute nature (État, partis politiques, entreprises...) »³⁴⁰. Ce nouveau modèle appliqué en droit public semble pouvoir présenter une possibilité d'appliquer dans la gestion portuaire le niveau relationnel le plus opportun, mais également de procéder à une évaluation de la politique publique adoptée dans un domaine³⁴¹.

³³⁸ *Ibid.*, p. 6.

³³⁹ GONZÁLEZ LAXE Fernando, « Gouvernance portuaire : principales trajectoires dans les ports européens et latino-américains », *Méditerranée. Revue géographique des pays méditerranéens / Journal of Mediterranean geography*, n° 111, 1 juin 2008, p. 53-59.

³⁴⁰ CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance et le droit » in Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 189-207.

³⁴¹ M. Mockle précise les deux composantes de la gouvernance publique, qui sont la gestion publique et la politique publique. MOCKLE Daniel, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 90.

208. Dans le secteur portuaire, le concept de gouvernance semble opportun, car ce dernier semble répondre en droit à l'émergence de nouvelles catégories d'acteurs, comme c'était le cas en droit international, à la suite de l'apparition de ces acteurs venant briser le monopole que les États détenaient sur les relations internationales³⁴². Si la gouvernance *stricto sensu* peut être définie comme le « système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée. La structure de gouvernance définit la répartition des droits et des responsabilités parmi les différents acteurs de l'entreprise »³⁴³, dans le secteur portuaire cette notion peut correspondre concrètement au « processus de coordination des acteurs privés et publics animant les différentes fonctions portuaires à toutes les échelles de ce jeu portuaire »³⁴⁴. La coordination entre les parties doit exister dans toute l'opération organisationnelle, que ce soit au niveau consulaire ou décisionnel.

209. La révision institutionnelle consiste, de la part de l'Etat qui procède à la réforme, à accompagner la libéralisation de l'activité portuaire en « adoptant des orientations plus commerciales »³⁴⁵. Plus un système de partenariat pour le financement est mis en œuvre, plus les parties, dans ce périmètre portuaire de partenariat et d'investissement accentué du secteur privé, seront concernées par l'établissement de la stratégie portuaire, en lien avec la réalisation des projets, ainsi que leur amortissement, du côté du secteur privé, et leur pérennité, de celui de l'autorité portuaire.

210. La volonté de nouer une nouvelle implication territoriale dans la réalisation de la politique portuaire constitue également un élément utile pour la mise en place d'une bonne gouvernance portuaire. Cette volonté répond à la perspective générale d'augmenter le rôle et la responsabilisation des collectivités territoriales par le biais de la mise en place d'une politique portuaire davantage en accord avec les nouveaux principes à respecter dans le cadre de la gestion des infrastructures (subsidiarité, aménagement du territoire, protection de l'environnement), et qui se caractérise notamment par la décentralisation des ports d'intérêt national par la loi 2004³⁴⁶ ; mais elle constitue également une réponse à *en facto* d'une

³⁴² Cette émergence a engendré l'instauration du concept de « gouvernance globale ». CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance et le droit » in Mélanges Paul Amselek, Bruylant, *op. cit.*, p. 3.

³⁴³ Traduction libre de la définition donnée par l'OCDE. Cf. OECD (1999) OECD Principles of Corporate Governance (SG/ CG[99]5), Paris : Organisation of Economic Co-operation and Development, April 1999, dans PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens », *op. cit.*

³⁴⁴ DEBRIE Jean, « Les ports : leur rôle, les acteurs, les trafics, la gouvernance portuaire », *INRETS*, 2008, p. 25.

³⁴⁵ COMTOIS Claude, SLACK Brian, « Innover l'autorité portuaire au 21^e siècle : Un nouvel agenda de gouvernance », *op. cit.*

³⁴⁶ Art. 30 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n°190 du 17 août 2004.

implication économique importante et effective de la part des parties publiques de la décentralisation territoriale dans le financement des projets portuaires au prix d'une réduction de l'investissement étatique³⁴⁷. Il était ainsi précisé dans le rapport sur la modernisation des ports autonomes que *« la question d'une participation plus importante des collectivités territoriales aux conseils d'administration des ports ne saurait être plus longtemps éludée. »*.

211. La volonté de créer un environnement organisationnel modernisé, pour accompagner la volonté d'intégrer les différentes parties concernées par l'exploitation portuaire, dans un contexte de partenariat avec le secteur privé, mais aussi de dévolution d'une grande partie de l'exploitation économique portuaire à ce secteur, devrait ainsi trouver la forme de gouvernance la plus adaptée.

§2. La nouvelle gouvernance portuaire : une nouvelle structuration administrative de l'autorité portuaire des GPM

212. Une nouvelle gouvernance a été mise en place pour la gestion des **GPM**. Celle-ci s'inspire des méthodes organisationnelles adoptées pour la gestion appliquée au secteur privé **(A)**. Toutefois, elle garde une place importante pour les acteurs publics, dans leurs différents niveaux de rattachement **(B)**.

A- La création des nouvelles instances administratives à « l'image » de l'entreprise commerciale

213. L'importance du rôle du conseil d'administration a été révisée par la réforme de 2008 afin de réactiver son rôle. Ce dernier a été confirmé dans le cadre de l'organisation des entreprises relevant du droit privé. Le professeur Colin Coulson-Thomas indique concernant ce conseil qu'il *« devrait être le cœur et l'âme d'une société, la source de son ambition et de sa conduite. Le fait qu'une société gagne et soit compétitive, réussisse et reste performante dépend généralement de son conseil d'administration. Sans un objectif défini, une stratégie censée et*

³⁴⁷ La réduction des financements de l'État est accompagnée, dans certains cas, d'une contribution de l'Union européenne et surtout, d'une participation croissante des collectivités territoriales (région, département, commune et groupements), qui sont devenues l'un des principaux financeurs publics des ports (14% du financement sur la période 1999-2007). BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 9.

la volonté de réussir, des groupes bien implantés peuvent décliner et mourir »³⁴⁸. R. Rézenthel précise que certes « dans sa forme juridique, le port n'est pas en général une société de droit privé » cependant, « *il fonctionne comme tel et avec des structures de gouvernance de plus en plus similaires* »³⁴⁹. En quoi la nouvelle législation rapproche-t-elle la structure des **GPM** de celle des sociétés de droit privé ? Par la création de deux organes d'attribution et de composition différentes et adaptées et dans l'objectif essentiel de dissocier les missions de contrôle et de direction, le grand port maritime consacre ainsi une transposition de la gouvernance des grandes entreprises privées, notamment la gouvernance des sociétés anonymes³⁵⁰, chose que les **LNR** et **LSF** avaient recommandée³⁵¹, ce qui atteste « de l'appropriation des règles de bonne gouvernance par le secteur portuaire. »³⁵². Dès lors, il convient de nous pencher sur ces nouveaux organes créés dans un objectif de modernisation et d'efficacité économique.

214. La première instance est le **directoire**, qui dispose de l'attribution de décision la plus étendue. Ce cadre général d'attribution lui a été attribué par la loi³⁵³, pour être précisé par la suite par la voie réglementaire³⁵⁴, ce qui devrait améliorer la réactivité de l'établissement public dans la gestion portuaire. On peut résumer les nouvelles attributions du directoire à la proposition des projets stratégiques (devant être soumis à l'approbation de l'autre organe de gestion et de contrôle, le conseil de surveillance) ; la direction du port sous la présidence de son président ; l'exécution des décisions du conseil de surveillance, ainsi que la préparation des rapports annuels sur la situation du port et l'avancée du projet stratégique. Le président du directoire est nommé par décret après avis conforme en conseil de surveillance³⁵⁵, alors que le nombre de ses membres, nommés par le conseil de surveillance sur proposition du directeur, varie d'un port à un autre, et qu'il est précisé par décret pour chaque grand port maritime.

215. Les membres du directoire des grands ports maritimes sont des salariés de l'établissement dans lequel ils interviennent, alors que, dans la mesure où il procède à la

³⁴⁸ C. COULSON-THOMAS, « Creating a winning board: differing approaches of the boards of successful and struggling companies », *Industrial and Commercial Training*, Vol. 37, n° 2, p. 67-72. Cité et traduit in PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens », *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁹ REZENTHEL Robert, « L'évolution de la gestion portuaire », *Annales de la voirie*, n° 133, mars 2009, p. 7.

³⁵⁰ Art L. 225-68 Code du Commerce sous-section Du directoire et du conseil de surveillance.

³⁵¹ Loi dite NRE : loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001 p. 7776 et loi dite « LSF » : loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF n° 177 du 2 août 2003, p. 13220.

³⁵² PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens », *op. cit.*, p. 6.

³⁵³ Art. L. 5312-10, Code des transports.

³⁵⁴ Art. R. 5312-30, Code des transports.

³⁵⁵ Art. L. 5312-9, Code des transports.

nomination à tous les emplois dans son établissement, ainsi qu'à la révocation et la gestion des personnels, le directeur est quant à lui considéré comme un employeur et assume ainsi la responsabilité pénale du chef d'entreprise en cas d'accident du travail³⁵⁶.

216. La deuxième instance est le **conseil de surveillance**, qui concrétise par sa création le souhait de dissocier la direction du contrôle. Il est composé des membres représentant les parties concernées par le contrôle de la situation du port ainsi que de la décision concernant l'approbation de son projet stratégique. De par sa composition il constituerait un organe de concertation intéressant au niveau de la prise des décisions stratégiques dans la réalisation de la nouvelle orientation portuaire, c'est-à-dire qu'il implique dans cette décision toutes les parties dont le rôle serait important pour la réalisation des projets portuaires. Ainsi, le conseil de surveillance est composé, en application de l'article L5312-7 du Code des transports, de quatre représentants de l'Etat³⁵⁷, quatre représentants des collectivités territoriales³⁵⁸, trois représentants du personnel, et cinq personnalités qualifiées dont un représentant élu de la chambre consulaire et un représentant du monde économique³⁵⁹. C'est l'article R.5312-24 du même Code qui précise quelles sont les décisions relevant du conseil de surveillance et soumises à son approbation préalable.

217. Les délibérations du conseil de surveillance ont un caractère impératif, il en résulte que ce sont des actes administratifs susceptibles de donner lieu à des recours pour excès de pouvoir, et ce, même en l'absence de texte, en application de la jurisprudence constante en la matière³⁶⁰.

218. Le **conseil de développement** constitue l'organe consultatif de l'établissement portuaire. Avant la création des grands ports maritimes, le directeur du conseil d'administration

³⁵⁶ REZENTHEL Robert, « Fasc. 1194- Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *op. cit.*, p. 15.

³⁵⁷ En plus du préfet de la région du siège du port ou de son suppléant, les quatre représentants des ministres chargés des missions des ports maritimes, de l'environnement, de l'économie et du budget. Art R. 5312-10, Code des transports.

³⁵⁸ « Dont au moins un représentant de la région et un représentant du département », mais cette composition prévue par la loi de 2008 se trouvera modifiée lors de la mise en place du nouveau paramètre de planification proposé par la loi sur l'économie bleue en 2016 ; quant au nombre de représentants des collectivités territoriales, il s'élève à 5, dont deux représentants de la région.

³⁵⁹ Ces personnes sont choisies en raison de leur compétence dans les activités intéressant les ports, l'aménagement, l'environnement, la navigation maritime, les transports, l'économie régionale ou l'économie nationale, et elles sont nommées par arrêté du ministre chargé des ports maritimes, après consultation du ministre chargé de l'économie et avis du président du conseil régional. Art R. 5312-12, Code des transports.

³⁶⁰ T. Confl. 21 janvier 1985 - *Préfet, commissaire de la République de Loire-Atlantique c/ Tribunal d'instance de Nantes, syndicat F.O des personnels du port autonome de Nantes - Saint-Nazaire* - Dr. Adm. 1985 n° 157 ; CE, 19 juin 1985, *MM Saez et Pantaloni*, n° 46 424.

a toujours eu à ses côtés un organe visant cet objectif. Il s'agissait de la commission consultative à laquelle a succédé la commission permanente d'enquête, quant au conseil, il représente une nouvelle création de la réforme de 2008. Son cadre est défini dans l'article L 5312-11 du Code des transports, qui dispose que « *Dans chaque grand port maritime, les milieux professionnels, sociaux et associatifs ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements sont représentés dans un conseil de développement qui est consulté sur le projet stratégique et la politique tarifaire du grand port maritime.* ».

219. Les avis du conseil de développement ne sont pas des actes administratifs, cependant, lorsque sa consultation est obligatoire, notamment sur le projet stratégique et la politique tarifaire, le non-respect entache d'illégalité des actes pris sans ce dernier. L'intérêt de cette composition est le statut de ce conseil car le caractère consultatif des décisions écarte le risque de conflits d'intérêts caractérisés au sein des conseils d'administration des ports autonomes.

220. La question peut se poser concernant l'enjeu de la création de ces organes à l'égard des objectifs économiques de la réforme portuaire. Un rapport lié au gouvernement des entreprises publiques³⁶¹ a été élaboré depuis 2003. Il faisait partie des études réalisées afin d'assurer un meilleur rôle de l'Etat dans son intervention économique (Etat actionnaire), et ce, en introduisant une réelle distinction entre ses différentes fonctions. Dès lors, et selon ce rapport, la révision de l'organisation des conseils d'administration semble indispensable afin d'assurer leur « rôle central ». Cette idée est primordiale quant à « l'efficacité des délibérations au conseil », mais aussi dans le but de garantir la « transparence nécessaire à la confiance des investisseurs »³⁶². Ainsi, à l'égard de l'objectif économique de la réforme portuaire, deux conséquences peuvent être notables quant à cette création. La première est liée à une meilleure prise en compte de la sécurité financière, alors que l'autre tient à présenter des garanties aux investisseurs privés quant à la transparence au sein des décisions prises et du contrôle effectué par les organes d'administration. L'idée est donc de combiner contrôle et dynamique dans la prise de décision dans un cadre relationnel de sécurité et de transparence.

³⁶¹ Rapport à M. Francis MER, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie « *L'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques* », par René BARBIER DE LA SERRE et autres, 24 février 2003.

³⁶² PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens », *op. cit.*, p. 6.

Cette perspective a été d'ailleurs adoptée dans les « entreprises à participation publique »³⁶³. Ainsi, le fait de modifier la gouvernance (aspect organique) des **GPM** à l'instar de ces entreprises s'inscrit dans le même objectif de performance économique, y compris en maintenant la forme de l'établissement public.

221. Les nouvelles formes d'administrations inspirées de celles adoptées dans l'organisation des sociétés de droit privé, ainsi que la représentation renforcée du secteur privé font basculer l'administration portuaire vers un régime teinté de droit commercial, cependant ces conseils demeurent liés à l'organisation publique de l'établissement public et des enjeux en découlant au niveau national et local.

B- Le cadre public dans la nouvelle gouvernance portuaire

222. Le choix d'un établissement public confirme l'administrativité des ports modernisés³⁶⁴, mais la nouvelle gouvernance affirme également cette administrativité. Ce caractère est concrétisé par la représentation de différents types d'acteurs publics, représentation certes affirmée, mais modernisée dans l'objectif de rendre plus efficace la mise en place de la politique publique dans le secteur portuaire.

223. Au niveau local, même si ces ports relèvent de l'Etat de par leur rattachement et la tutelle de celui-ci, la représentation et la participation des collectivités territoriales (**CT**) dans l'opération décisionnelle s'avèrent essentielles et doivent être bien assurées dans l'organisation des **GPM**. Cette représentation a ainsi été renforcée au sein des nouvelles instances décisionnelles et consultatives des nouveaux ports, cependant ce renforcement s'inscrit dans la politique consistant à les investir davantage dans les projets portuaires ancrés dans le territoire de leur circonscription. Cette présence des **CT** se distingue de cette manière de la représentation étatique qui s'inscrit dans la perspective d'une modernisation du rôle de l'Etat dans l'exercice de sa tutelle. La présence des collectivités territoriales représente un élément lié à l'investissement dans une dimension géographique partagée entre l'autorité de décentralisation territoriale et celle d'une décentralisation fonctionnelle.

³⁶³ Notamment en vertu de la loi n° 2015-990 (dite Macron) du 6 août 2015 (JORF n°0181 du 7 août 2015) pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dans son Titre II, Chapitre II notamment en ce qu'elle porte modification sur l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (JORF n° 0194 du 23 août 2014).

³⁶⁴ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.*, p. 5.

224. En revanche, la présence de l'Etat est liée à des enjeux de deux types : investisseur et contrôleur. Même si les ports sont censés s'engager dans une planification rattachée à des facteurs géographiques importants³⁶⁵, le **GPM** demeure un établissement public de l'Etat et les intérêts y caractérisés nécessitent un investissement de ce dernier dans la mise en place d'une planification générale en tant que juge, mais il a aussi besoin d'être suivi de plus près pour accompagner la nouvelle réforme et assurer la relance économique, tout en veillant à son implication dans la gestion par le biais de ses représentants dans le respect des intérêts publics y existant.

225. Cette représentation est consacrée par la présence d'un Commissaire du gouvernement au sein du conseil de surveillance, qui représente généralement les intérêts du ministère de tutelle technique et dépend du ministre chargé des ports maritimes. Ce dernier procède à sa nomination. Elle comprend également un membre du **CGEFi**, nommé par le ministère de l'Economie et des Finances³⁶⁶. Ces deux organes constituent le cadre étatique interne du contrôle, alors que le contrôle externe est quant à lui exercé par deux ordres différents, dont l'un, à caractère juridictionnel, est la Cour des comptes et l'autre, d'ordre législatif, est le contrôle parlementaire par le biais des commissions d'enquête et de contrôle³⁶⁷.

226. La modernisation de la tutelle passe par une allégation du contrôle financier et économique de l'Etat « au jour le jour » et, comme l'avait préconisé la mission de la modernisation, il s'agissait de passer du contrôle traditionnel à un contrôle par objectif. L'idée est de garder le contrôle étatique général sans alourdir l'administration des ports par les démarches d'une gestion se caractérisant par un aspect centralisé. Cet objectif s'avère d'autant plus important que la confirmation du statut de l'établissement public portuaire constitue la démonstration de cette autonomie, désormais recherchée dans la gestion effective, après qu'elle a été supprimée de l'appellation, alors que l'établissement public est un moyen de décentralisation fonctionnel.

227. Le contrôle sur l'administration passe aussi par la répartition des missions, liée à l'objet de la gestion auquel est tenue cette administration portuaire, car cet objet figure au cœur

³⁶⁵ Les façades se distinguent, en ce qui concerne tout à la fois la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, ainsi que la concurrence avec les ports voisins. Le port de Rotterdam au nord établit un niveau de concurrence qu'exigeait un dynamisme important de la part des ports français de la façade atlantique nord, comme le Havre, Dunkerque, ce qui justifie la création des conseils de coordination portuaire.

³⁶⁶ Directive n° 2005-440, 9 mai 2005, JORF du 10 Mai 2005.

³⁶⁷ L'importance des commissions d'enquête a été confirmée par l'ajout dans la Constitution de l'article 51-2, issu de la révision du 23 juillet 2008, qui leur a conféré un fondement constitutionnel (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008).

des réglementations indépendantes du régime juridique législatif et réglementaire constituant le support de la réforme, alors que celles-ci sont notamment liées à la domanialité publique et aux missions de service public. Ainsi, le maintien du domaine public assure ce contrôle au sein d'un régime protecteur traditionnel propre à la domanialité publique, mais également en imposant des obligations de service public aux opérateurs privés prenant en charge l'exploitation portuaire à la suite de leur maîtrise des moyens de production. Si ces entreprises ont la maîtrise des opérations industrielles et commerciales, le port continue à avoir les moyens de maîtrise qui lui permettent d'assurer son rôle essentiel consistant dans le service public de la gestion générale et de la conservation de son domaine. Il s'agit d'une répartition du monopole qui semble présenter un équilibre entre les intérêts des deux espaces de la nouvelle gouvernance³⁶⁸.

228. Le commissaire du gouvernement dispose d'une attribution importante concrétisant une intervention étatique déterminante au sein de la politique portuaire planifiée au niveau de chaque port par l'adoption de son projet stratégique, car, si la délibération du conseil de surveillance était contraire à la politique économique ou à l'aménagement de l'Etat, il pourrait mettre un veto à son exécution³⁶⁹. Une communication est également prévue au ministre chargé des ports maritimes, de l'économie et du budget. Cette disposition concrétise le maintien de l'implication de l'Etat dans la planification portuaire, malgré l'absence d'une planification nationale portuaire³⁷⁰.

229. Cet équilibre prévu par la réforme de 2008 sera progressivement mis en place dans les nouvelles institutions, donnant lieu à un nouveau visage de l'établissement public et caractérisant une nouvelle gouvernance portuaire. Celle-ci serait-elle cependant instaurée chronologiquement à la suite de cette réforme, pour en déduire les traits principaux de sa mise en place et identifier l'efficacité ou l'imperfection de cette gouvernance ?

³⁶⁸ V. *supra*, Chapitre I, sur les limites et la compatibilité de la domanialité publique avec l'économie de marché.

³⁶⁹ Art R5312-25 du code des transports. Ce veto doit être confirmé dans le délai d'un mois par le ministre chargé des ports maritimes, à défaut il devient caduc.

³⁷⁰ REZENTHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes » français », *Droit maritime français*, n° 698, 1er décembre 2008, p. 8.

Section 2. La gouvernance économique dans les GPM : la régulation économique par l'administration publique

230.L'analyse de nouvelles caractéristiques de gouvernance portuaire serait, et comme il le synthétise F. Gonzales Laxe, dans l'objectif de « *tenter d'évaluer la façon dont les autorités portuaires redéfinissent leurs nouvelles trajectoires face aux processus de libéralisation, de dérégulation et de décentralisation. Enfin, les différents modèles et les possibilités d'intervention présents dans l'Union Européenne* »³⁷¹. Les nouveaux paramètres de la gouvernance portuaire fait des établissements portuaires, par le biais des modifications de certaines des principes auxquels sont soumis, mais également par la modification de leur fonctionnement, un moyen de régulation à l'heure d'une caractérisation d'une divergence d'intérêts **(§1)**. Cette dernière marque donc les le paramètre relationnel que les réformes effectuées dans les ports tentent d'améliorer **(§2)**.

§1. L'établissement public : un moyen de régulation économique

231.Le nouvel établissement public constitue un moyen évolutif de régulation et ce de par l'évolution même de l'un de ses principes essentiels, qui est la spécialité **(A)**, mais également en raison de la prise en compte dans son organisation d'intérêts différents **(B)**.

A- La régulation par une transformation de la spécialité

232.En 2008, G. Kalflèche a souligné que la régulation est un « terme récent en droit ». Selon lui, elle désigne « *un ensemble de moyens d'actions, principalement des mesures de police administrative, qui permettent à la puissance publique d'intervenir sur le marché pour y garantir la concurrence et lui imposer la prise en compte d'intérêts publics extérieurs (égalité des citoyens, accessibilité, continuité, développement durable...)* ». ³⁷². En créant un établissement public concentré sur ses missions administratives et « ayant toujours une vocation

³⁷¹ GONZALEZ LAXE Fernando, « Gouvernance portuaire : principales trajectoires dans les ports européens et latino-américains », *op. cit.*

³⁷² KALFLECHE Grégory, « Les interventions de la puissance publique en matière économique », in « Droit administratif et administration », *op. cit.*, p. 134.

économique »³⁷³, le législateur consacre le principe selon lequel l'établissement public pourrait constituer, s'il ne doit plus être nécessairement un opérateur économique, un moyen de régulation, en retrouvant « *une nouvelle jeunesse en tant qu'un instrument de gouvernance de l'Etat, d'où un regain des établissements publics administratifs et nationaux* »³⁷⁴. Cette perspective peut constituer une confirmation du statut de l'établissement public en tant que mode d'organisation, tout en se mettant en conformité avec une tendance économique plus adaptée aux mutations économiques mondiales concrétisée dans la thèse économique du néolibéralisme et la politique économique de l'Union européenne d'un marché unique des services économiques libéralisés. Comment l'établissement public permet-il de réaliser cette régulation ? La spécialité de l'établissement public constitue un principe général de droit³⁷⁵. Concernant ce principe, B. Plessix ajoute qu'il régit « *non la jouissance des droits, mais l'activité juridique des établissements publics ; il ne limite pas les pouvoirs dont les établissements publics sont investis, mais le but dans lequel ces pouvoirs sont exercés, en imposant aux établissements de ne pas agir dans un but autre que celui qui leur a été assigné par la loi ou le règlement constitutif* »³⁷⁶. L'objectif de l'exercice des missions dans les **GPM** consiste en leur développement économique.

233.C'est donc en modifiant les missions de cet établissement qu'il en viendrait à constituer un moyen totalement conforme à l'esprit de la régulation, tout en mettant celles-ci en conformité avec l'objectif de cet établissement. Cette évolution dans la répartition des missions permettrait à l'État de « *se recentrer autour de ses missions régaliennes et de développer des fonctions de régulation, d'harmonisation, de pilotage et de mise en œuvre stratégique des grandes politiques publiques nationales sur l'ensemble du territoire et à l'égard d'acteurs économiques divers* »³⁷⁷. La réforme de 2008 permet ce recentrage, puisque, dans son premier article, il est précisé que la principale mission du **GPM**, en plus des missions classiques de sécurité et de sûreté, consiste dans le développement économique, dans le respect des enjeux relatifs au développement durable et des exigences liées à l'aménagement du territoire. S. Mouton considère que, par le biais de ces dispositions, se produit au sein de l'établissement public portuaire une transformation des missions économiques en missions régaliennes et ce

³⁷³ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁴ PLESSIX Benoît, « Fasc. 135- Etablissements publics. – Notion. Création. Contrôle », *op. cit.*, p. 3.

³⁷⁵ CE, sect., 4 mars 1938, *Cts Le Clerc* : Rec. CE 1938, p. 229. Et qui consiste en ce que la compétence de l'établissement public soit limitée dans l'objet de sa constitution, CE, Avis, 7 juillet 1994, Diversification des activités d'EDF/GDF, requête numéro 356089.

³⁷⁶ Le principe de la spécialité ressemble dans ce point au principe de l'autonomie. PLESSIX Benoît, « Fasc. 136- Etablissements publics : Statuts. Structures », *op. cit.*, p. 5.

³⁷⁷ PLESSIX Benoît, « Fasc. 135- Etablissements publics. – Notion. Création. Contrôle », *op. cit.* p. 3.

par « *le rattachement de ces nouvelles missions à la Constitution et la combinaison des principes issus de la Charte des droits de l'environnement* »³⁷⁸, plus précisément et selon S. Mouton, la base juridique de cette mission de régulation se trouve dans l'article 88-1 de la Constitution, d'après lequel il « *incombe à l'État de mettre en œuvre les principes communautaires, dès lors qu'ils ne portent pas atteinte à l'identité constitutionnelle de la France* ».

234. Concernant la mission de police, même si elle relève au premier niveau d'un objectif de conservation de l'ordre public, elle pourrait cependant dégager un volet économique, ce dans la mesure où elle contribue au fonctionnement normal des opérations commerciales, comme celles de chargement et de déchargement des navires et celles concernant la sécurité des installations portuaires, mais aussi le respect aux principes du service public portuaire. Etant donné que dans les ports les pouvoirs de la police relèvent de deux régimes, une police spéciale est liée à la protection de ces ouvrages et de leurs opérations, celle de la grande voirie, dont l'exercice relève de la compétence de l'autorité portuaire, ce qui n'empêche toutefois pas l'intervention de la police générale qui dépend, quant à elle, de la collectivité territoriale compétente³⁷⁹. La réglementation des missions de police et des conditions de leur exercice dans tous les ports continue à relever de la compétence étatique³⁸⁰, car la sécurité constitue « *un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* » et l'Etat doit assurer la sécurité sur l'ensemble du territoire³⁸¹. En fonction de l'article L.5331-5 et L.5313-6 du Code des transports, le président du directoire exerce la mission de police, ce en application de la disposition légale concernant les missions du **GPM** prévue à l'article L.5312-2 du même Code. Il est donc chargé de la mission de police, sûreté et sécurité, ainsi que des missions concourant au « bon fonctionnement général du port ». Depuis le début du XXI^e siècle, la mission de sûreté prend une grande ampleur juridique, qu'elle n'avait pas dans la juridiction avant cette date, ce en particulier dans les ports, puisqu'auparavant les ports

³⁷⁸ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.* p. 7.

³⁷⁹ Ainsi, le maire exerce sur l'ensemble du territoire municipal, y compris dans les ports maritimes, la police générale de la sécurité et de la salubrité publiques au sens de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

³⁸⁰ « *L'État fixe les règles de la sécurité du transport maritime et des opérations portuaires. Les règlements généraux de police applicables aux ports de commerce, aux ports de pêche et aux ports de plaisance sont établis par voie réglementaire. L'État fixe les règles relatives au transport et à la manutention des marchandises dangereuses. Le règlement général de transport et de manutention des marchandises dangereuses est établi par arrêté de l'autorité administrative. L'État est responsable de la définition des mesures de sûreté portuaire prises en application du chapitre II et du contrôle de leur application.* ». Article L. 5331-2 du Code des transports, pour tous les ports maritimes.

³⁸¹ Article L111-1 Code de la sécurité intérieure.

maritimes ne disposaient pas d'une surveillance particulière³⁸². La délimitation de cette protection s'étend au-delà des limites administratives du port pour comprendre « *les zones terrestres contiguës intéressant la sûreté des opérations portuaires* »³⁸³. Cette mission de police correspond à une mission de régulation, mais aussi à une mission tenant à sa qualité de propriétaire³⁸⁴.

235. En plus de la mission classique de police, des missions administratives, mais s'inscrivant dans la perspective des préoccupations modernes du « *new public management* »³⁸⁵, notamment la valorisation, la performance, l'évaluation, et partenariat, sont désormais à la charge des **GPM** dans un nouveau cadre juridique. L'article précité (L. 5312-2 du Code des transports) prévoit que le port a la charge de « *La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés* », de « *L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire* », des « actions concourant à la promotion générale du port ». La nature de ces missions est administrative et elles relèvent de l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Cependant, l'objectif mis en avant est la réalisation d'un milieu et d'un contexte optimaux pour une activité économique durable.

236. Le nouveau partage des missions entre secteurs public et privé, dans lequel s'inscrit le régime juridique des grands ports maritimes, correspond à une politique adoptée dans plusieurs ports du monde. Il s'agit du modèle du port propriétaire « *landlord port* », consistant à distinguer l'infrastructure des services portuaires, au détriment d'une privatisation complète qui connaît un déclin mondial³⁸⁶. Il s'agit de développer une politique en coordination avec les différentes parties ayant une influence et un intérêt à réaliser par rapport à cette propriété, l'objectif est alors de la valoriser du côté du propriétaire, et de tirer une portion de croissance économique du côté de la partie qui y investit, il faut ainsi viser à intéresser au maximum les parties qui peuvent contribuer à cette valorisation. Parmi les grands ports européens concurrents

³⁸² La mise en place du Code ISPS en 2002 (Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires) de l'organisation Maritime Internationale, à la suite des attentats aériens du 11 septembre 2001.

³⁸³ Article L. 5332-1 du Code des transports, selon lequel c'est l'autorité portuaire qui est compétente pour définir ces limites des zones de sûreté portuaire.

³⁸⁴ Selon un tableau établi par Baltzar et Brooks en 2001, qui classe les missions du port selon son modèle en missions de régulateur, d'opérateur et de propriétaire. Le modèle est principalement établi par rapport à la gouvernance et au partenariat entre le secteur public et celui privé. BROOKS Mary R., « The governance Structure of ports », *Review of Network Economics*, n° 3, 2 juin 2004, p. 172.

³⁸⁵ PLESSIX Benoît, « Fasc. 135- Etablissements publics. – Notion. Création. Contrôle », *op. cit.*, p. 3.

³⁸⁶ Parmi les caractéristiques communes de la gouvernance des ports dans le monde, l'auteur de cet article illustre la fin de la privatisation totale et de la domination du propriétaire, selon ce concept. BROOKS Mary R., CULLINANE Kevin P. B. et PALLIS Athanasios A., « Revisiting port governance and port reform: A multi-country examination », *Research in Transportation Business & Management*, vol. 22, 1er mars 2017, coll. « Revisiting Port Governance and Port Reform: A Multi-country Examination », p. 5.

adoptant ce concept, certains évoluent vers des organisations concurrentielles, qui demeurent cependant étroitement contrôlées par le pouvoir public (local), ce qui est le cas d'Anvers³⁸⁷, de Rotterdam³⁸⁸ et de Hambourg³⁸⁹. Les autres, comme les ports italiens³⁹⁰, ou les **GPM** en France, continuent à relever d'une organisation publique.

237. Dans ce cadre de conciliation, une autre mission qui se voit renforcée est liée à la protection de l'environnement. Le rôle de l'autorité portuaire dans la protection de l'environnement peut être lié à deux aspects³⁹¹ : d'un côté, un aspect du contrôleur en tant qu'établissement public de l'Etat et tenu de veiller au respect et à l'application de la réglementation en vigueur, et de l'autre, cette obligation est liée à sa dimension économique, dans la mesure où des projets stratégiques pour le port pourraient être confrontés aux dispositions légales et réglementaires concernant la protection de l'environnement³⁹².

238. Dans le cadre de la répartition des financements, une autre compétence traditionnelle de l'Etat est celle du financement de l'entretien des accès maritimes et du dragage³⁹³. En 2016, un rapport a été fait au nom des ministres chargés des ports mais aussi de leur contrôle financier et économique pour adresser des recommandations concernant la répartition de la dotation de l'Etat en vue de financer les **GPM**. Ce rapport confirme le rôle important de l'Etat dans ce domaine.

239. La question qui se pose est celle de la conformité de ce rôle essentiel attribué à l'établissement public portuaire en tant que moyen de régulation avec le droit européen, au même titre qu'il est une entité publique d'un Etat membre, propriétaire et gestionnaire dans un

³⁸⁷ L'on est passé d'une régie communale à une régie communale autonome depuis 1997, administrée par un conseil d'administration et soumise au droit sur les sociétés commerciales et à la comptabilité des entreprises. LEVEQUE Laurent, « Le nouveau rôle des autorités portuaires dans l'adaptation des clusters aux enjeux de la globalisation. », *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique*, n° 16, 21 mars 2012, p. 2.

³⁸⁸ La régie municipale de Rotterdam a été transformée le premier janvier 2004 en une entreprise publique dotée de l'autonomie financière. *Ibid.*

³⁸⁹ Entreprise publique détenue à 100% par la ville.

³⁹⁰ Les « *consortiums portuaires* », comités portuaires d'Etat à l'Etat par une contractualisation sur un plan triennal.

³⁹¹ V. *infra*, 2^{ème} partie, 2^{ème} titre, 2^{ème} chapitre.

³⁹² Arrêt de la Cour (septième chambre), Hilde Orleans e.a. contre Vlaams Gewest, 21 juillet 2016. Sur l'interprétation de l'article 6, paragraphes 3 et 4, de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JO 1992, L 206, p. 7, ci-après la « directive "habitats" ». Dans cet arrêt, la Cour refuse une dérogation au régime d'une zone Natura 2000 pour d'importants travaux dans le port d'Anvers.

³⁹³ « *Dotation Dragages, entretien et exploitation de certaines ouvrages* » datant de l'origine des ports autonomes, et prévue à l'article R. 5313-69 du Code des transports et suivants précisant que « *l'Etat supporte les frais de l'entretien et de l'exploitation des écluses d'accès, de l'entretien des chenaux d'accès maritimes, de la profondeur des avant-ports et des ouvrages de protection contre la mer ; dans les mêmes conditions, il supporte les dépenses relatives aux engins de dragage* ».

domaine relevant désormais d'un secteur concurrentiel. Cette question concerne la soumission au droit de la concurrence de la compétence de la personne publique dans la production d'actes administratifs. Dès qu'est établie une reconnaissance de la soumission de ces actes aux principes du droit de la concurrence, le port est tenu, dans tous ses actes, pas uniquement dans ceux de nature industrielle et commerciale, d'éviter de produire tout effet anticoncurrentiel. C'est l'arrêt *Société Million*³⁹⁴ qui produit cette soumission au droit de la concurrence de l'ensemble des actes administratifs, qu'ils soient de nature unilatérale ou contractuelle³⁹⁵. Cet arrêt consacre l'entrée de ce droit dans le bloc de légalité. Cette soumission comprend non seulement des principes du droit de la concurrence, mais aussi, plus généralement, les dispositions de droit français et européen portant sur les pratiques anticoncurrentielles. Cela signifie que si un acte administratif est à l'origine d'une entente, d'une concentration économique illégale³⁹⁶, ou d'un abus automatique de la position dominante, le juge administratif va alors le considérer comme nul. L'Etat doit réguler pour appliquer le droit de la concurrence. La question de l'entrée ou non de ces actes portuaires dans le champ de compétence de l'autorité de la concurrence a suscité un débat à la suite de plusieurs affaires³⁹⁷.

240. Il convient de considérer la portée juridique liée à la limitation administrative dans la définition des missions régaliennes du **GPM**, puisqu'en fonction de l'article L. 5312-2 du code des transports, le port exerce cette mission de régulateur dans les limites de sa circonscription³⁹⁸. La coordination avec les autres entités publiques concernées par la politique portuaire dans une dimension géographique, notamment celles des Collectivités territoriales, passe dans un cadre soit participatif interne, par la représentation de ces parties, soit externe, par le biais des conseils de coordination interportuaire. Cette perspective de limitation administrative de la régulation s'oppose à celle qu'attribue le législateur au port en tant

³⁹⁴ CE, sect., 3 novembre 1997, *société Mllion et Marais*, n° 169907.

³⁹⁵ G. KALFLECHE précise en ce qui concerne la soumission de l'activité de production normative au droit de la concurrence, que cette solution a été plus lente. KALFLECHE Grégory, « Les interventions de la puissance publique en matière économique, in Droit administratif et administration », *op. cit.*, p. 135.

³⁹⁶ V. CE, sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n° 20185, Leb. p. 119.

³⁹⁷ Décision n° 02-D-15 du 1^{er} mars 2002 du Conseil de la concurrence, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vrac solides dans le Port autonome du Havre. Dans cette décision, le conseil de la concurrence s'est estimé incompétent à l'égard d'une décision du Port autonome du Havre d'un refus (implicite) d'attribution d'un terrain sur un domaine public portuaire. Deuxième décision du conseil de la concurrence : Cons. conc., 13 sept. 2007, déc. n° 07-D-28, Port autonome Havre, Cie industrielle pondéreux Havre, Sté havraise transport et pondéreux Havre, Sté Havre manutention : *AJDA* 2007, p. 2348, note NICINSKI Sophie ; DMF 2008, p. 280, note GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle.), mais également le commentaire de G. GUEGUEN-HALLOUËT : « Haro sur le Yalta havrais de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires? ». -(A propos de la décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence), *RDT*, sept 2010, n°9 et 10. pp, 18-21).

³⁹⁸ C'est la zone d'action potentielle de l'établissement public. REZENRHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes » français », *op. cit.*, p. 7.

qu'opérateur économique, lorsque, et en vertu de l'article L.5312-3 du même code, il relativise la portée juridique de la spécialité du port en élargissant le champ de son action. Une telle distinction peut être considérée comme une concrétisation de la clarification et la séparation du rôle du port entre régulateur public, d'un côté, et opérateur économique, de l'autre. S'il s'agit, pour le premier, d'un aspect bien défini dans le cadre du droit public, le second aspect s'avère en revanche plus dynamique et répond aux critères de développement économique et commercial dans le cadre du droit privé, mais tout en ayant pour vocation le développement général du port.

241. Le rôle dévolu à l'établissement public pour la régulation semble d'autant plus important puisque, contrairement au régime adopté dans le secteur ferroviaire, par exemple, avec la création d'une autorité indépendante, aucune autorité indépendante de régulation spécialisée n'est introduite dans le domaine portuaire. L'objectif de la création d'une telle autorité dans le secteur ferroviaire a été défini comme permettant de « *concourir au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire* »³⁹⁹.

242. Du fait que ce nouveau cadre de spécialité du port permet d'exercer en même temps des missions différentes et place l'autorité portuaire devant des responsabilités en vue de remplir des fonctions paraissant parfois opposées, il nécessite une prise en compte de cette divergence d'intérêts dans son organisation.

B- Un cadre d'organisation en prévention des conflits d'intérêts ?

243. C'est ainsi que se pose la question de savoir comment l'organisation de l'administration portuaire pourrait constituer un moyen de régulation, tout en prenant en compte la contradiction des missions désormais dévolues à cette autorité et la divergence des intérêts des parties concernées par les décisions prises au sein de cette administration. Cette adoption de l'organisation et des missions des **GPM** engendrant une instrumentalisation de la régulation au moyen de l'établissement public portuaire serait considérée comme essentielle dans un domaine concurrentiel et relevant d'un intérêt public, mais elle intéresse de plus en plus le secteur privé, qui souhaiterait disposer au maximum des moyens nécessaires à sa production.

³⁹⁹ L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (Arafer) est une autorité publique indépendante créée par la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 (JORF n°0285 du 9 décembre 2009).

Après avoir transféré au secteur privé les moyens d'exploitation portuaire, la question de la représentation constitue un élément essentiel pour la prévention de ce conflit d'intérêt. La gestion générale du port devrait être assurée et contrôlée par l'autorité portuaire. Ce contrôle s'avère d'autant plus important dans un contexte se caractérisant par un manque de planification nationale et l'absence d'une institution de régulation spécialisée dans le secteur portuaire. Le contrôle s'exercerait ainsi par le biais des représentants de l'Etat au sein de conseils délibératifs.

244.C'est le conseil de surveillance qui exerce principalement la mission portuaire dans le contrôle dans la gouvernance portuaire. Comme cela a été expliqué en détail auparavant, sa création lors de la réforme portuaire avait pour objectif de dissocier la direction du contrôle. En ce qui concerne sa composition, le législateur a procédé à l'instauration d'un cadre de contrôle constitué, d'un côté, des parties en mesure d'exercer cette mission, c'est-à-dire de l'Etat, des collectivités territoriales, du personnel du port et des personnalités qualifiées⁴⁰⁰. Les dispositions liées au choix de ces deux dernières catégories de représentants démontrent la volonté de participer au contrôle des représentants du monde économique et de la communauté portuaire, puisque les personnalités qualifiées, étant donné la façon dont elles étaient désignées par le décret en application de la réforme de 2008, sont souvent choisies en raison de leur *« compétence dans les activités intéressant les ports, l'aménagement, l'environnement, la navigation maritime, les transports, l'économie régionale ou l'économie nationale. »*, de surcroît, le décret précise qu'une représentation de la chambre de commerce et d'industrie est obligatoire au sein de ce conseil⁴⁰¹. À tout moment, le conseil de surveillance opère les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns.

245.Afin d'octroyer davantage de transparence et d'indépendance à ces organes de contrôle financier, la réforme prévoit la création de **comités d'audit** désignés par le conseil de surveillance. La création de ces comités spécialisés pour le contrôle et la mise en place de la stratégie portuaire était préconisée dans le rapport de 2007 portant sur la modernisation des

⁴⁰⁰ Elles sont nommées par arrêté du ministre chargé des ports maritimes, après consultation du ministre chargé de l'économie et après avis du président du conseil régional. Art R 3512-1, Code des transports.

⁴⁰¹ Art. R 5312-12, Code des transports, qui a été modifié par le décret n°2017-423 du 28 mars 2017 - art. 1 en ce qui concerne une imposition d'un avis du président du conseil régional sur le représentant proposé par la chambre consulaire de région, sachant que la précision de la chambre du commerce et d'industrie qui peut proposer son représentant était prévue par le décret en conseil d'Etat créant le GPM, depuis 2017 c'est ainsi la région qui est compétente en vertu de ce décret consolidé dans l'article susvisé.

ports autonomes⁴⁰² ; la mission tenue d'établir ce rapport a précisé que la création d'un comité d'audit est « *d'autant plus indispensable que les comptes des ports autonomes seront désormais certifiés par des commissaires aux comptes et que plusieurs ports autonomes sont tenus d'établir des comptes consolidés.* »⁴⁰³. Le statut financier du port présente également une évolution importante pour assurer cette transparence, mais également une certaine autonomie. Ainsi, les commissaires aux comptes des grands ports maritimes exercent leur mission dans les conditions prévues au titre II du livre VIII du code de commerce, ce qui inclut un objectif d'assujettissement au règlement général de la comptabilité publique et le passage à une comptabilité d'entreprise⁴⁰⁴. Quant à l'autonomie financière, elle se concrétise par la déconcentration de l'approbation des prises de participation, au-dessous d'un certain seuil, au commissaire du gouvernement et au représentant du **CGEFI**⁴⁰⁵. Dans le bilan établi par la Cour des comptes, en 2017, a été précisée l'importance de cet enjeu de représentation étatique en ce qui concerne les **GPM**, ce en fonction des différences d'enjeux et de positionnements de ces ports, de ce fait, le « *niveau de représentation des commissaires du gouvernement (ainsi que des autres tutelles financières et économiques) dans les instances de gouvernance diffère selon les ports.* »⁴⁰⁶.

246. Le **GPM** dispose toujours d'une possibilité de s'impliquer indirectement dans l'activité économique, ce dans l'intérêt général du port, cette implication est réalisée par le biais des filiales et des participations dans des entreprises portuaires⁴⁰⁷. Ce contrôle doit donc être précis pour garantir une transparence à l'égard de deux missions distinguées : actionnaire/régulateur. En l'absence d'une autorité indépendante spécifique dans le secteur portuaire, c'est l'Agence des participations de l'Etat qui joue un rôle important en assurant une

⁴⁰² Ce rapport préconise également la création des comités de rémunération dans le but d'établir des comparaisons de responsabilités, de salaires et de primes entre les responsables d'établissements d'importance comparable, afin de pouvoir attirer des professionnels qualifiés et de les rémunérer avec une partie variable significative, en fonction de leurs résultats, recommandation qui n'a toutefois pas été retenue dans l'organisation des nouveaux grands ports maritimes. BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 43.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Article L 102-3 du Code des ports maritimes : « *Après la clôture de chaque exercice et dans un délai de six mois, le directoire lui présente, aux fins de vérification et de contrôle, les comptes annuels avant leur certification par au moins un commissaire aux comptes et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent.* ».

⁴⁰⁵ Article R 104-5 du Code des ports maritimes « *Lorsque les participations financières à céder, à prendre ou à étendre décidées en application du III de l'article L. 101-3 sont d'un montant supérieur à un seuil fixé par arrêté conjoint des ministres chargés des ports maritimes, de l'économie et du budget, l'approbation est faite conjointement par ces ministres.* ». C'est l'arrêté du 2 septembre 2009 qui a confirmé le seuil prévu à l'article précédent, ce en matière de prise de participations des grands ports maritimes.

⁴⁰⁶ Rapport public annuel. *La réforme portuaire : une mise en œuvre marquée par des compromis*, Cour des comptes, 2012, p. 258.

⁴⁰⁷ V. infra, 2^{ème} partie, 1^{er} titre, 1^{er} chapitre.

nouvelle forme de tutelle, dont la mission essentielle consiste à veiller aux intérêts patrimoniaux nationaux, c'est ainsi que le rôle de ses agences au sein du conseil de surveillance s'est développé. En vue de réduire de potentiels conflits d'intérêts, un contrôle interne serait accentué au sein des nouveaux organes portuaires, ce qui correspond à la politique actuelle concernant la réforme de l'organisation de l'entreprise publique⁴⁰⁸, ainsi qu'à l'orientation actuelle de la révision partielle⁴⁰⁹ de la loi de 1983 relative à la démocratisation du secteur public⁴¹⁰. Ainsi, et en vertu de l'article R.5312-20 du Code des transports, les conventions entre le **GPM** et un membre des conseils délibératifs, sont soumises à l'autorisation du conseil de surveillance, soumission qui est aussi prévue lorsque le **GPM** conclut des conventions avec une société ou un organisme contrôlé au sein de l'article L.233-3 du code du commerce par ce membre. Ce contrôle s'avère également important pour le calcul des charges du service public.

247.L'enjeu pour le port du respect de la réglementation liée à l'environnement s'avère fondamental. Un contrôle en amont au sein des organes concernés par ce contrôle, la consultation et la délibération, semble primordial, au prix d'une condamnation des projets de développement planifiés par le port à l'égard de la réglementation nationale ou européenne en la matière⁴¹¹. Revoir la conformité de ces projets avec les réglementations concernant l'environnement semble plus opportun que d'en venir à se confronter à cette réglementation par une voie litigieuse, notamment du fait que les décisions arrêtées par le conseil de surveillance sont des actes administratifs, et s'avèrent ainsi susceptibles de donner lieu à des recours pour excès de pouvoir. D'ailleurs, la participation de ces représentants aux décisions stratégiques permet de mettre en place des projets pour le port dans un total respect de ces mesures dont l'autorité portuaire est tenue de veiller à l'application en sa qualité de régulateur. Parmi les personnalités qualifiées dans les organes portuaires, figurent des représentants choisis en raison de leur compétence dans le domaine de l'environnement en ce qui concerne le conseil de surveillance, ou le conseil de développement, des « *représentants d'associations agréées de*

⁴⁰⁸ CHEROT Jean-Yves, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *Droit administratif*, n° 4, 1er avril 2006, p. 5.

⁴⁰⁹ KALFLECHE Grégory, « Les interventions de la puissance publique en matière économique, in *Droit administratif et administration* », *op. cit.*

⁴¹⁰ Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, JORF du 27 juillet 1983.

⁴¹¹ La transposition de la directive Habitats a donné lieu à un important contentieux et pré-contentieux européens qui a abouti à la condamnation de la France par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). En 1999, la France a été condamnée notamment en raison de l'insuffisance de ses désignations dans les grands estuaires, l'absence de prise en compte des chenaux de navigation et pour l'absence d'un régime juridique pertinent afin d'assurer l'intégrité de la zone au regard de la directive oiseaux. CJCE, 18 mars 1999, *Commission c/France*, aff. C166/97.

défense de l'environnement et, au moins pour un quart »⁴¹². C'est concernant les plans et projets en application des alinéas 4 et 5 du projet stratégique de l'article R. 5312-63 du code des transports⁴¹³, que ces conseils doivent procéder à une évaluation en amont de leur projet, et ce en application de la réglementation environnementale qui impose explicitement cette évaluation⁴¹⁴. En vertu de la loi, une consultation obligatoire du conseil scientifique d'estuaire est prévue pour les aspects pouvant concerner les milieux naturels⁴¹⁵. Cependant, cette disposition prise en tant que mesure de précaution en vue de prévenir les conflits d'intérêts a fait l'objet de critiques. Le rapport déposé au Sénat en 2020⁴¹⁶ remet cependant en cause l'efficacité du conseil de développement, notamment puisque le caractère non-contraignant de ses avis aurait pour conséquence de limiter l'influence des représentants des opérateurs économiques et des élus locaux, considérés comme les acteurs les plus importants pour mettre en place une stratégie de développement à long terme.

248. La conflictualité d'intérêt se révèle également significative au niveau du régime juridique du personnel chargé des activités portuaires. Le régime juridique des salariés dans les grands ports maritimes assure par principe un niveau d'harmonie concernant leurs statuts, ce dans la réalisation de l'unité de commandement au profit des entreprises privées qui maîtrisent désormais l'exploitation des services portuaires, en transférant le personnel qui a la charge du fonctionnement des outillages portuaires⁴¹⁷. La réduction de la dualité des statuts semble importante dans l'organisation portuaire. D'ailleurs, le secteur portuaire témoigne d'une conflictualité sociale importante. La représentation des salariés avant la réforme s'est

⁴¹² Art. R 5312-36 Code des transports.

⁴¹³ Qui sont respectivement la politique d'aménagement et de développement durable du port et des dessertes du port et la politique en faveur de l'intermodalité.

⁴¹⁴ Article R. 122-17 Code de l'environnement, en ce qui concerne les plans et programmes devant faire une évaluation environnementale dans les alinéas 31° Les 4° et 5° du projet stratégique des grands ports maritimes, prévus à l'article R. 5312-63 du code des transports.

⁴¹⁵ Article L. 5312-2 du Code des transports qui précise parmi les missions des nouveaux grands ports maritimes : « 4° La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés... », alors que l'article 16 de la loi 2008-660 portant réforme portuaire précise : qu'« Afin de mobiliser l'expertise sur les milieux naturels et leur fonctionnement, un conseil scientifique d'estuaire est créé pour chacun des fleuves suivants : la Seine, la Loire et la Gironde. La composition et le fonctionnement des conseils scientifiques d'estuaire sont fixés par voie réglementaire. ».

⁴¹⁶ VASPART Michel. *Rapport établi par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes*, déposé au Sénat le 1er juillet 2020, p. 82.

⁴¹⁷ Après avoir transféré les dockers depuis 1992 en vertu de la loi n° 92-496 du 9 juin 1992 (JORF n°0133 du 10 juin 1992) modifiant le régime du travail dans les ports maritimes, la loi de 2008 procède à une unification des statuts des ouvriers portuaires, en engendrant une unité de commandement considérée comme importante pour les entreprises de manutention portuaire.

caractérisée par son aspect archaïque⁴¹⁸, voire son incongruité⁴¹⁹. Les représentants des salariés présentaient une assiduité remarquable au sein de ces organes, alors même que les dispositions ne sont pas strictes à leur égard concernant cette présence, comme c'est le cas pour les autres membres du conseil⁴²⁰. Il est certain que cela constitue un élément protecteur pour les intérêts des salariés bénéficiant historiquement d'un régime spécifique.

249. Nous notons ainsi que la représentation constituerait un moyen de régulation au sein de l'organisation portuaire, tout en permettant à ces différentes parties de participer à l'opération de contrôle, de manière à éviter les conflits d'intérêts, qui se sont fortement développés au sein de la nouvelle division des compétences. Ce processus devrait être mené à bien dans un cadre évolutif de relations entre ces différentes parties.

§2. Un paramètre relationnel dans la gestion portuaire plus adapté juridiquement

250. L'organisation des relations entre les ports et les autres parties a subi des évolutions importantes et ce, depuis leur création, mais aussi au moment de la révision suivant celle-ci. Qu'il s'agisse des rapports avec les autres ports **(A)**, ou avec les autres parties directement impliquées dans la gestion portuaire **(B)**, le cadre de ces relations doit être clarifié dans son évolution.

A- La coordination portuaire : un nouveau défi à relever à plusieurs niveaux dans les ports

251. Les ports maritimes de commerce présentent un intérêt national, ainsi qu'un intérêt stratégique pour leur territoire, il faut donc trouver le moyen de ne pas créer de concurrence destructive entre eux, au contraire, il est nécessaire d'essayer de faire de l'hétérogénéité des

⁴¹⁸ Bien que les dockers ne constituent plus une catégorie de salariés du port autonome, le conseil d'administration comportait toujours un « membre représentant les ouvriers dockers du port » (article R.112-1 du code des ports maritimes abrogé par Décret n° 2014-1670 du 30 décembre 2014 relatif aux dispositions du livre III de la cinquième partie réglementaire du code des transports et à leur adaptation à l'outre-mer - art. 4).

⁴¹⁹ BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 10.

⁴²⁰ « Les membres du conseil d'administration, autres que les représentants élus des salariés de l'établissement public, qui se sont abstenus sans motif légitime de se rendre à trois réunions consécutives sont déclarés démissionnaires par le conseil d'administration » Code des ports maritimes Art. R 112-8 (Abr).

éléments qui sont à leur disposition, un moyen de réalisation de leur développement. Ainsi, la coordination constitue un véritable défi pour les autorités portuaires.

252. Le cadre de cette coordination a été organisé par la loi créant les **GPM**, qui prévoit la possibilité de créer des **conseils de coordination** entre les ports de la même façade maritime pour faire valoir leur complémentarité et éviter d'afficher des stratégies commerciales divergentes. La gestion de ses infrastructures serait laissée à la diligence de chaque port, mais, serait mise en place une coopération consistant notamment à effectuer des « *études de développement stratégique, la coordination des investissements, l'harmonisation des politiques commerciales et les actions de développement économique, notamment dans le secteur de la logistique* »⁴²¹. Il s'agit, en fonction de l'article L.3512-12, des conseils de coordination interportuaire entre un ou plusieurs grand(s) port(s) maritimes, et le cas échéant, avec des ports fluviaux, lorsqu'ils s'inscrivent dans un même ensemble géographique ou se situent dans un même axe fluvial, visant à assurer la cohérence des actions⁴²². La nature des délibérations de ces conseils n'a pas été clarifiée à la suite de la réforme ; il serait possible qu'elles constituent un cadre de droit souple dans l'organisation portuaire, car elles ne sauraient aller à l'encontre des objectifs des projets stratégiques et des délibérations des conseils de surveillance⁴²³. En 2009, un conseil de coordination interportuaire fut créé entre les grands ports maritimes de Nantes-Saint-Nazaire, de La Rochelle et de Bordeaux sous la dénomination de **CCI** de l'Atlantique⁴²⁴, alors que 10 ans plus tard, en 2019, un autre **CCI** a été créé, il s'agit du conseil de coordination interportuaire et logistique de l'axe Nord⁴²⁵. L'importance de ce genre de concentration, notamment lorsqu'il intègre d'autres organismes qui ont la charge d'autres infrastructures, émane de la transformation programmée des **GPM**, ou des pôles autour d'eux,

⁴²¹ BOLLIET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, *op. cit.* p. 40.

⁴²² Il associe des représentants de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, des ports concernés ainsi que des personnalités qualifiées et des représentants des établissements gestionnaires d'infrastructures terrestres ou de l'établissement public chargé de la gestion des voies navigables. Ce conseil peut être créé par décret, Art. 15312-12 Code des transports.

⁴²³ Il s'agit d'un cadre de droit souple lorsque ces délibérations seront des orientations suggérées aux ports sans avoir une force exécutoire REZENTHEL Robert, « La réforme portuaire a dix ans », *op. cit.*

⁴²⁴ Décret n°2009-1009 du 25 août 2009 créant le conseil de coordination interportuaire de l'Atlantique (JORF n°0197 du 27 août 2009) - art. 1 (Abr).

⁴²⁵ Incluant le GPM de Dunkerque, les ports de Calais et de Boulogne-sur-mer (dont la société d'Exploitation des Ports du Détroit est gestionnaire), le port sec d'Eurotunnel (dont la société GETLINK SE est gestionnaire), l'association Norlink Ports, Voies navigables de France, la société du Canal Seine-Nord Europe, SNCF Réseau et les établissements gestionnaires du réseau routier national. Il prend le nom de conseil de coordination interportuaire et logistique de l'axe Nord. Décret n° 2019-314 du 12 avril 2019 créant le conseil de coordination interportuaire et logistique de l'axe Nord. (JORF n°0088 du 13 avril 2019). Code des transports - Article D. 5312-60-7.

en des nœuds multimodaux, ce qui permet d'offrir « *la palette le plus large possible de services qui permettent d'atteindre en profondeur l'arrière-pays* »⁴²⁶.

253. La deuxième technique juridique prévue par la loi de 2008 consiste en la possibilité, pour les grands ports maritimes, ainsi que pour les collectivités territoriales et leurs groupements compétents en matière de ports maritimes, de mettre en commun des moyens et de poursuivre des actions communes, par la création des **groupements d'intérêt public**. La notion de groupement a été définie par le Conseil d'Etat comme ce qui désigne l'ensemble des modalités de partenariat institutionnel offertes aux personnes publiques dans le cadre de leur action économique⁴²⁷. Le groupement d'intérêt public **GIP** a été créé dans l'objectif de mettre des moyens en commun, ainsi qu'à profit des personnes publiques et privées dans le domaine du développement de la recherche⁴²⁸, mais cette formule a été généralisée pour répondre à ces objectifs dans d'autres domaines que la recherche. Elle sera mise en œuvre dans le domaine portuaire dans le cadre de l'organisation de l'exploitation des ports en fonction de l'article susmentionné, qui renvoie au régime juridique prévu dans le code de recherche concernant l'organisation de ces structures. La loi n'envisage pas expressément la coopération dans le cadre de ces groupements avec les ports intérieurs, ce que R. Rézenthel a semblé regretter lors de sa présentation de la nouvelle stratégie de développement des nouveaux grands ports maritimes⁴²⁹.

254. Quant au troisième technique de coordination, à la différence du groupement d'intérêt public⁴³⁰, et même s'il découle de la même notion de groupement et de la concentration institutionnelle, d'une personne morale de droit privé, il peut être défini en tant que **groupement d'intérêt économique**, « *instrument de groupement des entreprises, (qui) réunit des personnes morales ou physiques en vue de mettre en œuvre les moyens propres à développer*

⁴²⁶ Le développement d'un port est conditionné, depuis la globalisation du commerce entraînant une conteneurisation des marchandises, par une organisation étroite avec son hinterland. <https://www.latribune.fr/regions/smart-cities/la-tribune-de-carlos-moreno/villes-ports-et-territoires-le-defi-de-la-prochaine-decennie-751434.html>.

⁴²⁷ Fiche 15 du Guide des outils d'action économique du Conseil d'Etat « *Entreprises et participations publique* ». La version prise en compte pour cette définition date de septembre 2019.

⁴²⁸ Cette catégorie de personnes morales a été créée par l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 (JORF n° 0163 du 16 juillet 1982) d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, dans l'objectif d'associer des personnes publiques et privées et d'offrir un cadre de fonctionnement souple, qui évite les rigidités de la formule de l'établissement public. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a institué un statut législatif des GIP (JORF n° 0115 du 18 mai 2011).

⁴²⁹ REZENTHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes » français », *op. cit.*, p. 6.

⁴³⁰ La différence essentielle entre la formule du GIE et celle du GIP est que ce dernier poursuit une mission d'intérêt général, alors que le GIE vise pour sa part le développement économique de ses membres. PLESSIX Benoît, « Fasc. 136- Etablissements publics : Statuts. Structures », *op. cit.*, p. 2.

leurs activités économiques »⁴³¹ et dont le cadre juridique est notamment organisé dans le Code du commerce⁴³². Les activités économiques de chacune de ces entreprises demeurent indépendantes. Le 19 janvier 2012, a été officialisée la création d'un **GIE** entre trois ports de l'axe Seine⁴³³, dont deux d'entre eux, Le Havre, Rouen sont des **GPM**, et le troisième est le port autonome de Paris. Comme cela a été commenté dans la presse à la suite de cette création, l'objectif était de « *favoriser le développement des activités économiques entre la Manche et la Tour Eiffel* »⁴³⁴. Ce groupement est soumis au contrôle économique et financier de l'Etat prévu par le décret du 26 mai 1955⁴³⁵.

255. La création de ce groupement entre trois ports de l'axe Seine a été en partie un succès, ce qui a poussé les rapporteurs pour une réforme en 2020 à inciter à utiliser **HAROPA** comme « terrain d'expérimentation ». Cependant, ces rapporteurs se méfient de la possibilité de dissimulation que peut engendrer la grande structure de ce groupement, ainsi M. Vaspert précise qu'**HAROPA** « *n'aura qu'un intérêt limité s'il s'agit uniquement d'additionner les chiffres d'affaires et les trafics des trois établissements, pour dissimuler l'érosion de la compétitivité portuaire française. Cette évolution ne doit pas rester centrée sur des enjeux de structure, de siège, ou sociaux mais reposer sur un projet commun et une logique de développement territorial* »⁴³⁶.

256. La coordination des **GPM** avec les parties concernées par le développement portuaire peut revêtir des formes non institutionnelles, ainsi le grand port maritime « *peut exercer par l'intermédiaire de prises de participations dans le capital des personnes morales, des activités ou réaliser des acquisitions dont l'objet est de nature à concourir, à l'intérieur ou à l'extérieur de sa circonscription, au développement ou à la modernisation du port ou de la place portuaire.* »⁴³⁷. Le **GPM** peut par exemple être actionnaire d'une société portuaire concessionnaire de l'outillage public dans un port non autonome⁴³⁸, ou participer à la création

⁴³¹ BURST Jean-Jacques et AZARIAN Hélène, « Fasc. 1190 : Groupement d'intérêt économique- Constitution et membres », *JurisClasseur Commercial*, 2017, p. 2.

⁴³² Articles L 251-1 et L 251-2.

⁴³³ Le Décret n°2009-556 du 19 mai 2009 - art. 1 (Ab) avait créé le CCI de la Seine. Il était composé des trois ports constituant l'actuel GIE de l'axe Seine. Décret n° 2009-556 du 19 mai 2009 créant le conseil de coordination interportuaire de la Seine, JORF n°0117 du 21 mai 2009.

⁴³⁴ [COGNASSE Olivier, Haropa, un GIE pour les ports du Havre, Rouen et Paris - Transport.](#)

⁴³⁵ Décret n° 2012-1412 du 18 décembre 2012 soumettant le groupement d'intérêt économique HAROPA au contrôle économique et financier de l'Etat.

⁴³⁶ VASPART Michel. Rapport fait par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes, déposé au Sénat le 1er juillet 2020, p. 52.

⁴³⁷ Article L5312-3, Code des transports.

⁴³⁸ En vertu de l'article 30 de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (JORF n°5 du 6 janvier 2006)

et à l'exploitation d'une plate-forme multimodale (ou « ports secs »)⁴³⁹. L'implication directe du port dans l'exploitation par ces nouveaux moyens semble intéressante du fait de la possibilité de pouvoir coopérer dans le cadre du droit privé avec les entreprises concernées par le développement de la place portuaire, et il assure par sa participation à l'exploitation, même en prenant un nouveau cadre, un niveau de proximité auprès de l'organisation de cette exploitation commerciale et industrielle dont il n'a plus la charge.

257. Cette coordination prend une ampleur importante concernant la mission nécessitant un grand investissement de la part des ports, celle de l'aménagement du territoire, il faut ainsi trouver un moyen de coopération et de coordination avec les parties concernées par cette mission, s'agissant notamment de la ville, des autres ports maritimes de la même façade maritime, ou fluviaux. Ce sont les régions qui sont principalement tenues d'assumer cette mission, notamment à la suite de la loi portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République (**NOTRe**)⁴⁴⁰. Depuis la promulgation de cette loi, la mission de la région consiste à mettre en place un schéma d'aménagement à un niveau plus intégré et en vue de la réalisation des nouveaux objectifs⁴⁴¹. La municipalité représente le deuxième niveau de territorialité et même si les **GPM** n'ont pas suivi le même régime que les ports décentralisés en 2004, il est possible de constater que la majorité des grands ports de commerce en Europe⁴⁴², et plusieurs dans le monde, doivent leur succès à la mise en place d'une organisation étroite avec leur *hinterland*, car, dans un contexte de globalisation, la bataille du port n'est plus, comme autrefois, tournée vers la mer, ou son fleuve, « *mais vers la conquête de l'intérieur des terres, vers son hinterland.* »⁴⁴³.

258. L'organisation des relations avec les pouvoirs publics semble elle aussi importante. Le rôle de l'Etat s'avère primordial, la relation avec les ports doit être clarifiée dans des orientations stratégiques, cette organisation sera effectuée par le biais de la contractualisation,

⁴³⁹ REZENRHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes » français », *op. cit.*, p. 6.

⁴⁴⁰ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 (JORF n° 0182 du 8 août 2015, p. 13705), qui consacre la compétence de la région, en matière d'aménagement, de développement durable et d'égalité du territoire, à l'exception de la région Ile-de-France, de la Corse et des régions d'Outre-Mer.

⁴⁴¹ Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET), élaboré par l'article 10 de la loi NOTRe, et qui vise à remplacer, à moyen terme, le schéma régional d'aménagement.

⁴⁴² Dans les villes hanséatiques, au Nord de l'Europe, il existe traditionnellement une imbrication étroite entre la ville et le port, les grands ports dépendent ainsi des municipalités (Anvers, Rotterdam) ou des villes-États (Hambourg, Brême).

⁴⁴³ MORENO Carlos, *Villes-ports et territoires : le défi de la prochaine décennie*, [<https://www.la Tribune.fr/regions/smart-cities/la-tribune-de-carlos-moreno/villes-ports-et-territoires-le-defi-de-la-prochaine-decennie-751434.html>]

d'un contrat pluriannuel et de plans stratégiques, afin de préciser les modalités de mise en œuvre du projet stratégique, ce contrat peut également être conclu avec les collectivités territoriales en ce qui concerne la mise en œuvre des projets portuaires dans leur domaine de compétence respective⁴⁴⁴. Dans la définition d'une politique portuaire par l'Etat, le rôle de ce dernier consiste à réduire la concurrence destructrice entre les ports, en l'absence de « doublon », il doit aussi vérifier la « faisabilité des hypothèses de développement »⁴⁴⁵. Une proposition de loi de septembre 2020⁴⁴⁶ a d'ailleurs pris en considération l'importance de la mise en place d'une stratégie portuaire nationale⁴⁴⁷, puisque cette préoccupation constitue un élément important concernant la gouvernance et la coordination entre les divers services de l'Etat pour mettre en place une stratégie solide.

259. La coordination avec les autres gestionnaires et opérateurs de transports est aussi prévue par le biais de la réforme. Cette coordination s'effectue au niveau interne de chaque port créé par la réforme, car la représentation de ces opérateurs dans les conseils portuaires, a été organisée par cette loi. Leur intégration semble essentielle pour une bonne gouvernance et la réalisation d'un développement stratégique, mais elle favorise également l'intermodalité, qui constitue une composante importante de la Politique nationale des transports. Lors de la mise en place de son projet stratégique, l'autorité portuaire doit veiller au respect de cette donnée, mais il incombe à l'Etat, lors de son contrôle en vue de l'appropriation de ces projets, d'étudier la concordance entre les projets sectoriels et la politique des transports et de l'aménagement du territoire au niveau national. D'un autre côté, cette coordination permettrait d'améliorer la desserte des ports qui constitue un défi très significatif pour l'amélioration de la chaîne logistique et commerciale, qui aura donc des impacts importants sur le développement des ports

⁴⁴⁴ Article R3512-66 du code des transports.

⁴⁴⁵ BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 14.

⁴⁴⁶ Proposition de loi relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes français, déposée au Sénat par le sénateur M. VASPART Michel, le 24 septembre 2020. Il est à noter que cette proposition a été remise en cause dès son dépôt au Sénat, notamment par le Gouvernement. En ce sens, M. Jean-Baptiste DJEBBARI, ministre des Transports en 2020, précise au nom du Gouvernement que celui-ci « ne soutient pas en l'état cette proposition de loi » en justifiant que « le gouvernement agit pour rendre nos ports plus forts et plus durables. Mais cette proposition de loi est-elle le bon véhicule ? Je ne le pense pas. Nombre de ses dispositions relevant du domaine réglementaire et étant pour beaucoup en cours de mise en place. ». Malgré cette remise en cause accompagnant cette proposition, cette dernière a été déposée à l'Assemblée nationale (12 juillet 2022), et renvoyée à la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, mais elle ne fut pas votée depuis.

⁴⁴⁷ L'importance de la mise en place de cette stratégie a été évoquée par le Premier ministre aux Assises de la mer en 2017, qui a parlé d'« une nouvelle stratégie nationale portuaire ». Cependant, dans la proposition de loi sur la gouvernance et la performance des ports maritimes en 2020, le rapporteur invoque l'absence de tout document produit depuis.

français et leur rôle dans la création d'une plus-value non seulement pour les places portuaires, mais aussi pour l'économie nationale.

B- Le renforcement du poids des acteurs privés dans la gouvernance portuaire : vers un partenariat « administratif » entre les acteurs portuaires

260. L'un des aspects essentiels liés à l'enjeu de la composition des organes nouveaux est l'élément économique, industriel et commercial. A la suite d'un désengagement public des services portuaires traditionnellement financés et exploités par le port autonome, le secteur privé constitue depuis la réforme un partenaire *de facto*, ou par la voie contractuelle. Une évolution de son rôle dans le processus de prise de décision semble inévitable dans le cadre de l'établissement d'une gouvernance moderne et réfléchie.

261. Après que l'administration a été organisée à l'image des entreprises privées, la première évolution consiste en l'ouverture des conseils d'administration portuaires aux acteurs économiques privés de la place portuaire et en la modernisation de la participation des acteurs économiques des différents plans sectoriels et territoriaux. C'est par le biais de la création des nouveaux organes qu'il serait possible de faire participer les acteurs économiques au processus d'élaboration des projets stratégiques dans le port. Cette influence renforcée du secteur privé dans l'organisation portuaire concerne, dans le conseil de surveillance, la nomination par l'Etat de personnalités qualifiées, entre autres un représentant du monde économique⁴⁴⁸, dont la compétence serait à apprécier au niveau national ou régional⁴⁴⁹. Or, la participation des acteurs économiques en fonction de la réforme portuaire de 2008 ne semble pas suffisante pour assurer une meilleure performance. Dans le rapport déposé par M. Vaspert⁴⁵⁰, il est souligné parmi les points faibles des **GPM** que « *le pouvoir reste pour l'essentiel dans les mains de l'État, contrairement aux choix faits dans d'autres pays européens* ». Selon les rapporteurs, le manque de compétitivité des **GPM** est fortement lié à la faiblesse d'influence des parties de la place portuaire, notamment des acteurs économiques, sur la pratique décisionnelle. D'ailleurs, le conseil de développement, dans lequel ils sont représentés, ne dispose pas d'un pouvoir

⁴⁴⁸ Art. L.5312-7 n° 4 C. Transp.

⁴⁴⁹ Art. R. 5312-12 C. Transp.

⁴⁵⁰ VASPART Michel. Rapport fait par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes, déposé au Sénat le 1er juillet 2020, *op.cit.*

décisionnel contraignant, ce qui réduit la possibilité de faire participer ces acteurs à la trajectoire de développement

262. Au sein du conseil de développement cette représentation a plusieurs variantes constatées dans les différents collèges de représentation. En fait, en plus des personnalités qualifiées en rapport notamment avec les branches industrielles, commerciales et agricoles régionales desservies par le port, ou des entreprises assurant le transport routier et fluvial, il existe du côté des représentants de la place portuaire, une représentation importante du secteur privé qui investit dans le secteur portuaire, puisque le décret d'application de la réforme portuaire au titre de la précision des catégories mentionne entre autres : les « *entreprises implantées sur le port, compagnies maritimes desservant le port, agences des compagnies de navigation implantées sur le port, pilotes en activité sur le port, sociétés exploitant des outillages sur le port, entreprises de services portuaires en activité sur le port, et notamment entreprises de manutention, de transit, de consignation, d'exploitation d'entrepôt public des douanes, courtiers maritimes, entreprises de transport et opérateurs ferroviaires* »⁴⁵¹, catégorie qui constitue 30% de ce conseil.

263. En plus d'être consulté sur le projet stratégique, le conseil de développement l'est au sujet des politiques tarifaires⁴⁵², consultation qui s'avère obligatoire⁴⁵³. En 1998 la jurisprudence européenne a précisé sa position par rapport à la participation des professionnels portuaires chargés du lamanage⁴⁵⁴, à la procédure administrative d'élaboration des tarifs, participation qui ne saurait être considérée comme étant une entente⁴⁵⁵ entre opérateurs économiques que les pouvoirs publics auraient imposée ou favorisée ou dont ils auraient renforcé les effets⁴⁵⁶.

264. Le **GPM** joue un rôle important dans la définition des enjeux d'intermodalité ; d'un côté, ce rôle relève d'une mission statutaire consistant en « *la promotion de l'offre de dessertes*

⁴⁵¹ Art. R.5312-37, C. Transp.

⁴⁵² Art. L.5312-11, C. Transp.

⁴⁵³ Dans les autres ports, l'autorité portuaire doit consulter le conseil portuaire préalablement à l'exécution des nouveaux travaux en application, selon le cas, des articles R. 141-2 (qui énumère les cas pour lesquels la consultation est obligatoire) ou R. 623-2 du Code des ports maritimes. REZENTHEL Robert, « Fasc. 1194- Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *op. cit.*, p. 50.

⁴⁵⁴ C'est-à-dire l'amarrage des navires à un quai ou à un appontement. *Ibid.*, p. 37.

⁴⁵⁵ En fonction de l'article 101 TFUE qui dispose que « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur...* ».

⁴⁵⁶ CJCE, 18 juin 1998, *société Corsica ferries France et Groupe Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Copo art et autres*, aff. n° C-266/96. Point 52.

ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés », et de l'autre, il est nécessaire que le **GPM** constitue un nœud d'intermodalité et un maillon de la chaîne logistique, ce qui s'avère primordial pour le développement économique des ports et la dynamisation de leur attractivité. L'article R. 5312-37 susvisé prévoit la présence, parmi les personnalités qualifiées, de « représentants des entreprises de transport routier, ferroviaire ou fluvial » et « des établissements publics gestionnaires d'infrastructures de transport ».

265. La limitation de cette participation des parties a été revue dans une perspective d'évaluation de l'organisation des **GPM**, huit ans après leur constitution. Un rapport portant sur la transformation du modèle économique a précisé, en 2018, que « *pour faire des GPM des « ports entrepreneurs », il est nécessaire de réformer la gouvernance et la gestion interne des ports, et de clarifier leurs relations financières avec les pouvoirs publics* »⁴⁵⁷. La gouvernance établie par la réforme portuaire n'était pas en mesure d'assurer cette perspective d'un port entrepreneur, des évolutions ont été présentées pour compléter son organisation. Cette évolution a notamment été assurée par la loi sur l'économie bleue en 2016⁴⁵⁸.

266. Dans l'objectif de confirmer l'importance de cette participation dans la gestion portuaire, tout en conservant la transparence et la dissociation des fonctions entre les différentes parties, une nouvelle commission a été constituée au sein du conseil de développement, il s'agit de la Commission d'investissement⁴⁵⁹. L'objectif de cette institution est donc de redynamiser l'organisation de la gouvernance portuaire et de rendre les décisions plus participatives puisqu'elle est composée de deux collèges, l'un représentant les investisseurs publics et l'autre les investisseurs privés, elle assure la concrétisation d'une stratégie portuaire partagée, ce qui peut présenter des caractéristiques plus pérennes pour l'investissement. Cette institution procède notamment à une accentuation du rôle des acteurs locaux, notamment de la région⁴⁶⁰. La loi pour l'économie bleue prévoit également l'institution du nouveau comité d'audit,

⁴⁵⁷ Rapport, *La transformation du modèle économique des grands ports maritimes par Inspection générale des finances n° 2018-M-040-06 et Conseil général de l'environnement et du développement durable n° 012059-01*, 2018, p. 35.

⁴⁵⁸ Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue (JORF n°0143 du 21 juin 2016). L'objectif de cette loi est de contribuer à l'amélioration de la compétitivité des entreprises concernées, mais aussi à la simplification et à la modernisation de l'ensemble du dispositif législatif concernant les activités maritimes. Ce texte concerne également la gouvernance des ports français, notamment dans son deuxième chapitre : Renover la gouvernance portuaire.

⁴⁵⁹ Art. 23 de la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue qui a modifié l'article L 3512-11 du C. Transp. Ce dernier a été à nouveau modifié en 2019 par l'article 131 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (JORF n°0299 du 26 décembre 2019).

⁴⁶⁰ Cette commission est, en effet, présidée par le président du conseil régional. Art. L 5312-11 C. Transp.

assurant plus de contrôle financier, ce à l'image d'une gouvernance des entreprises privées⁴⁶¹. Il faut noter qu'au vertu de l'Ordonnance 2021/614, un alinéa a été ajouté à l'article L 5312-11 du Code des transports : « *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.* ».

267. La confirmation du rôle des collectivités locales a été assurée par la loi de 2016. Cette confirmation s'inscrit dans une politique générale de révision des compétences et rôles des territoires au sein de l'organisation économique, notamment en application du principe de subsidiarité et en suivant les nouveaux objectifs de la protection de l'environnement et de l'aménagement du territoire. Par exemple, et comme cela a été mentionné ci-dessus, c'est le président de la région qui préside la nouvelle commission d'investissement constituée en vertu de la loi sur l'économie bleue en 2016.

268. Signalons que les principes de la concurrence s'appliquent dans le cadre relationnel introduit dans l'organisation portuaire, que ce soit en application d'un texte ou non. Ainsi il a été jugé par la Cour de l'Union européenne que « *la participation des lamaneurs à la procédure administrative d'élaboration des tarifs ne saurait être considérée comme étant une entente entre opérateurs économiques que les pouvoirs publics ont imposée ou favorisée ou dont ils ont renforcé les effets* »⁴⁶². Lors de leur coordination, de leur prise de décision, les parties doivent veiller au respect du droit européen de la concurrence. L'autorité de la concurrence est compétente pour apprécier la présence des activités anticoncurrentielles, que ce soit du fait du port ou des opérateurs portuaires privés⁴⁶³.

269. Toutes ces démarches législatives tentent de faire du **GPM** un moyen en vue de la réalisation d'une « *dynamique de synergies autour de l'établissement portuaire et une stratégie*

⁴⁶¹ L'intérêt de ce nouveau comité a été développé dans le paragraphe précédent lorsque l'on a étudié le cadre organisationnel en prévention des conflits d'intérêts. Il a été institué par l'article 20 de la loi pour l'économie bleue et introduit le nouvel article L5312-8-1 dans le Code des transports.

⁴⁶² CJCE, 18 juin 1998, *société Corsica ferries France et Groupe Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Copo art et autres*, aff. n° C-266/96., *op. cit.* Pt 52.

⁴⁶³ Cependant, il n'entre pas dans son champ de compétence juridictionnelle de juger les actes introduits par le port dans le cadre de l'exercice de ses missions de service public administratif, tels que l'attribution des titres d'occupation de son domaine, ce qui a semblé regrettable à Mme. Gueguen. GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Haro sur le *Yalta havarais* de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires? ». -(Apropos de la décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence) », *Revue de droit des transports*, n° 9, 2010, p. 6.

de développement partagée » ⁴⁶⁴ par les différents acteurs, locaux et économiques. Il s'agit d'une forme administrative tenue par les enjeux et principes concurrentiels. Toutes les parties y impliqués doivent assurer ces enjeux pour l'intérêt de tous, mais doivent également veiller à ne pas créer de cadre contraire aux principes qui règnent désormais dans un contexte concurrentiel, parmi lesquels le respect de la liberté du commerce et de l'industrie.

⁴⁶⁴ PIGNATEL Isabelle et FEDI Laurent, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens », *op. cit.*, p. 6.

Conclusion du chapitre II

270. La nouvelle gouvernance portuaire reflète la nouvelle distribution des attributions au sein de l'organisation portuaire, qui se caractérise par le rôle essentiel des pouvoirs publics, en dépit d'un renforcement de la compétence décisionnelle du secteur privé, par un biais qui demeure consultatif. Si ce rôle public dans la gestion des ports français témoigne d'une dichotomie entre l'Etat et les collectivités territoriales⁴⁶⁵, cette distinction revêt la forme d'une coordination au sein de la nouvelle gouvernance portuaire, notamment à la suite du renforcement de leur représentation et de leur rôle au sein des conseils portuaires par le biais de la réforme portuaire et de la loi pour l'économie bleue⁴⁶⁶. Les ambitions d'impliquer les collectivités locales à la gestion portuaire vont aller jusqu'à aborder la possibilité d'associer la gestion de certains grands ports maritimes aux collectivités territoriales par leur décentralisation⁴⁶⁷.

271. Le rôle de l'Etat s'avère indispensable dans l'établissement de ce nouveau cadre de gouvernance. Ce rôle s'exerce dans le cadre de la tutelle découlant du statut de l'établissement public, mais également dans la mise en place d'une politique nationale des transports, ou d'aménagement du territoire, dont le port constitue un noyau essentiel. D'ailleurs, il a été confirmé, depuis 1999, par la Cour des Comptes que le rôle du secteur public dans l'industrie portuaire est un élément incontournable. Ce rôle ne doit pas cependant défavoriser l'association des acteurs locaux dont dépend fortement le développement des ports, comme il a été indiqué dans le rapport précédent des réformes visant à « réarmer »⁴⁶⁸ les **GPM**.

272. La prise en compte de l'aspect managérial et économique des ports de commerce, à l'image des entreprises privées, dans la définition des trajectoires de développement portuaire, a semblé s'avérer nécessaire pour les rapporteurs, avant de procéder à la réforme. Cette perspective a contribué à rénover l'administration publique des grands ports maritimes à la suite de l'adoption de la formule consistant à placer l'établissement public à la tête de cette gestion.

273. Ce procédé constitue désormais un moyen de régulation juridique, puisqu'il intègre par son fonctionnement, subissant une modification, mais également par son organisation

⁴⁶⁵ Notamment dans le cadre de la décentralisation des ports relevant de l'Etat depuis 2004. (Article 30 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n°190 du 17 août 2004).

⁴⁶⁶ Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue, JORF n°0143 du 21 juin 2016.

⁴⁶⁷ Ce point a été indiqué dans le Rapport fait par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes (VASPART Michel, Rapp, N° 580, déposé au Sénat le 1er juillet 2020), p. 53.

⁴⁶⁸ *ibid.*

modernisée, un cadre juridique de contrôle, de coordination et de transparence. L'évolution n'est pas figée dans la forme qui a été adoptée avec la réforme de 2008, elle a suivi les bilans issus de l'expérience. Une association plus adéquate des parties concernées par les activités portuaires s'est avérée incontournable pour améliorer la compétitivité des **GPM**, et le dialogue social qui constitue un moyen informel dans la pratique décisionnelle devrait trouver à l'avenir un cadre plus transparent et clair et qui ne dépendra pas des personnalités en place. Ce cadre, dans les perspectives évolutives apportées déjà par la loi économie bleue⁴⁶⁹, mais également de la loi portant réforme portuaire en 2008 devrait conduire, à une transformation du modèle économique des grands ports maritimes, toujours en établissant une comparaison avec la gouvernance des autres ports, notamment en Europe, pour assurer l'élan dont ont besoin les ports français.

⁴⁶⁹ Mais également en fonction de la proposition de loi relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes français, du 24 septembre 2020. VASPART. M, Proposition de loi relative à la Gouvernance et à la performance des ports maritimes français, Sénat, n° 723, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2020.

CONCLUSION DU TITRE I

274. La réforme de 2008 concrétise la volonté de moderniser l'administration publique pour l'adapter aux contextes économiques dans lesquels elle se trouve, afin de prouver son efficacité. S'il a été fait le choix de maintenir le statut des ports renouvelés, mais également le domaine portuaire, sous l'influence du régime protecteur de droit public, cela n'empêche pas de constater la persistance de limites à l'égard des règles imposées par l'économie de marché. Si les ports doivent réaliser l'objectif de leur relance économique, ils doivent prendre en compte, dans le cadre de la plus grande liberté accordée au gestionnaire, l'intérêt général, qui se caractérise de plus en plus par la création d'un équilibre entre les intérêts publics et privés.

275. Cet équilibre est réalisé, comme le montre la modernisation de l'organisation des secteurs relevant d'un intérêt général pour l'économie, par une modification dans les trajectoires de la gouvernance, ce qui permettrait d'intégrer les acteurs désormais essentiels pour la compétitivité de ces secteurs dans les opérations décisionnelles et consultatives.

276. Cette modification constitue une étape importante dans la modernisation des ports de commerce en France, dont le statut et l'organisation n'ont pas été changé depuis la concrétisation de leur « autonomie ». Elle représente une adaptation de cette autonomie en assurant plus de décentralisation fonctionnelle⁴⁷⁰, qui prend tout de même en compte la modernisation de la représentation dans les organes administratifs, qui ne peut se dérouler en négligeant l'amplification des nouveaux éléments caractéristiques du développement portuaire, lié notamment à des facteurs économiques et territoriaux. Tout cela démontre la nécessité de mettre en place des trajectoires de l'organisation portuaire sur une échelle plus adaptée, correspondant à la particularité de chaque place portuaire. Le rôle étatique, qui a représenté jusqu'alors, un élément caractéristique de l'intervention publique renforcée par la gestion directe, doit s'orienter vers une accentuation de la mise en place d'une stratégie nationale, qui est censée mettre en harmonie les choix de tous les acteurs concernés.

⁴⁷⁰ Ce que nous allons traiter dans le Titre II de la présente partie.

TITRE II : LA TRANSFORMATION FONCTIONNELLE DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC PORTUAIRE

277. Le service public constitue une notion juridique bien construite en droit français, faisant écho elle-même à celles de « Bien commun », d'« Intérêt général », ou encore d'« Utilité publique ». Le professeur de l'école de service public⁴⁷¹, Léon Duguit, donne une approche concrète du service public : « *c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par le gouvernement, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* »⁴⁷². A la suite de Duguit⁴⁷³, Gaston Jèze⁴⁷⁴ a développé une notion plus « subjectiviste » de la notion⁴⁷⁵, cherchant à définir le service public non pas tel qu'il doit être, mais tel qu'il est⁴⁷⁶.

278. Grâce à ses dimensions sociales, idéologiques et juridiques, la « *machinerie conceptuelle* » qu'a produite la notion de service public a constitué un puissant moteur d'expansion étatique et de l'extension de la gestion publique⁴⁷⁷, qui s'est d'ailleurs concrétisé dans l'Etat providence. Cette notion comprend tout à la fois un aspect organique, c'est-à-dire son rattachement direct ou indirect à une collectivité publique, et il constitue en ce sens une forme de l'activité administrative, et un autre aspect matériel, puisqu'il s'agit de la finalité poursuivie afin de réaliser un intérêt général⁴⁷⁸. R. Chapus a synthétisé la définition de cette

⁴⁷¹ S'opposant à l'école de la puissance publique, ou école de Toulouse de Maurice HAURIOU (1856-1929), la grande différence résidait dans le critère essentiel du droit administratif.)

⁴⁷² DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition en cinq volumes., 1924, Tome 2, p. 55.

⁴⁷³ VALETTE Jean-Paul, *Droit des services publics*, 3e édition., Paris, Ellipses, coll. « Universités Droit », 2020, p. 47 et 48.

⁴⁷⁴ Un professeur rattaché à l'école de service public.

⁴⁷⁵ VALETTE Jean-Paul, *Droit des services publics*, 3e édition., Paris, Ellipses, coll. « Universités Droit », 2020, p. 47 et 48.

⁴⁷⁶ JEZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, Giard, t 3., 1934, réed. Dalloz, 2003-2011. Tome 3.

⁴⁷⁷ CHEVALIER Jacques, *Le service public*, 9e édition mise à jour., Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? Droit-politique 2359 », 2012.

⁴⁷⁸ L'intérêt général est la condition indispensable pour créer des services publics et elle est librement appréciée par les gouvernants. FOILLARD Philippe, *Droit administratif*, 4e édition., Bruxelles, Larcier, coll. « Collection Paradigme Manuel », 2015, p. 239.

notion en précisant qu'il s'agit d'une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique⁴⁷⁹.

279. L'implication publique dans la gestion portuaire a fait des activités portuaires des missions étroitement liées à l'évolution du régime juridique des services publics depuis 1921 par l'arrêt *Bac d'Eloka*⁴⁸⁰, suite à la proposition de clarification faite par le commissaire du gouvernement M. Matter dans ses conclusions concernant ce grand arrêt, la distinction entre deux catégories de services, les « SPA » et les « SPIC ». Il y précisa, rappelons-le, que « *Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique* », alors qu'au sujet des SPIC il explique que « *D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général* »⁴⁸¹. Cette distinction entre SPA et SPIC a été nuancée par plusieurs éléments juridiques, notamment ceux produits par le droit européen, qui instaure lui-même des notions proches⁴⁸². Cependant, cette distinction persiste jusqu'à nos jours, en produisant d'ailleurs plusieurs effets⁴⁸³, comme l'EPIC, et elle trouvera un écho fort dans le domaine portuaire.

280. Désormais, dans les ports français, qu'ils soient de la compétence étatique ou locale, l'autorité portuaire restera toujours publique et exercera ces deux types de missions, agissant ainsi en ce qui concerne les services portuaires comme un *administrateur du quotidien*⁴⁸⁴.

281. L'adaptation des activités portuaires à cette nouvelle conception du service public sera essentielle dans la détermination d'un régime dérogatoire par rapport à celui qui s'applique normalement aux activités exercées dans l'intérêt des particuliers⁴⁸⁵, et notamment au regard

⁴⁷⁹ CHAPUS René, *Droit administratif général*. Tome 1, 13e édition., Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1999.

⁴⁸⁰ Tribunal des conflits, Société commerciale de l'Ouest africain, 22 janvier 1921, 00706, publié dans le recueil Lebon.

⁴⁸¹ LACHAUME Jean-François, « Actualité des conclusions de Matter et de la jurisprudence « Bac d'Eloka », in J.-B. AUBY et S. BRACONNIER, "services publics industriels et commerciaux locaux: questions actuelles", , LGDJ., Paris, coll. « Décentralisation et développement local », 2003, p. 7.

⁴⁸² Les services d'intérêt économique général SIEG et les services d'intérêt non économique général SIG. Dans ce sens, un dossier a été établi sur le centenaire de l'arrêt Eloka. V. « Dossier : Cent ans après l'arrêt *Bac d'Eloka* », *AJDA*, 2021, p 59.

⁴⁸³ Lachaume Jean-François, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui ? », *AJDA*, n°2, 18 janvier 2021, p 60.

⁴⁸⁴ CHEVALLIER JACQUES, *Le service public*, op. cit., p. 22.

⁴⁸⁵ Même si L. DUGUIT précise que les services publics ne relèvent pas forcément d'un régime juridique particulier, il établit, cependant, un lien étroit entre eux et le droit administratif. KOUCHNER ÉVELYNE PISIER-, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, Paris, 1972, p. 18 et s.

des *privilèges* pour la personne chargée d'une mission de service public. Elle sera aussi déterminante pour définir de la compétence juridictionnelle en cas de litiges nées de l'exercices des activités portuaires.

282. L'évolution juridique suit de manière normale la nature même des activités dans un cadre d'économie de marché qui s'insère dans tous les secteurs économiques, dont les ports autonomes constituent un élément principal en ce qu'ils établissent des rapports avec plusieurs secteurs de l'économie, notamment les échanges commerciaux et le transport. Cependant, cette évolution reste conditionnée par la nature bien particulière de certaines activités industrialo-portuaires, telles que la manutention portuaire, le chargement et déchargement des marchandises, le stockage, qui se déploient dans le secteur. Dès lors, une révision de ce régime s'est avérée incontournable à l'égard des règles de droit de la concurrence, et de la jurisprudence de la Cour de justice. Dès lors la question qui se pose est celle de savoir en quoi cette révision européenne du régime applicable aux activités portuaires aurait transformé le périmètre du service public portuaire (**Chapitre I**).

283.A la suite de cette transformation que le droit européen n'a fait qu'accentuer, les caractéristiques du régime applicable aux activités portuaires peuvent être appréciées dans le cadre de deux disciplines juridiques. La première est étroitement classique dans son lien avec l'organisation de ces activités, il en résulte une évolution des règles issues de cette discipline, s'agissant du droit administratif. L'autre, en revanche, peut être considérée comme un régime qui vient imposer ses règles, dont les caractéristiques qui en découlent sont plus constitutives d'un nouveau régime de service public appréhendé, pour cette fois, au niveau européen. Il convient d'aborder ces deux types de caractéristiques, dans leurs aspects généraux, mais aussi leurs limites et exceptions dans le **Chapitre II** de ce titre.

CHAPITRE I : LA TRANSFORMATION DU PERIMETRE DU SERVICE PUBLIC PORTUAIRE

284. Le service public en droit public français constitue, pour la doctrine, une notion qui n'est pas suffisamment définissable⁴⁸⁶, cependant, elle continue à représenter, sur le plan juridique, une « force synthétique et unificatrice »⁴⁸⁷ quant à la définition du juge compétent⁴⁸⁸

285. Dans le secteur portuaire, cette notion trouve pleinement son application, et son identification peut tenir à deux éléments essentiels présents dans ce domaine, que sont l'intérêt général et l'action administrative concrétisée dans la gestion ou la délégation des activités relevant de ce régime⁴⁸⁹.

286. Les principes appliqués à ce concept le sont également dans le secteur portuaire, il s'agit des principes d'égalité, de continuité et de mutabilité. Toutes les conséquences qui en découlent trouvent leur place dans la gestion de la plupart des activités portuaires. Cependant, le régime juridique de l'exercice des activités portuaires subit une mutation importante sous l'influence des éléments économiques et juridiques de droit européen. Dès lors, la question se pose sur les conséquences de cette mutation sur le droit du service public portuaire (**Section 1**).

287. A la suite de la remise en cause de cette notion, une mutation touche certains éléments du secteur portuaire, en révisant le régime de certaines activités par la voie législative. La réforme de 2008 consacre cette refonte en procédant à une clarification du régime d'une activité essentielle dans le port à l'égard de ses exploitants. Cette activité sera légalement transférée aux entreprises privées qui bénéficiaient de la délégation de son exploitation, ce qui a des conséquences pour ces derniers.

288. Cependant, subsiste la question de savoir si le service public serait, concernant des activités industrielles et commerciales, effacé dans le port au profit d'un éventail des principes

⁴⁸⁶ C'est une notion qui se relève « difficile à appréhender et cerner », « confus », « introuvable » ou même « indéfinissable ». V. ESLUGAS-LABATUT Pierre, *Conseil constitutionnel et service public*, Thèse en droit, Toulouse, 1993, p.9.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Le critère tenant à la présence d'un service public constitue toujours, après la définition législative de la compétence, le premier élément pris par le juge pour définir la compétence juridictionnelle.

⁴⁸⁹ Le service public est une forme d'action administrative dans laquelle une personne publique prend en charge, ou délègue, sous son contrôle, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général. V. GUERLET Grégory, *La gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux*, Thèse en droit, Littoral Côte d'Opale, 2013, p. 27.

des marchés, ou si quelques-uns de ses traits sont préservés en étant tantôt confirmés tantôt nuancés (**section 2**).

Section 1. La révision du régime juridique des services portuaires

289. Dans un contexte évolutif des conditions de la production économique dans le monde et de son organisation en Europe (**§1**), l'action administrative dans le secteur économique des ports ne peut être exemptée d'une révision à l'égard de ces nouvelles données. (**§2**).

§1. Un contexte opposé à la conception traditionnelle de certains éléments du service public portuaire

290. Dans le secteur portuaire, le régime du service public couvrait traditionnellement la majorité des activités (**A**), mais une évolution du contexte juridique s'impose pleinement dans la gestion et l'exploitation portuaire (**B**).

A- Le service public portuaire : une conception extensive

291. La définition de ce qui relève du service public portuaire (**SPP**) est une question importante, car le régime juridique qui y est appliqué est conséquent. Il s'agit là d'un « régime propre à tous les services publics français »⁴⁹⁰, et qui a été synthétisé par la doctrine pour concrétiser ce qui a été considéré comme les « principes du service public »⁴⁹¹.

292. Le service public français est une construction jurisprudentielle qui s'est concrétisée au fil du temps et dans des domaines différents. La jurisprudence définit ainsi en grande partie l'existence de ces services, mais aussi le régime qui leur est applicable. Cependant, le législateur peut créer un service public⁴⁹², ou exclure une activité de ce régime⁴⁹³. Les auteurs ont, pour leur part, présenté leurs théories concernant la notion de service public⁴⁹⁴, dès qu'elle a

⁴⁹⁰ ESPLUGAS-LABATUT. P., *Le service public*, Dalloz, *op. cit.*, p 28.

⁴⁹¹ Également appelées « lois du service public », dégagées par la jurisprudence mais systématisées par la doctrine, notamment par le professeur Rolland dans les années 1930. Ce sont des principes généraux appliqués à tous les services publics. Il existe aussi des principes particuliers créés par ces lois, comme la gratuité, mais il semble qu'au sein du fonctionnement des services portuaires ce principe soit inapproprié et remis en cause par des redevances et taxes portuaires.

⁴⁹² CE, 12 octobre 2006 - *M.F.A*, n° 278899.

⁴⁹³ CE, 5 octobre 2007 - *société UGC ciné* - n° 298773 ; CE, sect., 22 février 2007 - *A.P.R.E.I* - n° 264541. (Arrêts cités dans : R. REZENTHEL « L'évolution du régime des services publics portuaires », *DMF*, 2009.)

⁴⁹⁴ V. P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p.1 ; J. CHEVALIER, *Le service public : que sais-je ?*, PUF, 1987.

commencé à constituer un pilier du droit administratif français, liant plusieurs autres notions⁴⁹⁵. Les critères de la qualification en service public ont connu leur propre évolution en droit administratif.

293. Outre l'application ou non des principes du service public, la caractérisation de ce dernier s'avère essentielle afin de définir, en cas de litige, la compétence juridictionnelle⁴⁹⁶. Il est constant que la présence d'un service public est un critère primordial pour la définition du juge compétent en cas de litige⁴⁹⁷. Ce dernier change, d'ailleurs, en fonction du caractère même du service public portuaire⁴⁹⁸. De la sorte, si le régime du service public administratif est dérogatoire au droit commun et relève de la compétence du juge administratif, tel n'est toutefois pas le cas concernant le service public industriel et commercial⁴⁹⁹, qui, quant à lui, relève de la compétence du juge judiciaire⁵⁰⁰. Dès lors, il s'avère essentiel de distinguer deux types de services publics présents dans le port, ceux qui relèvent de *l'essence même de l'Etat*, c'est-à-dire les services publics administratifs, les **SPA**, et ceux qui ne sont pas de cette nature, à savoir les services publics industriels et commerciaux, les **SPIC**, et il convient donc d'en délimiter les critères de définition. Selon J. Rivero, les critères de distinction entre ces deux services « *sont consacrés par trois éléments, dans la nature juridique de la personne en cause, la nature de la prestation et le droit applicable* »⁵⁰¹.

294. Le critère commun à toutes les missions du service public est qu'elles réalisent un intérêt général. Nous pouvons trouver deux éléments déterminants pour la qualification du service public indépendamment de l'évolution survenue ultérieurement : le premier est lié à la réalisation de l'intérêt général relevant d'un pouvoir régalien, c'est-à-dire qu'il est directement en rapport avec l'exercice des prérogatives de la puissance publique ; le second est pour sa part associé à la réalisation de l'intérêt général sur le plan économique. En ce qui concerne le port,

⁴⁹⁵ Elle avait initialement été élaborée pour faire la distinction entre droit public et droit privé.

⁴⁹⁶ CE, sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260., *op. cit.*

⁴⁹⁷ T. Conf, 13 octobre 2014, Sté AXA France IARD/MAIF, n° C3963, Publié au recueil Lebon. Le Tribunal des conflits dans cette espèce a vérifié, afin de définir la compétence juridictionnelle, la présence d'une mission du service public pour apprécier la qualité du contrat conclu entre une commune et une association.

⁴⁹⁸ Ainsi, les contentieux liés à un service public administratif sont de la compétence du juge administratif.

⁴⁹⁹ T. confl., 22 janvier 1921, *bac d'Eloka*, n° 00706. Le Tribunal des conflits, lors de la définition par de la juridiction compétente sur un litige entre une société commerciale et une collectivité publique, a consacré la distinction entre le SPA et SPIC, et considéré par là même que ce dernier relevait de l'ordre judiciaire. Voir aussi : CE, sect., 30 octobre 1964, *Cne d'Ussel*, rec. Lebon p.501.

* Entre une personne de droit public exerçant une activité d'exploitation des bacs et une personne de droit privé ayant un bien endommagé lors du naufrage d'un de ces bacs.

⁵⁰⁰ Ce qui a d'ailleurs été confirmé en 2015, et ce, eu égard à « *des rapports de droit privé qui lient le service public industriel et commercial ...à l'usager* ». T. confl, 12 décembre 2015, *M. et Mme L. c/ Société Véolia Eau agence Centre et Nord Manche* n° 4022, concernant le service de distribution d'eau potable.

⁵⁰¹ RIVERO J. et WALIN J., *Droit administratif*, Dalloz., 1998, p. 429.

il s'agit de l'exploitation des activités portuaires qui constitue un facteur important pour l'économie nationale, dans le cas des ports autonomes, ou pour l'économie locale, dans celui des ports transférés aux collectivités territoriales. Concrètement, le premier élément de l'intérêt général réside dans les missions de service public qui relèvent du caractère administratif, alors que le second consiste dans les missions industrielles et commerciales. Ce couplage, tient notamment à une dualité du régime juridique au sein de l'organisation des missions d'une seule autorité publique. Ainsi, l'autorité publique portuaire, avant la réforme de 2008, procédait directement à la réalisation de ces services, ou les déléguait, dès lors que leur régime le permettait. Cette existence importante de l'intérêt général dans l'aspect économique en plus des missions de police et de sécurité a généré une interprétation extensive de la conception française de SPP. C'est la jurisprudence qui a consacré cette conception, notamment à l'égard des circonstances contextuelles. Ainsi, en 1944, en raison des bouleversements économiques engendrés par la Seconde Guerre mondiale, la jurisprudence a opté pour la protection des activités de nature économique par le régime du service public, en imposant des obligations tenant à ce régime⁵⁰².

295. En plus de cette prise en compte jurisprudentielle des circonstances, l'on peut souligner un autre élément qui élargit le périmètre traditionnel de ce qui est du SPP, il s'agit là de la variété des objets des **SPP**. L'objet de ces services varie, il ne concerne pas un seul aspect, ni un seul élément. Ainsi, celui-ci peut porter sur la gestion ou l'exploitation d'un service, la gestion ou/et l'exploitation d'une infrastructure, notamment les outillages publics, et de ce dernier principe découle la possibilité de considérer que l'exploitation même d'un port constitue un service public soit administratif, soit industriel et commercial. L'objet de ces services comprend plusieurs aspects, il peut s'agir de la gestion, de l'exploitation, du contrôle ; il peut concerner un seul composant du port, comme les infrastructures ou des activités portuaires, ou le port dans son ensemble, comme dans le cas des ports de plaisance⁵⁰³. La répartition des postes d'amarrage dans les ports de plaisance est considérée comme une mission de service public à caractère industriel et commercial⁵⁰⁴. Les pontons d'amarrage sont assimilés à des outillages publics, et leur exploitation relève d'une mission de **SPIC**⁵⁰⁵.

⁵⁰² Cette politique sera concrétisée par la création des ports autonomes dans le cadre de la loi 65-491 du 5 juin 1965, en tant qu'établissements publics à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils exercent tout à la fois des missions régaliennes et d'autres relevant d'une activité industrielle et commerciale.

⁵⁰³ CE, 13 décembre 2002 - *société internationale sporting yachting club de la mer (ISYCM)* - n° 248591.

⁵⁰⁴ T. Confl. 22 juin 1998, *M. Corbusie*, n° 03102 DMF 1998 p. 1098 note R. Rézenthel.

⁵⁰⁵ CE, 24 juillet 1987, *société Carfos*, n° 69566 et 68577.

296. Cette interprétation extensive a reflété un enjeu important dans la définition de la nature des **SPP**, lorsqu'elle a engendré une imprécision dans la consistance des **SPP**. En ce sens, R. Rézenthel confirme d'ailleurs cette difficulté de distinguer les **SPA** des **SPIC** dans le secteur portuaire, en précisant que la ligne de partage entre ces deux services est « *parfois surprenante pour le non spécialiste* »⁵⁰⁶. Ce point a été repris par L. Bordereaux, qui constate lui aussi cette difficulté de distinguer les missions de service public qui incombent à l'autorité portuaire, des activités purement commerciales exercées par les entreprises portuaires, et affirme donc que « *toutes les activités portuaires ne sont pas des activités de service public !* »⁵⁰⁷. Le lien étroit entre une activité exercée par une entreprise et une autre administrative est illustré, par exemple, par l'activité d'amarrage des navires. Dans les ports de commerce, le Tribunal des conflits⁵⁰⁸ a jugé qu'il s'agissait d'une mission de service public à caractère administratif. Cette jurisprudence s'explique par « *la nature des mesures imposées par l'autorité chargée de la police portuaire. Elle ordonne et contrôle la mise à quai du navire, elle vérifie son amarrage.* »⁵⁰⁹.

297. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur une définition de ce qui est du **SPP**, notamment dans sa conception extensive antérieure à la réforme de 2008. Aucune définition n'a été donnée par le législateur⁵¹⁰ de la notion de service public portuaire, même quand il s'y réfère dans des dispositions relevant de sa compétence⁵¹¹. Comme il a été mentionné précédemment, il s'agit là d'une construction jurisprudentielle, néanmoins, le juge n'a pas établi de « critères des services publics portuaires »⁵¹², mais les a définis selon les cas⁵¹³. Il s'agit donc d'une construction *au cas par cas*. Si on se réfère aux définitions et régimes attribués par le législateur aux autres services publics, l'on peut en déduire qu'il s'agit souvent d'une

⁵⁰⁶ REZENTHEL Robert, « Le service public portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

⁵⁰⁷ BORDEREAUX Laurent, « Le service public portuaire français », contribution à la Colloque à la Rochelle, 8 novembre 2004., sur : Estudiovillano, archives, p. 5.

⁵⁰⁸ T. Confl. 11 décembre 1972, *Spathis c/ Port autonome de Bordeaux*, JCP 1974, II, G., 17669, note F. Moderne, *DMF* 1973 p. 269 note J-M. AUBY.

⁵⁰⁹ REZENTHEL Robert, « Le service public portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

⁵¹⁰ Cependant, le législateur peut créer un service public. V. CE, 12 octobre 2006 - *M.F.A* - req. n° 278899, ou exclure une activité de ce régime CE, 5 octobre 2007 - *société UGC ciné* - req. n° 298773 ; CE, sect., 22 février 2007 - *A.P.R.E.I* - req. n° 264541. V. R. REZENTHEL, « L'évolution du régime des services publics portuaires », *DMF*, 2009.

⁵¹¹ « *Le service public portuaire auquel font référence les articles L 121-4 du code de l'urbanisme et L 2124-30 du code général de la propriété des personnes publiques ne connaît aucune définition légale* » REZENTHEL Robert, « Le droit portuaire : la lettre et l'esprit des textes », *DMF*, n° 813, 1er mai 2019, p. 4.

⁵¹² REZENTHEL Robert, « Fasc. 1194- Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *op. cit.*, p. 36.

⁵¹³ L'occupation du domaine public et l'assujettissement à des obligations de service public ont conduit le juge administratif à qualifier la manutention et le remorquage d'éléments de service public : CE, sect, 5 mai 1944, *Cie maritime Afrique Orientale*, n° 66679, publié dans le recueil Lebon.

identification des missions et des objectifs qui caractérisent la qualification d'un service public législatif. Tel est le cas par exemple concernant le service public d'enseignement⁵¹⁴, et celui hospitalier⁵¹⁵. En ce qui concerne les ports autonomes, la présence d'un service public pouvait être déduite de deux éléments : l'attribution de leur gestion à un établissement public⁵¹⁶ d'un côté, et l'attribution législative à ce dernier de missions précises⁵¹⁷, de l'autre. Ces missions incluent des « *travaux d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police* », et de « *de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté* ». Nous pouvons donc constater que cette définition des missions, en intégrant la notion d'exploitation à connotation économique, reflétait la conception jurisprudentielle extensive du **SPP**. Cependant, en 2004, le Conseil d'État a procédé à nouveau à une définition des composantes du service public portuaire. Il a précisé que celui-ci inclut tout à la fois la sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port⁵¹⁸. Aucun objectif de nature économique n'a donc été mentionné dans cette précision des composants et l'on peut en conclure que le « bon emploi » inclut cette finalité mais en reflétant toutefois un aspect administratif plutôt qu'économique. La réflexion sur ce qui peut relever des missions des ports maritimes a ainsi subi une mutation profonde, et introduit par là même la nécessité d'une modification du régime juridique. Cette nouvelle conception a entraîné la mise en œuvre de la réforme portuaire de 2008, et la création de nouveaux organismes portuaires (grands ports maritimes **GPM**).

298.Ce resserrement des missions des ports autonomes est aussi engendré par le l'évolution des contexte juridique et économique de l'exercice des activités portuaires.

⁵¹⁴ Code de l'éducation, « Titre II : Objectifs et missions du service public de l'enseignement ».

⁵¹⁵ « *Le service public hospitalier exerce l'ensemble des missions dévolues aux établissements de santé par le chapitre Ier du présent titre ainsi que l'aide médicale urgente, dans le respect des principes d'égalité d'accès et de prise en charge, de continuité, d'adaptation et de neutralité et conformément aux obligations définies à l'article L. 6112-2.* » : Article L 6112-1 du code de la santé publique. Chapitre II service public hospitalier.

⁵¹⁶ Article L 5313-1 du code des transports qui prévoit cette attribution et remplace l'article abrogé (L 111-1 du code des ports maritimes) en vertu de l'Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports.

⁵¹⁷ Article L111-2 (Abr) du code des ports maritimes.

⁵¹⁸ CE, 4 oct. 2004, *SARL CHT*, n° 259525 : *DMF* 2005, p. 278, note R. REZENTHEL et G. REBUFAT.

B- Le nouveau contexte juridique et économique dans l'exploitation des services portuaires

299. Le service public portuaire se caractérise par un certain détachement vis-à-vis de différentes notions de droit administratif (1), ce qui a engendré une modification dans la conception juridique de cette notion dans les ports (2).

1) L'émergence d'un détachement du service public d'autres notions

300. Ce nouveau cadre juridique émane principalement des évolutions propres au service public et des critères de sa définition. Que l'on examine le secteur portuaire, ou le contexte de l'exercice des activités pouvant être qualifiées en service public, l'on constate une déconnexion entre plusieurs notions juridiques concrétisant les critères du service public. Cette distinction est relevée tantôt *de jure*, tantôt *de facto*, en fonction de l'adoption des choix pratiques par les acteurs concernés.

301. Nous pouvons souligner que l'une des caractéristiques propres au **SPP** est son lien étroit avec le domaine public portuaire qui est destiné à son exécution⁵¹⁹. Ainsi, les dépendances du domaine portuaires sont, en effet, qualifiées dans la plupart des cas, comme appartenant au domaine public maritime artificiel, en raison d'une affectation et d'un aménagement « spécial » du service public. Cependant, nous pouvons constater une déconnexion progressive entre le service public et le domaine public, distinction que la jurisprudence a consacrée. Ainsi, dans une décision importante du conseil constitutionnel de 2005, celui-ci a pour la première fois introduit cette déconnexion dans l'exploitation du domaine aéroportuaire. Il a considéré que des services publics peuvent être exploités, et des obligations de service public (**OSP**) imposées, sans que les immeubles concernés par cet exercice fassent pour autant partie du domaine public⁵²⁰. En cette espèce, le Conseil d'Etat considère que certaines activités aéroportuaires relèvent du service public bien que la propriété de l'aéroport de Paris ait été transférée au secteur privé. Ultérieurement, le Conseil d'Etat a appliqué cette jurisprudence constitutionnelle en affirmant cette déconnexion, ce qui a tout du moins introduit des nuances concernant le lien

⁵¹⁹ CE, sect., 5 mai 1944 - *compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *op. cit.*

⁵²⁰ Cons. Const. Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 – JO 21 avril 2005 p. 6974 concernant la loi relative aux aéroports (Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, JORF n°93 du 21 avril 2005).

fort entre domaine public et service public ⁵²¹. Dans le secteur portuaire le domaine public constitue le support et le moyen du **SPP**.

302.Cette distinction peut être également relevée, en pratique, entre le service public et les moyens traditionnels de financement, s'agissant du public, lorsqu'un désengagement public se manifeste à l'égard de ces services, notamment dans les ports, les concessions apparaissent comme le principe, alors que l'exploitation directe fait exception. Une autre déconnexion juridique peut caractériser une confirmation qui serait en lien avec la dissociation précédente, il s'agit de distinguer le service public en tant que mission de la personne chargée de son exercice. Cette dissociation a été caractérisée, pour la première fois en 1935⁵²², lorsque le Conseil d'Etat a posé les prémisses de l'existence d'un intérêt public dans l'activité exercée par une personne privée⁵²³ et depuis, la présence de personnes privées pour la gestion des services publics est un élément incontournable en droit administratif français.

303.Une autre question relevant d'une dissociation dans le régime du **SP** concerne la détermination du service public industriel et commercial à l'égard de l'existence ou non de prérogatives de la puissance publique. Nous notons que la réponse s'inscrit dans l'évolution du régime juridique du SP qui penche, ou revient⁵²⁴, de plus en plus, vers la prise en compte d'un critère matériel⁵²⁵. En 1938, le critère de l'exercice des prérogatives de la puissance publique a été consacré pour identifier une personne publique chargée de missions de service public⁵²⁶. Cependant, l'identification jurisprudentielle de **SP** a suivi, depuis les années 90, une évolution qui dépend notamment de la volonté de la personne publique, ou de l'exercice de contrôle par celle-ci⁵²⁷. La jurisprudence administrative a concrétisé cette doctrine, lorsque, en 2007, le

⁵²¹ Concernant une boutique dans la galerie marchande d'un aéroport, CE 19 janvier 2011, *C.C.I de Pointe-à-Pitre*, req n° 341669.

⁵²² CE, 20 décembre 1935, *Etablissement Vezia*, n°39234.

⁵²³ Mais, en 1938, la dissociation entre ces deux notions était claire, puisque l'on considérait que le service des assurances sociales constituait « un service public bien que la gestion en soit confiée notamment à des caisses primaires, qui constituent des organismes privés. CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, n° 57302.

⁵²⁴ FRANCOU Jean-Paul, « Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen », *Revue administrative*, n° 300, 1 novembre 1997, p. 688-696.

⁵²⁵ Cette inclinaison vers le critère matériel n'est pas confirmée à l'égard de tous les services publics industriels et commerciaux, ainsi, par exemple, le service de la diffusion audiovisuelle n'est pas concerné. CHEROT Jean-Yves, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *op. cit.*

⁵²⁶ CE, 28 juin 1938, *Arrêt Nancy*, Rec, p.401. Dans cette décision, le Conseil d'Etat consacre trois critères pour l'identification d'une personne privée chargée de l'exercice d'une mission de service public: les prérogatives de la puissance publique (monopole), le contrôle exercé par une personne publique, enfin (et surtout) l'existence d'un intérêt général.

⁵²⁷ CE, 10 juin 1994, n° 138241 et n° 140175, *Ph. Lacan* : JurisData n° 1994-044347. - CE, 26 févr. 2003, n° 212943, *Sté protectrice des animaux* : JurisData n° 2003-065062.

Conseil d'Etat a accepté la possibilité de création d'un service public par une autorité administrative⁵²⁸. Néanmoins, cette qualification de la nature de la mission de service public a évolué, elle s'attache désormais de plus en plus à un critère fonctionnel tiré de la finalité de sa mission, ce que souligne d'ailleurs J.-P. Valette dans son manuel de 2020 sur le droit des services publics. En ce sens, il précise que l'appréhension du service public par le critère organique ne s'avère plus possible, non plus, par le critère matériel lorsque ce critère est « *tiré de l'application d'un régime juridique spécial qui est désormais contraire à l'évolution législative et jurisprudentielle* »⁵²⁹, et qu'il faut définir le service public à partir du critère fonctionnel qui accorde la primauté à *l'intérêt général*, ce dernier semblant constituer le seul moyen d'établir la convergence entre les auteurs dans la recherche d'une définition du service public⁵³⁰.

304. Dans le secteur portuaire, comme le précise A.-C. Naudin, ce détachement entre l'existence de prérogatives de la puissance publique et la qualification d'un service en public « *rend à l'exercice des prérogatives de la puissance publique sa légitimité lorsque ces dernières seront mises en œuvre pour la réalisation d'un intérêt général* ». Elle ajoute que « *c'est bien l'exercice d'une mission de service public dans un but d'intérêt général qui rend légitime et nécessaire l'emploi de ces prérogatives que l'on peut qualifier pour le moins d'exorbitantes* »⁵³¹. En présence d'une personne privée pour l'exploitation des services portuaires et à la suite de la dissociation consécutive à l'exercice des prérogatives de la puissance publique, il faut rechercher si les services portuaires satisfont ou non un intérêt général, puis mesurer ensuite cet intérêt à l'égard des objectifs et circonstances dans le secteur. La déduction de l'intérêt général requiert, dans le cas d'une gestion déléguée au privé une « *enquête plus approfondie* » de la part du juge pour apprécier l'existence de l'intérêt général.

305. L'identification des outillages publics portuaires, en tant que moyen de l'exercice des services industriels et commerciaux dans le port, s'est vue elle aussi développée. Ainsi, ce principe a consisté en une restriction de cette notion en présence d'un caractère mobilier⁵³², même si le hangar a été considéré comme un outillage public⁵³³. Mais, ensuite, le Conseil d'Etat

⁵²⁸ CE, sect 6 avril 2007, *commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736.

⁵²⁹ VALETTE Jean-Paul, *Droit des services publics*, op. cit., p. 63 et s.

⁵³⁰ LOMBARD Martine, « Mots et valeurs du service public », *AJDA*, n°23, 30 juin 2008, p. 1225.

⁵³¹ Naudin A.-C., *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, op. cit, p.53.

⁵³² Concernant un appontement pétrolier dont la non-qualification en outillage public rend impossible la réception de la part, en l'espèce du port autonome de Bordeaux, des redevances d'usage d'un outillage public, CE, 4 déc. 1985, *Sté Elf France*, n°50583.

⁵³³ CE, 5 juillet 1972, *SA de transit et de consignation*, req. n° 80671, Rec. 519.

a donné de nouveau une interprétation extensive de la notion d'outillage public, lorsqu'il y a inclus une fosse aménagée dans un port de plaisance pour la réparation et l'entretien des navires⁵³⁴.

306. Le droit européen a contribué à apporter une certaine modernisation aux « valeurs »⁵³⁵ et principes du service public. M. Lombard précise⁵³⁶ qu'au « sein des « valeurs professionnelles »... se retrouvent la continuité et l'adaptabilité ainsi que la légalité et la probité, qui sont susceptibles d'être juridiquement sanctionnées. Y sont présentes aussi des valeurs nouvelles telles que l'efficacité, l'anticipation ou encore l'exemplarité qui sont a priori a-juridiques ». La qualité est également posée comme un grand principe juridique du service public⁵³⁷.

307. En plus de cette évolution propre au service public, les services portuaires, plus précisément, les services industriels et commerciaux en général, dépendent d'un contexte qui va influencer leur régime juridique.

2) La rénovation des missions de l'administration publique

308. Depuis la fin des années 90, une évolution est survenue concernant la forme de l'exploitation des **SPIC**. Dans le cadre du Traité de Maastricht⁵³⁸, il est prévu que l'Europe doit mener une politique économique « conduite conformément au respect du principe d'une

⁵³⁴ CE, 20 déc. 2000, n° 217639 : JurisData n° 2000-061689. V, REZENTHEL. R, « Fasc. 1194- Ports maritimes. _ Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *op.cit.*, p 57.

⁵³⁵ LOMBARD Martine, « Mots et valeurs du service public », *op. cit.*

⁵³⁶ Concernant le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique (*Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, par le rapporteur général de la conférence nationale : SILICANI Jean-Ludovic, remis le 17/04/2008). LOMBARD Martine indique l'absence de référence, dans ce rapport, à la trilogie des « Lois de Rolland », c'est-à-dire : égalité, continuité et mutabilité.

⁵³⁷ CLUZEL-METAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse, Paris 2, 2004. Cette autrice indique « l'émergence d'une conception spécifique de la qualité, propre aux services publics et ayant des répercussions juridiques inattendues. ».

⁵³⁸ Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 JO C 191, 29.7.1992. Son objectif dépasse l'objectif économique initial de la Communauté européenne consistant dans la réalisation d'un marché commun, alors que le traité de 1992 lui donne une vocation politique. V. <https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/le-traite-de-maastricht-1992/>.

économie de marché ouverte où la concurrence est libre ». La libéralisation⁵³⁹ au sein de l'Union européenne représente l'exemple le plus poussé de la libéralisation des services entre Etats⁵⁴⁰. Dès les années 1980, la Commission européenne s'est progressivement intéressée aux services publics pour leur imposer l'ouverture à la concurrence afin de les libéraliser⁵⁴¹. Le cadre juridique français a commencé à se mettre en conformité avec ce courant libérateur des secteurs économiques et l'instauration des libertés économiques européennes et ce depuis les années 1980 par le biais de législations qui suppriment des restrictions de la concurrence⁵⁴². En plus de ce cadre général d'adaptation de la politique économique européenne, en transposant le droit européen, le droit interne adopte des politiques économiques à des niveaux différents afin d'adapter l'organisation des services visés à la mise en place de cette politique européenne. Ces services ont alors fait l'objet de directives et règlements divers afin d'orienter cette libéralisation⁵⁴³. Cette adaptation concernant le fonctionnement et l'organisation des **SPIC** en France relevait, en premier lieu, d'un caractère général dont l'objectif était de consacrer la **séparation des comptes** entre **SPA** et **SPIC** et **d'améliorer la transparence** concernant des activités relevant de **SPIC** et exercées sous monopole⁵⁴⁴. Ensuite, une modification du régime par secteur a été mise en place, plusieurs entreprises publiques ont ainsi été transformées en sociétés de droit privé, alors que ces entreprises géraient des activités incluant un intérêt général, mais ces dernières relevant d'une activité qualifiée d'économique par le droit de l'Union européenne⁵⁴⁵. Tel est le cas de la réforme du secteur de l'énergie et des entreprises nationales

⁵³⁹ Le cadre juridique de la libération intracommunautaire des services trouve son fondement dans l'article 56 (ex-article 49 TCE) : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. ».

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de l'Union.

⁵⁴⁰ DEMARET Paul, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité de Maastricht », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, n° 2, 2002, p. 1.

⁵⁴¹ Acte unique européen, 1986 qui relance le projet de marché intérieur. V. DELAUNAY Benoît, « Synthèse - Services publics », *JurisClasseur Administratif*, 2017, p. 6.

⁵⁴² Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

⁵⁴³ Directive du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaires (91/440/CEE) ; Règlement CEE n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime), JOCE n° L 364 du 12 décembre 1992 p. 7 à 10 ; Règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers.

⁵⁴⁴ En 2004, l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JORF n°0133 du 10 juin 2004).

⁵⁴⁵ Ce qui implique une soumission des conditions de leur organisation et exploitation aux règles du droit européen de la concurrence.

EDF et **GDF**⁵⁴⁶, ainsi que de la réforme ferroviaire de 1997 avec tous ses « rebondissements »⁵⁴⁷ ultérieurs. Cette réforme a été, à l'époque, à l'origine d'une scission entre les activités d'infrastructures et celles liées au transport. En outre, cela consacre la nouvelle orientation dans la distinction entre les fonctions d'organisation du service public et la fonction de l'État actionnaire⁵⁴⁸. Cette évolution a été également officialisée par la réforme de leur gouvernance⁵⁴⁹, tout en entraînant des transformations institutionnelles dans les mécanismes de contrôle. Parallèlement, la tutelle de l'Etat sur ses entreprises publiques s'affaiblit, en tandem avec le renforcement des nouvelles institutions chargées de superviser la gestion⁵⁵⁰, ainsi que l'exercice du contrôle par les juridictions financières indépendantes⁵⁵¹.

309.L'opportunité de la transformation des établissements publics portuaires en sociétés fut envisagée lors de la réforme effectuée en 2008. Mais en dépit du constat de leur inévitable adaptation, le choix du maintien du statut de **EP** exigeait alors une réforme de son régime juridique sans laquelle la conservation du statut de **EPP** ne pourrait pas continuer à être justifiée devant les exigences européennes⁵⁵². Une « *nécessité de s'adapter aux réalités des affaires* »⁵⁵³ était évidente dans ce secteur. Certes, cette adaptation créerait une hybridité des régimes qui n'est pas surprenante dans les ports⁵⁵⁴, mais qui serait susceptible de s'inscrire dans une perspective de clarification des missions par la distinction des régimes qui s'y appliquent.

310.Confrontée à cette transformation dans le périmètre des activités économiques pour ce qui est de leur exploitation par l'autorité portuaire, cette dernière s'est retrouvée confrontée à de nouvelles exigences résultant des nouvelles dispositions dans des aspects étroitement liés à l'espace et au service portuaire. Tout d'abord, la protection de l'environnement constitue une responsabilité importante à la charge des gestionnaires dans des secteurs différents, dont le port

⁵⁴⁶ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'énergie et aux entreprises nationales EDF et GDF, transformant leur statut d'EPIC en celui de société anonyme dont le capital est transféré à l'Etat (JORF n°185 du 11 août 2004).

⁵⁴⁷ V. PASSALACQUA Arnaud, « La réforme ferroviaire française de 1997 : une histoire à rebondissements pour un scénario original », *Revue d'histoire des chemins de fer*, n° 45, 2 avril 2014, p. 83-103.

⁵⁴⁸ CHEROT Jean-Yves, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *op. cit.*, p. 1.

⁵⁴⁹ Notamment par la création de L'APE (Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004) en tant qu'entité indépendante et extérieure pour exercer le contrôle de cette séparation entre les fonctions différentes, et au niveau interne, dans le même objectif, les entreprises publiques ont mis en œuvre des comités d'audit et des comités de nomination.

⁵⁵⁰ V. POYET Michaël, *Le contrôle de l'entreprise publique : Essai sur le cas français*, Thèse, Saint-Etienne, 2001. Il s'agit des autorités administratives indépendantes.

⁵⁵¹ La Cour des Comptes, les Chambres régionales des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière.

⁵⁵² V. *supra*, 1^{ère} titre, 1^{ère} chapitre.

⁵⁵³ NICINSKI Sophie, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁵⁴ REZENTHEL Robert, « La nature hybride du droit portuaire et les principes et droits fondamentaux », *op. cit.*

constitue le principal. Le cadre juridique français et européen de la protection de l'environnement a été organisé dans un aspect général⁵⁵⁵, pour revêtir la forme de dispositions thématiques ou spécifiques⁵⁵⁶, mais à ces textes européens et nationaux s'ajoutent les conventions internationales en matière d'environnement⁵⁵⁷. En 2004, un texte reprend un certain nombre de droits ou de principes consistant dans le « *droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » et introduisant trois principes : le principe de prévention, le principe de précaution⁵⁵⁸, et le principe pollueur-payeur. Ce texte relève d'une valeur constitutionnelle⁵⁵⁹. En tout cas, ce sujet⁵⁶⁰ évoque une « inflation » remarquable des textes⁵⁶¹.

311.D'un autre côté, la responsabilité de l'autorité portuaire de la sûreté et la sécurité portuaires relève d'un enjeu important et affirmé. La sécurité apparaît comme naturellement essentielle en tant que mission revêtant un caractère d'intérêt général assumée par l'autorité chargée de la gestion du port⁵⁶², ce en raison de la nature des opérations portuaires. En ce qui concerne la sûreté⁵⁶³, elle commence quant à elle à revêtir, depuis les attentats du 11 septembre

⁵⁵⁵ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, ainsi que les articles 2 CE, 6 CE et 174 CE du traité de Rome relatif à l'Union européenne.

⁵⁵⁶ Comme par exemple : la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (LOTI), la loi n° 92-2 du 3 janvier 1992 sur l'eau, la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages, la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

⁵⁵⁷ Par exemple, la convention internationale du travail de Genève du 20 juin 1977 concernant la protection des travailleurs contre les risques professionnels dus à la pollution de l'air, au bruit et aux vibrations sur les lieux de travail. C148 - Convention (n° 148) sur le milieu de travail (pollution de l'air, bruit et vibrations), 1977.

⁵⁵⁸ V. NAIM-GESBERT Éric, « De la précaution comme vrai principe environnemental », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, 2019, n°3, p. 453-456.

⁵⁵⁹ Le Conseil d'Etat a, dans un arrêt de l'assemblée, en date du 3 octobre 2008, reconnu la valeur constitutionnelle de toutes les dispositions du Préambule de la Constitution, qui fait référence à la Charte de l'environnement. Quelques mois auparavant, le Conseil Constitutionnel DC n° 2008-564 du 19 janvier 2008 (9) sur la Loi relative aux organismes génétiquement modifiés a confirmé cette valeur. V. CE, Asse, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, Publié au recueil Lebon.

⁵⁶⁰ V. *infra*, 2^{ème} titre, 2^{ème} chapitre.

⁵⁶¹ REZENTHEL Robert, « Les ports et le régime des installations classées pour la protection de l'environnement », *DMF*, n° 606, 1er juillet 2000, p. 680-688.

⁵⁶² « La sécurité consiste dans la prescription de mesures et la mise en œuvre de moyens pour éviter un danger ayant normalement une origine accidentelle », REZENTHEL Robert, « La sûreté dans les ports maritimes », *Navigation, ports et intermodalité*, mai 2003, p. 287.

⁵⁶³ A la différence de la sécurité, la sûreté est, en vertu du règlement (CE) n° 725/2004 modifié du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 Art 2.5 « *la combinaison des mesures préventives visant à protéger le transport maritime et les installations portuaires contre les menaces d'actions illicites intentionnelles* » et la protection de la sûreté portuaire, en vertu de l'article 7 de l'arrêté du premier ministre du 14 mai 1999, est destinée à « *prévenir ou répondre aux atteintes ou aux menaces à l'ordre public et à la sécurité publique* ».

2001⁵⁶⁴, une dimension plus importante⁵⁶⁵, en termes d'exigences et de réglementation internationales, car ces attentats ont montré la vulnérabilité des Etats, y compris des plus puissants d'entre eux. De surcroît, l'enjeu de la sûreté est devenu important au niveau international. Des mesures de prévention devraient ainsi être mises en place, afin d'assurer un niveau de surveillance suffisant à l'égard des dispositions légales et recommandations adoptées au niveau international⁵⁶⁶, notamment dans le domaine des transports en tant que possibilité de communication entre plusieurs territoires⁵⁶⁷. Le droit de l'Union européenne prévoit, pour sa part, certaines dispositions concernant la sûreté dans les pays membres⁵⁶⁸.

312.L'on peut en déduire que l'intérêt général, qui est le critère fonctionnel pour qualifier un service en public, a donc évolué. Le **SPP** se mesure désormais aux circonstances économiques et juridiques. Il convient d'analyser deux aspects : l'intervention de l'autorité portuaire dans le domaine économique devrait être réalisée dans un cadre *d'égale concurrence entre opérateurs publics et privés*⁵⁶⁹, d'un côté, et la responsabilité de celle-ci dans la mise en œuvre de ses missions régaliennes de police devrait être parfaitement assurée, de l'autre. Ainsi, dans le domaine portuaire, il semble que le critère de l'intérêt général soit le plus adapté pour réviser le régime du **SPP**, il constitue un point de conciliation entre les finalités de police administrative et la nécessaire adaptation des modalités d'intervention économique du gestionnaire public. La nature évolutive de ce critère correspond d'ailleurs aux évolutions dans ce secteur.

313.Ce nouveau cadre juridique des services portuaires à l'égard de l'intérêt général portuaire a introduit une révision des conditions de leur exercice. La gestion publique de

⁵⁶⁴ COOSEMANS Thierry, « Les dispositifs de sécurité avant et après le 11 septembre 2001 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1762-1763, n° 17, 2002, p. 5-86.

⁵⁶⁵ Avant cette date, les ports maritimes ne faisaient pas l'objet d'une surveillance particulière, hormis les contrôles douaniers et de police aux frontières. En France, de nombreuses zones portuaires n'étaient pas encloses, car, d'une part, il n'existait pas de réels risques d'atteinte à l'ordre public, et d'autre part, il s'agissait d'éviter les contraintes techniques pour l'exploitation des ouvrages. REZENTHEL Robert, « Fasc. 408-60 : Ports maritimes. – Police et responsabilité. », *JurisClasseur Administratif*, Lexis 360, 2014, p. 20.

⁵⁶⁶ La conférence diplomatique de l'Organisation maritime internationale (OMI) a adopté*, le 12 décembre 2002, des amendements à la convention internationale de 1974 relative à la sauvegarde de la vie en mer (convention SOLAS), ainsi qu'un code international relatif à la sûreté des navires et des installations portuaires (ISPS). Ce code reflète deux types de forces juridiques différents, l'un sous la forme d'obligations, l'autre sous celle de recommandations.

*Conférence diplomatique de l'OMI, Londres, 2-13 décembre 2002.

⁵⁶⁷ Ainsi, la surveillance et le contrôle en vertu du (Code ISPS) visent à renforcer la sûreté aussi bien à bord des navires que dans les zones portuaires.

⁵⁶⁸ Le règlement (CE) n° 725/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires rend obligatoires à l'intérieur du territoire de l'Union européenne certaines recommandations de la partie « B » du Code ISPS.

⁵⁶⁹ Esplugas-Labatut. P., *Le service public*, op. cit., p. 54.

certaines d'entre elles a ainsi été remise en cause, notamment par des éléments juridiques de droit européen, mais aussi, par d'autres économiques liés à l'exploitation des activités portuaires et maritimes.

§2. La remise en cause de la conception française du service public portuaire

314.L'exercice des activités portuaires économiques par des personnes publiques présente deux critiques essentielles. Le premier est évalué par rapport à la conformité au droit européen **(A)**, alors que le second peut être apprécié en mesurant l'opportunité de ce régime par rapport aux nouvelles conditions entourant l'économie portuaire **(B)**.

A- La remise en cause juridique du régime de service public portuaire

315.Pendant plusieurs décennies, en France, l'exercice des missions du service public a été protégée des règles applicables aux services du droit privé, notamment de celles relevant de la concurrence. L'arrêt selon lequel cette activité constituait un élément du service public portuaire⁵⁷⁰ pouvait trouver sa justification à l'époque, mais « *désormais la situation a changé depuis l'application du droit de l'Union européenne*⁵⁷¹ » à toute activité économique.

316.Il fallait analyser le caractère économique des activités portuaires à l'égard du droit de l'Union européenne, mais également la présence d'un intérêt général. Si la définition de l'activité économique relève des particularités purement liées à la philosophie de la construction européenne⁵⁷², celle de l'intérêt général coïncide quant à elle avec la définition de la notion de service public, à la française, mais surtout elle a suivi une évolution distincte.

317.La notion de service public selon sa conception en France, n'est pas mentionnée dans le droit européen primaire⁵⁷³. Les communications de la commission européenne

⁵⁷⁰ CE, Sect, 5 mai 1944, *Cie maritime Afrique Orientale*, n° 66679, publié dans le recueil Lebon, p. 129.

⁵⁷¹ VAN CAUWENBERGHE Patrick et REZENTHEL Robert, « Le transport maritime et les activités portuaires dans le contexte du droit souple », *DMF*, n° 791, 1 mai 2017, p. 6.

⁵⁷² Sur le caractère finaliste de la notion d'activité économique. BERNARD Elsa, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIII, 3, n° 3, 10 septembre 2009, p. 353-385.

⁵⁷³ Le cas des aides aux transports constitue une exception, selon les articles 73 jusqu'à 80 TUE (93 jusqu'à 100 TFUE).

procèdent cependant à l'établissement de la conception de service d'intérêt général en Europe⁵⁷⁴. Si ce droit présente une certaine différence concernant les principes régnant dans les **SPA**⁵⁷⁵, cependant, ces derniers n'entrent pas dans son champ d'application, ni précisément en ce qui concerne le droit européen de la concurrence, dès lors qu'ils ne constituent pas des activités économiques. Cependant, l'influence importante du droit de l'Union européenne est établie à l'égard des missions de service des **SPIC** et ce, lorsqu'au sein de ce droit est créée une notion proche et dont le régime coïncide avec ces missions et s'y impose lorsqu'il existe des contradictions. Celles-ci consistent principalement dans les conditions d'exploitation de ces services qui résultent a priori d'une appréciation différente de ce qui relève d'un intérêt économique général entre la France et la vision juridique européenne⁵⁷⁶.

318. L'exercice des **SPIC** (dont une grande majorité des services portuaires) en France a été confié à des entreprises publiques, qui étaient, à leur tour, organisées autour de ce service, mais en association historique avec deux autres composantes, le monopole d'une part⁵⁷⁷ et le statut de droit public d'autre part. Or, l'influence du droit européen de la concurrence à son domaine va engendrer un découpage dans ce *triptyque*.

319. Ce système monopolistique était considéré avec méfiance par rapport aux principes fondamentaux du droit de l'Union européenne. L'organisation devait faire preuve d'une grande transparence entre les missions d'intérêt général et celles relevant d'une nature purement économique. Le rapport sur la modernisation des ports maritimes a démontré le manquement de la part de l'administration des ports à cette obligation, à la transparence dans les comptes des services, tout en laissant place à la consécration d'un phénomène de *subventions croisées*, qui, en plus de son effet néfaste sur l'appréciation de l'efficacité économique de la gestion

⁵⁷⁴ « Les services d'intérêt général en Europe » - document n° 96/C 281/03 - J.O.C.E. n° C 281 du 26 septembre 1996 p. 3 ; Avis du Comité économique et social sur « Les services d'intérêt général » - document n° 1999/C 368/17 - J.O.C.E. n° C 368 du 20 décembre 1999 p. 51.

⁵⁷⁵ Il s'agit d'une conception différente du principe d'égalité devant le service public en ce qui concerne la tarification. Pour les services publics locaux, la jurisprudence administrative admet, en effet, des modulations tarifaires fondées sur un critère de résidence dans la commune. Selon la Cour de justice, il s'agit d'une discrimination en raison de la nationalité, quand bien même la très grande majorité des ressortissants nationaux seraient traités de la même manière que les ressortissants communautaires. DUBOS Olivier, « Fasc. 24 : Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur Administratif*, 2006, p. 26.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ Un monopole signifie une « situation où une personne est seule à offrir sur le marché un bien ou un service », pouvant résulter d'une situation économique ou d'un droit exclusif conféré par la personne publique. ROUQUETTE REMI, *Dictionnaire du droit administratif: terminologie, expressions, noms propres*, Paris, Moniteur, 2002, p. 515.

portuaire, pouvait constituer une aide d'Etat interdite au sein du droit de l'Union européenne en fonction de l'article 107 **TFUE**⁵⁷⁸.

320. Si le droit de l'Union européenne institue le cadre général de la libéralisation des activités économiques dans les Etats membres, c'est la jurisprudence européenne qui a défini, par l'ensemble des décisions consécutives, une conception concernant les impératifs et les notions qu'il conviendrait de mettre en place lors de l'application des règles découlant du traité européen. Malgré l'importance des activités portuaires dans le commerce extérieur⁵⁷⁹, elles n'ont cependant pas fait l'objet de grandes interventions de la part des institutions européennes compétentes. La Cour donne une interprétation restrictive du service public, lorsque par rapport aux services des transports⁵⁸⁰, elle a jugé que : « *le maintien de tout ou partie d'une obligation de service public n'est permis que pour garantir la fourniture de services de transport suffisants* »⁵⁸¹. En ce qui concerne les ports, ce sont les activités économiques traditionnellement exploitées par le port qui étaient au cœur de la problématique. Concernant l'activité de la manutention portuaire, la question qui était à la portée de l'interprétation de la Cour consistait à savoir si cette activité constituait un service d'intérêt économique général et pouvant se prévaloir du régime de l'Article 86 CE (106 **TFUE** §2)⁵⁸². Cette règle prévoit des possibilités de dérogations aux règles fondamentales de la concurrence de sorte que les restrictions ainsi

⁵⁷⁸ Dans le sens où les entreprises publiques peuvent profiter de garanties illimitées et implicites en raison de leur statut public. Point développé dans le premier titre concernant la remise en cause du statut de l'établissement public. V. notamment dans l'arrêt *Poste* CJUE 3 avril 2014 France c/ Commission, aff. C-559/12 au sujet de la garantie présentée par la France à la Poste.

⁵⁷⁹ Par rapport aux chiffres établis jusqu'en 1993, les ports accueillent environ 80 % en tonnage du commerce extérieur de l'ensemble des Etats membres de la Communauté économique européenne. Cependant, le Parlement européen a fait une certaine exception à cet « oubli », en se référant au rapport « *Kapteyne* » du 21 décembre 1961 et au rapport « *Carossino* » du 17 octobre 1988 devant le Parlement européen ; Les ports et l'Europe, par J.-F. Lévy, colloque sur les ports maritimes, organisé par l'association « Droit, littoral et mer » à Sète les 11 et 12 mai 1990, pp. 173 et s. V. REZENTHEL Robert et MATTEI-DAWANCE Geneviève, « Activités portuaires et règles communautaires de concurrence. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 10 décembre 1991 (affaire n° C 179-90). *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*. », *RFDA*, 1993, p. 356-367.

⁵⁸⁰ Par rapport à l'application du règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, tel que modifié.

⁵⁸¹ CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. n° C-412/96 pt 31. Sur l'interprétation du règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Ce cadre, qui tout en reconnaissant que le maintien des obligations de service public* est indispensable, dans certains cas, pour garantir la fourniture de services de transport suffisants, essaie d'éliminer la disparité qui peut en découler à l'égard des entreprises de transport.

*V. *infra*, 2^{ème} partie, 2^{em} chapitre.

⁵⁸² Sur les règles de la concurrence applicables aux entreprises. Il s'agit de l'article 90 du Traité de Rome : Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE)b signé le 25 mars 1957.

exercées soient proportionnelles aux objectifs d'intérêt général⁵⁸³. Il faut également que l'entreprise disposant d'un monopole soit chargée des missions liées à la réalisation de l'intérêt général et que ces dernières soient également liées à la réalisation de l'intérêt de la communauté. Il s'agit là d'une restriction établie par le texte du Traité du Rome, mais également accentuée par la Cour⁵⁸⁴. La réponse apportée par la jurisprudence européenne concernant l'activité de manutention portuaire, lors de l'examen d'une question pré-jurisprudentielle de la part du Tribunal italien, a plaidé alors pour un caractère « purement économique » de l'activité de manutention⁵⁸⁵. Il en découle une révision des conditions d'exercice de cette activité dans les pays membres, notamment dans ceux qui maintiennent un régime basé sur des monopoles⁵⁸⁶, tels que la France⁵⁸⁷, l'Italie et l'Espagne.

321. Malgré les rejets fréquents des directives européennes concernant la libéralisation du marché des services portuaires⁵⁸⁸, les Etats membres devaient prendre en considération les orientations de la Commission européenne concernant la politique européenne en matière des règles de concurrence dans les pays membres. La jurisprudence était tranchante concernant l'activité de manutention portuaire⁵⁸⁹, dans ce contexte où s'impose pleinement la position du droit européen à l'égard des activités portuaires lors de leur exploitation, une adoption du régime d'exploitation de ces services devrait être envisagée, sous peine de subir des sanctions⁵⁹⁰.

⁵⁸³ CJCE, 20 février 2001, aff. C-205/99, *Association Professionnelle des Entreprises de Navires de Lignes Régulières (Analir) e.a. Contre l'Administration Générale de l'Etat*, Rec. CJCE 2001, p. I-1271.

⁵⁸⁴ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. n° 127/73, Rec. CJCE 1974.2115..

⁵⁸⁵ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, aff. n° C 179-90. Affaire relative au respect des principes du Traité de Rome par les régimes nationaux (l'Etat italien) de la manutention portuaire.

⁵⁸⁶ V. REZENTHEL Robert et MATTEI-DAWANCE Geneviève, « Activités portuaires et règles communautaires de concurrence. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 10 décembre 1991 (affaire n° C 179-90). *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*. », *op. cit.*

⁵⁸⁷ V. *infra*, 2ème section.

⁵⁸⁸ Dans la continuité des orientations du livre vert sur les ports de 1997 (Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, COM/97/0678 final, 10 décembre 1997), la Commission a adopté, le 13 février 2001, une communication au Parlement européen et au Conseil intitulée « améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe », dénommé « paquet portuaire », articulé autour d'une proposition de directive concernant « l'accès au marché des services portuaires ». Après son rejet par le Parlement européen, le 20 novembre 2003, la Commission a adopté une seconde proposition, le 13 octobre 2004, qui a donné lieu à un nouveau vote négatif du Parlement européen, le 17 janvier 2006. Ce projet a été retiré en mars 2006. Cette proposition prévoyait l'attribution d'autorisations aux fournisseurs de services portuaires selon des procédures transparentes et avec une mise en concurrence. V. Rapport thématique de la Cour des comptes, *Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action*, 2006 p 18.

⁵⁸⁹ La décision de la Cour dans l'arrêt (*Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, n° C 179-90 de 10 décembre 1991) a été confirmée six ans plus tard dans l'arrêt *GT-Link A/S* CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S*, aff. C-242/95, Rec. CJCE 1997, I, p. 4449, pt 52.

⁵⁹⁰ V. La réforme des dockers en France depuis 1992 (Loi n° 92-496 du 9 juin 1992 modifiant le régime du travail dans les ports maritimes, JORF n°0133 du 10 juin 1992).

322. Depuis la fin du XXe siècle, la doctrine s'est penchée sur la question du "couplage" entre la manutention portuaire et le régime du service public. Ainsi, dans la thèse de L. Bordereaux, l'articulation entre l'activité de manutention et le statut des dockers avec le régime spécifique du service public a été étudiée pour mettre en lumière l'importance d'une « rationalisation » de cette association, en se fondant sur « la jurisprudence communautaire »⁵⁹¹.

323. La libéralisation de l'activité de manutention remet en question les conditions jadis mises en œuvre pour le travail portuaire⁵⁹². Si l'organisation du travail portuaire relève d'un service public administratif⁵⁹³, sa mise en œuvre toutefois ne saurait porter atteinte aux libertés fondamentales du droit européen. Le rapport sur le projet de la modernisation des ports précise ce point, en soulignant qu'en vertu des articles 81, 82 et 86 du Traité, des sanctions peuvent être appliquées si la direction du port persiste à imposer son personnel à une entreprise privée opérant sur ses propres installations portuaires⁵⁹⁴.

B- L'opportunité du régime du service public par rapport à l'économie du marché

324. Le régime juridique du service public dans les ports de commerce, hormis qu'il est en « contradiction » avec les règles de la concurrence, semble être porteur de contraintes par rapport à une relance économique souhaitée dans ces ports.

325. L'enjeu essentiel était de moderniser le fonctionnement des services portuaires afin d'adapter les ports aux nouvelles données concernant le transport et le commerce international. En quoi ce régime pouvait-il être incompatible avec cette relance ? Le développement des terminaux portuaires constitue un élément important dans le développement des ports dans le monde, notamment dans celui de la « conteneurisation »⁵⁹⁵. Il s'agit d'un système de transport par conteneurs qui a été engendré par l'évolution de la technologie et des flux commerciaux.

⁵⁹¹ Laurent BORDEREAUX, *Service public et manutention portuaire : les déboires d'un couple méconnu*, Thèse en droit, Nantes, 1999.

⁵⁹² *Ibid.* Cette loi a fait passer les ouvriers dockers du régime spécifique de l'intermittence au régime de droit commun, celui du contrat à durée indéterminée (CDI).

⁵⁹³ T. Confl. 14 mars 1988 - *M. Daullet c/ C.A.I.N.A.G.O.D. et port autonome de Dunkerque* - req. n° 2515.

⁵⁹⁴ BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹⁵ Qui peut être définie comme « la mise au point de matériaux de plus en plus légers et plus résistants, rendant possible la construction d'unités de charge robustes et de plus en plus volumineuses, destinées au transport de marchandises dans un cadre sécurisé ». Les conteneurs sont transposables sur tous types de voies de transport. V. EBONGUE Aristide Christian « Fasc. 976 : Régime des conteneurs », *JurisClasseur Transport*.

Son régime dans le secteur maritime relève principalement des conventions internationales⁵⁹⁶. L'enjeu de ce système tient notamment aux effets de cette technique moderne dans le régime de responsabilité. Cependant, l'influence sur l'attractivité économique des ports est importante, puisqu'elle a accéléré la mutation et imposé des adaptations de l'organisation de l'infrastructure portuaire. En ce sens, il a été souligné lors d'un rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de la loi portant réforme portuaire, en 2008, que le système présenté dans les ports français de commerce reflétait un « paradoxe » entre, d'un côté, une expansion du transport maritime engendrée par ce phénomène de conteneurisation, et, de l'autre, un « déclin » de l'organisation portuaire autour de ce nouvel axe de transport mondial, de l'autre⁵⁹⁷.

326. Ainsi, l'évaluation analytique des résultats des investissements de la majorité des ports autonomes en 2006⁵⁹⁸, a démontré que l'exploitation portuaire produisait en réalité des activités structurellement déficitaires ; d'une part, cette exploitation pesait sur le financement public et, de l'autre, elle menaçait les investissements à venir. Ce handicap pour l'investissement et le développement de ce secteur constituait un élément qui allait à contresens de l'attractivité des ports autonomes dans une économie très concurrentielle. Certains auteurs ont indiqué la possibilité de concilier le service public et la recherche d'une rentabilité économique et d'équilibre financier⁵⁹⁹, mais les données dans le domaine portuaire ont toutefois révélé que l'accélération allait au-delà des hypothèses théoriques, aussi bien concernant la croissance économique que l'intégration des ports dans les chaînes logistiques, ce qui exigeait de la part de l'autorité en mesure d'effectuer la réglementation qu'elle procède à une adaptation du fonctionnement des ports en essayant d'améliorer les conditions d'exercice des activités déficitaires.

327. L'adaptation des ports aux enjeux engendrés par la croissance du commerce constituait également une exigence imposée par les institutions européennes. La politique portuaire des pays membres devait présenter la plus grande intégration possible dans la politique européenne pour réaliser la marge de développement du marché unique. Il lui fallait

⁵⁹⁶ Cette réglementation relève principalement de trois conventions internationales : la convention de Bruxelles du 25 août 1924 dite « règles de La Haye » ; la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, du 31 mars 1978, dite « règles de Hambourg », et la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, dite « règles de Rotterdam » signée à New York le 11 décembre 2008.

⁵⁹⁷ V. J.-Y BESSELAT, Rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de la loi (après adoption par le Sénat et déclaration d'urgence), portant réforme portuaire (n° 907) 11 juin 2008.

⁵⁹⁸ *Les ports français face aux mutations du transport maritime*, op. cit., p. 57 et 58.

⁵⁹⁹ GROSIDIER DE MATONS Jean, « Service public, Rentabilité économique et Rentabilité financière », *International Review of Administrative Sciences*, 1^{er} décembre 1976.

donc projeter cet objectif par deux moyens : l'extension des services portuaires afin de réaliser les enjeux de développement durable ; et le développement du transport maritime, en tant que secteur dynamique pour la croissance pérenne du commerce sur le marché unique de l'Union européenne. En ce sens, des communications⁶⁰⁰ de la Commission, mais également des résolutions⁶⁰¹ du Parlement, ont précisé que les ports de commerce européens devaient être exploités au maximum de leur potentialité⁶⁰².

328. En continuant à exploiter une activité déficitaire sans se prévaloir pour autant des mêmes instruments et moyens que ceux dont disposaient ses concurrents pour ajuster leur économie⁶⁰³, le port se positionnait *de facto* dans une situation inégale et se voyait ainsi contraint de se mettre, *de jure*, en conformité avec le droit de l'Union européenne et ses principes transposés en droit interne. L'application des règles de la concurrence dans les secteurs spéciaux, relevant normalement en France des entreprises publiques, serait souvent accompagnée d'orientations de politique publique liées au régime protecteur du service public, susceptibles de limiter la liberté commerciale des ports, alors que cette dernière était un élément important pour pouvoir obtenir de bons résultats dans un cadre concurrentiel.

329. Ce contexte a constitué un élément permettant de déléguer ces services au secteur privé. Cependant, le cadre juridique du service public était doté de caractéristiques qui limitaient sa capacité d'investissement. Les outillages publics nécessaires à l'exploitation de ces services donnaient lieu à la conclusion de concessions des outillages. Or ces dernières, qui étaient des délégations de service public, se trouvaient ainsi soumises à des charges importantes et de lourdes procédures. Ce sont des obligations des services publics que ces entreprises devaient respecter lors de la mise en œuvre de ces concessions⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe / COM/2001/0035 final, *op.cit.*

⁶⁰¹ Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2008 sur une politique portuaire européenne : JOEU C 295 E du 04/12/2009 p. 74-79.

⁶⁰² V. CUDENNEC A., DE CET-BERTIN C., CURTIL O., GUEGUEN-HALLOUET G. et LABROT V., « Chronique maritime », *La revue de l'Union européenne*, n° 542, novembre 2010, p. 605-613.

⁶⁰³ Notamment par les instruments de droit privé dont le port ne peut pas disposer en raison de sa personnalité publique. V. *supra*, 1^{er} titre, 1^{er} chapitre.

⁶⁰⁴ Par exemple, le personnel du concessionnaire doit respecter les articles du Code du travail portant sur l'exercice du droit de grève dans les services publics, qui consistait en l'obligation d'un préavis de 5 jours en vertu de l'article L 2512-2 du code du travail, et une interdiction des grèves tournantes* en application de l'article L 5312-3 du même code.

*La grève tournante est celle « qui consiste pour les travailleurs à faire grève par roulement entre eux », Benoît GENIAUT, [Dalloz Actu étudiants, 12 avril 2018](#).

330. Concernant les procédures, suite à l'entrée en vigueur de la loi Sapin I dans son article 38, des obligations sur l'autorité portuaire lors de la passation de ces concessions ont été imposées. Ainsi, elles devaient mettre en œuvre une procédure de publicité préalable et une mise en concurrence des candidats à toute délégation de service public. La jurisprudence, pour sa part, imposait des procédures liées au régime juridique des sous-traités de concessions⁶⁰⁵. La jurisprudence européenne exige également le respect de ces procédures liées aux concessions de services⁶⁰⁶, ce même si elle a accepté, dans certaines espèces, que cette mise en concurrence ne soit pas obligatoire et ce, lorsque les mesures prises afin d'assurer la transparence permettent un degré adéquat de publicité et un contrôle d'impartialité⁶⁰⁷, ou quand l'autorité concédante réalise sur le concessionnaire un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services⁶⁰⁸. En ce qui concerne les procédures de conclusions de ces concessions, des dispositions organisées par le Code des ports maritimes rendaient plus complexes la passation de ces contrats, ainsi, une instruction subtile devait être établie de la part du directeur du port, notamment l'établissement d'une convention et d'un cahier des charges. Cette question s'avérait donc essentielle par rapport au dynamisme qu'exigeait de plus en plus l'organisation des services portuaires. Une contractualisation et une délégation systématiques de l'exercice de ces services pouvait ainsi justifier une modification du régime de leur organisation.

331. Ce déclin dans l'exploitation des services publics par des concessions des outillages publics a été à l'origine d'une prise en charge de la gestion directe de ces outillages par l'autorité portuaire. Elles les louaient ensuite « *au coup par coup* » aux usagers. Cette politique présentait des inconvénients à deux niveaux. D'un côté, la gestion de ces outillages publics par l'autorité portuaire nécessitait elle-même des charges financières importantes, car l'évaluation de la performance n'était pas facile en raison de la non mise en place de comptes séparés. Mais cette politique adoptée dans la gestion portuaire soulevait un autre problème, car elle entraînait une augmentation des coûts des ports français et diminuait ainsi leur attractivité. Les outillages publics nécessitaient, en effet, des investissements importants qui étaient jusque-là financés par les droits des ports, ce qui constituait ainsi une situation de subventions croisées, dont le niveau de performance mis en avant ne correspondait pas au déficit réel et existant⁶⁰⁹. D'un autre côté,

⁶⁰⁵ CE, 21 juin 2000, n° 212100 et n° 212101 : JurisData n° 2000-060639, CE, 25 oct. 2013, n° 370393, *Cne La Seyne-sur-Mer*.

⁶⁰⁶ CJCE, 17 juillet 2008 - *ASM Brescia SpA* - aff. n° C-347/06 points 59 et 63.

⁶⁰⁷ CJCE, 13 novembre 2008 - *Coditel Brabant SA* - aff. n° C-324/07 point 25.s

⁶⁰⁸ CJCE, 13 octobre 2005 - *Parking Brixen* - aff. n° C-458/03 point 62 ; CJCE, 6 avril 2006 - *ANAV* - aff. n° C-410/04 point 24.

⁶⁰⁹ BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 14.

le cadre d'investissement n'était pas basé sur une politique à long terme, car ce cadre de « bon et raisonnable » investissement économique devait, depuis la maîtrise par les entreprises privées des enjeux essentiels pour la croissance économique par leur participation incontournable à un cadre pérenne de développement, prendre en compte les éléments de cette pérennité et écarter les risques que pouvait engendrer cette politique du coup par coup. Certes les ports autonomes avaient établi des liens historiques avec la société portuaire, « parfois corporatiste au sens sociologique du terme », ce qui pourrait constituer une certaine sécurité juridique pour ces entreprises et une pérennité dans le cadre d'investissements, mais le droit de l'Union européenne est méfiant envers ce contexte de « favoritisme », quand il s'agit d'une activité entrant dans le champ d'application de ses principes et libertés fondamentaux, entre autres dans le cas des services économiques.

332. Le lien fort existant entre le service public et le domaine public constituait une autre contrainte à l'égard des entreprises exploitant ces services. Ce régime, dont les implications sont considérées comme relevant du service public administratif, limitait leur capacité à élargir leurs investissements⁶¹⁰. Cependant, si le législateur opte pour le maintien de ce régime afin de protéger l'intérêt général qui y est lié, il procède à une modification du régime du service public dans une tentative de trouver un équilibre dans le port entre des intérêts fort distincts.

333. Face à ces mutations profondes résultant des évolutions dans le domaine du transport, de l'accentuation de la délégation au secteur privé et de l'indispensable harmonisation du travail portuaire, le régime du **SPIC** portuaires ne pouvait que démontrer sa capacité **d'adaptation**, mettant ainsi en avant ce principe fondamental du service public. Il est essentiel de déterminer par quels moyens il peut manifester cette capacité ?

⁶¹⁰ V. *supra*, 1^{er} chapitre.

Section 2. La mutation du service public industriel et commercial dans les GPM

334. La remise en cause du régime du service public produirait une mutation du régime d'une activité essentielle (§1), il en découle un nouveau paramètre de l'exercice des activités relevant d'un caractère économique dans le port (§2).

§1. Le service public industriel et commercial : une privatisation partielle

335. La modification du régime juridique du service de la manutention a été confirmée et organisée par la loi (A), qui a engendré par-là même une harmonisation du travail des manutentionnaires portuaires (B).

A- L'harmonisation du régime de l'exploitation des outillages portuaires

336. La réforme portuaire de 2008 a eu pour effet une privatisation du service de la manutention portuaire par le biais d'une cession des outillages portuaires aux entreprises privées en excluant de la compétence de l'autorité publique portuaire l'exercice de ces services (1). Cependant, la réforme permet des exceptions quant à une possible intervention économique de l'autorité portuaire dans leurs « services industriels et commerciaux » (2).

1) Une privatisation des outillages portuaires organisée par la loi

337. Les rapporteurs de la réforme portuaire, en 2008, étaient conscients de l'importance de moderniser la gestion des grands ports de commerce à l'égard de l'évolution *de facto* du SPIC dans les ports. Ils ont donc été favorables à une privatisation du régime juridique de cette activité en adoptant la vision européenne sur la « libéralisation » des activités économiques et en modernisant les conditions de leur exploitation. Il convient de noter que, moins d'un an après

cette réforme, le conseil d'Etat a confirmé dans un avis⁶¹¹ la vision européenne du service portuaire de manutention, en considérant qu'il ne s'agissait pas là d'une mission de service public.

338. La privatisation de cette activité est organisée par voie législative conformément aux dispositions prévues en la matière. L'article 34 de la Constitution inclut dans le domaine de la loi « *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* »⁶¹².

339. La question se pose concernant le champ de cette privatisation, car celle-ci concerne les outillages portuaires « publics », or ces derniers, dans le cadre de leur exploitation, sont constamment⁶¹³ considérés par la jurisprudence comme constitutifs du service public⁶¹⁴. La cession inclut les outillages situés dans le domaine public portuaire et les droits attachés à des outillages présentant un caractère immobilier. Mais, cette cession ne s'oppose-t-elle pas aux principes de la domanialité publique ? M. Peylet précise que ces principes ne font pas obstacle à cette cession⁶¹⁵. Il s'agit de faire la distinction entre le régime de la propriété des équipements portuaires et celui de la propriété domaniale des ports, ce qui concrétise la politique tendant à encourager les opérateurs privés à investir avec leurs propres outillages, politique qui avait commencé à se concrétiser dans le secteur portuaire avec la mise en place de la convention d'exploitation de terminal en 1999⁶¹⁶.

340. La loi organise ce transfert pour assurer l'égalité des candidats tout en garantissant une priorité aux opérateurs historiques⁶¹⁷. Aucune précision n'est apportée à propos de

⁶¹¹ CE, Section travaux publics, 14 avril 2009, avis n° 382669. Cependant, le Conseil d'Etat précise dans cet avis que « *les entrepôts et terre-pleins destinés à accueillir les marchandises déchargées des navires, ou les cuves destinées à recueillir les fluides acheminés par la voie maritime ainsi que les bâtiments nécessaires au fonctionnement des services publics portuaires, y compris lorsqu'ils sont construits et exploités par des personnes privées* ». Il s'agit là notamment des « *installations de terminaux pétroliers et gaziers destinées à la manutention et au stockage des marchandises* ». V. R. REZENTHEL, « L'espace portuaire : un concept à définir », *Droit de la voirie* [en ligne], 1 juin 2022.

⁶¹² Alinéa 11 de l'article 34 de la Constitution de 1985.

⁶¹³ CE, Section du Contentieux, 28/12/2009, n° 290937. Publié dans le recueil Lebon

⁶¹⁴ CE, 24 juillet 1987, *société Carfos*, req n°69566 et 69577 ; CE, 26 juin 1974, *Port autonome de Marseille*, req n° 85687. V. REZENTHEL Robert, « La tarification des prestations portuaires une liberté surveillée », *DMF*, n° 798, 1er janvier 2018 p. 2. Il est à noter que le Conseil d'Etat a considéré en 2011 que l'exercice des services dans le domaine public ne serait pas à lui seul déterminant pour qualifier un service de public (CE, 19 janvier 2011, *C.C.I de Pointe-à-Pitre*, n° 341669, op. cit.) : concernant une boutique dans la galerie marchande d'un aéroport.

⁶¹⁵ PEYLET Roland, « La réforme portuaire de 2008 », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 663, 1 avril 2009, p. 9-12.

⁶¹⁶ Décret n° 99-782 du 9 septembre 1999 modifiant le code des ports maritimes, JORF n°211 du 11 septembre 1999.

⁶¹⁷ La loi prévoyait une priorité en faveur des opérateurs historiques dans un délai de trois mois après l'adoption des projets stratégiques. À défaut d'entente, le port devait lancer une procédure d'appel à concurrence.

l'ensemble des outillages concernés par ce transfert, le II de l'article 9 de la loi du 4 juillet 2008 a tout de même donné des exemples d'outillages ayant un caractère mobilier : les grues, les portiques, les digues et les bandes transporteuses, et d'outillages dotés d'un caractère immobilier – certains hangars. La loi, tout en tirant les conséquences positives de la mise en place de la convention d'exploitation de terminal (**CET**), consacre la convention de terminal (**CT**), en tant qu'instrument pour réaliser ce transfert, elle est qualifiée par le Code des ports maritimes en Autorisation d'occupation temporaire (**AOT**)⁶¹⁸, convention qui revêt une dimension d'investissement portuaire important⁶¹⁹. Les opérations de transfert des équipements qui ont été réalisées, ont été accompagnées, selon la Cour des comptes en 2012⁶²⁰, d'une certaine perte de valeur des outillages faisant partie du domaine public, malgré le contrôle préalable effectué par une commission dédiée à cet effet, la **CNECOP**⁶²¹. Cette commission semble adopter une position prenant en compte plusieurs conjonctures et facteurs entourant la mise en œuvre de la cession, lorsqu'elle a validé les conventions de terminal constituant le cadre de cette cession du port aux entreprises de manutention et ce en prenant en compte comme raison la crise économique et pour objectif la relance stratégique des ports réformés. Selon la Cour des comptes, cette attitude de la commission a mis les entreprises, en position de force.

341.C'est donc par le biais du transfert des outillages publics au secteur privé que le périmètre du service public industriel et commercial du **GPM** sera réduit, car, dès leur institution dans la métropole, et à la suite de ce transfert prévu par la loi les créant, les **GPM** ont l'interdiction de procéder à cette exploitation. L'article L 5312-4 du code des transports prévoit ainsi 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...* »⁶²². Ainsi, cette interdiction et la cession des outillages ont constitué les deux

⁶¹⁸ Cette convention est qualifiée en 2017 par le Conseil d'Etat en concession de services, mais plusieurs auteurs se sont interrogés sur l'opportunité de cette qualification. REZENTHEL Robert, « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *DMF*, n° 792, 1er juin 2017, p. 553-559.

⁶¹⁹ La convention de terminal « *est conclue dans le cadre de l'article L. 5312-2 du code des transports. Elle permet à un grand port maritime de confier un large panel de missions à un opérateur privé (réalisation, entretien et exploitation des accès maritimes, gestion du domaine, construction et entretien des infrastructures portuaires, aménagement des zones industrielles, etc.)* ». Elnet. Fr, in « Référé précontractuel » § n° 20.

⁶²⁰ V. le tableau par la Cour des comptes, Rapport public annuel. *La réforme portuaire : une mise en œuvre marquée par des compromis*, op. cit., p. 126.

⁶²¹ La commission nationale d'évaluation des cessions d'outillages portuaires.

⁶²² Ancien article L 101-3 du Code des ports maritimes, alinéa 2. Il convient de noter en ce sens que les exceptions à ce principe étaient prévues par une présentation des motifs dans un article, le L 101-3 pré-mentionné, et les cas visés par cette exception dans un autre, le L 103-2 dans le cadre du code des ports maritimes, ainsi, lors de la création du code des transports, le nouvel article L5312-4 de ce dernier inclut ces deux aspects en remplaçant des dispositions des deux articles abrogés. Sur le regroupement des textes dans le code des transports du régime des ports maritimes, v. REZENTHEL Robert, « L'intégration du régime des ports maritimes dans le Code des transports : une démarche logique mais incomplète » *Revue du droit des transports*, n° 1, 1^{er} janvier 2012, p. 18-21.

principaux axes de la réforme portuaire de 2008 et ont engendré cette privatisation partielle des **GPM** en métropole.

342. Cependant, cette interdiction ne serait pas reprise par une autre réforme adoptée quelques années plus tard et inspirée de celle-ci, il s'agit de la loi de 2012 qui a créé les grands ports maritimes d'Outre-Mer relevant de l'Etat⁶²³. Les grands ports maritimes créés ainsi en Outre-Mer peuvent continuer à acquérir et exploiter les outillages publics⁶²⁴. Une telle disposition qui crée une différenciation par rapport à celle prévue dans les **GPM** en métropole s'est effectuée par le biais d'un amendement des dispositions régulant ces derniers. Ainsi, le législateur prévoit expressément dans l'article L.5713-1-3⁶²⁵ une adaptation par rapport à l'article L.5312-4 du Code des transports ayant interdit aux grands ports maritimes en métropole l'exploitation des outillages portuaires. L'autre apport majeur de cette création en Outre-mer pourrait pallier la critique essentielle du déroulement de l'exploitation antérieure à cette réforme⁶²⁶, puisqu'elle prévoit un contrôle plus renforcé des collectivités territoriales et ce par leur représentation au sein des organes des nouveaux établissements publics portuaires. Cette possibilité de maintenir les outillages publics en Outre-mer ne s'oppose pas à celle de les exploiter en créant des filiales⁶²⁷.

343. La privatisation partielle effectuée par le législateur découlant des impératifs opératoires en premier degré, marque cependant deux données juridiques distinguées mais étroitement liées. La première consiste dans le fait que le caractère de service public a été attribué à cette activité portuaire par la jurisprudence, alors que son exclusion par sa privatisation a été apportée par le législateur. La seconde donnée réside dans la possibilité d'exclure ou non le caractère de service public national pour procéder à une privatisation. Une décision du Conseil constitutionnel⁶²⁸ prévoit cette possibilité lorsque ce service ne relève pas

⁶²³ 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 (1).

⁶²⁴ V. REZENTHEL Robert, « Les ports maritimes d'outre-mer "décodés" », *JMM*, n° 4815, 23 mars 2012.

⁶²⁵ L'article L. 5312-4 n'est pas applicable.

⁶²⁶ Concernant notamment les pratiques des concessionnaires traditionnels, ceux des CCI qui ont tendance à utiliser une partie des recettes portuaires à d'autres fins, au sein d'un contrôle faible par l'Etat, ce qui a abouti à une « déresponsabilisation » des gestionnaires, et à une gestion inappropriée du personnel dont la productivité est, selon les rapporteurs de l'Assemblée nationale, largement perfectible, ainsi qu'à la dualité de gestion entre l'Etat et ces concessionnaires, ce qui a constitué une « gouvernance préjudiciable ». Député D. FIDELIN. Rapport fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de la loi 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, n° 3858, 7 décembre 2011.

⁶²⁷ Même si cette faculté présentée dans l'article L5312-4 du Code des transports n'est pas applicable aux ports d'outre-mer. REZENTHEL Robert, « Les ports maritimes d'outre-mer "décodés" », *op. cit.*

⁶²⁸ DC n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986 sur la loi de privatisation.

de la catégorie dite des « services publics constitutionnels »⁶²⁹, cette mesure législative est éligible à l'égard de la Constitution, car il procède à la privatisation d'une activité dont le caractère de service public a consisté à prendre part à la construction jurisprudentielle. Il s'agit d'une privatisation légale pour des raisons opératoires d'une activité qualifiée par la jurisprudence en **SP**.

344. La réduction du **SPIC** est passée par la modification de la spécialité de l'établissement public. L'on peut, dès lors, se poser la question de savoir si, à la suite de cette modification, l'intervention du législateur est indispensable pour créer une nouvelle catégorie d'établissement public. Selon l'article 34 de la Constitution, le changement substantiel de spécialité justifie la création d'une nouvelle catégorie d'**EP** et l'intervention du législateur⁶³⁰. Nous pouvons étudier cette modification de spécialité dans l'exercice des activités accessoires par l'**EP**. En 1994, le Conseil d'Etat a considéré que l'exercice des activités accessoires par un établissement public était possible sous certaines conditions⁶³¹. Dès lors, et en procédant à une création législative des **GPM** comme **EPA**⁶³², il semble que l'exclusion de la spécialité d'un établissement public d'une activité qui lui a attribué une qualification jurisprudentielle de caractère industriel et commercial ou de « double visage », est « substantielle » et n'est pas comparable à la possibilité d'exercer des activités accessoires consacrées par la jurisprudence. Ainsi, nous pouvons constater que la confirmation du caractère administratif de cet établissement est considérée comme une modification substantielle dans la spécialité et qui nécessite l'intervention du législateur pour se mettre en conformité avec la Constitution. En tout cas, cette mesure législative est certes plus élaborée, mais cette élaboration engendrerait une clarification du statut des **GPM** par la confirmation d'un seul visage à l'égard des règles relevant du droit⁶³³. Cependant, cette modification de la spécialité ne se limite pas à un aspect négatif, mais représente une transformation de l'implication du **GPM** dans l'exercice de l'activité de manutention.

⁶²⁹ 9^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946. V. la Thèse de Esplugas-Labatut. Pierre., « *Conseil constitutionnel et service public* », Toulouse, 1993.

⁶³⁰ Article 34 de la Constitution.

⁶³¹ Le Conseil d'Etat précise que le principe de spécialité qui définit le caractère de l'**EP** en se référant à sa définition dans ses règles constitutives, n'empêche pas de procéder à des activités constitutives « techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale » et que ces activités « soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public ». Conseil d'Etat, Section des travaux publics, 7 juillet 1994, n° 356089, Avis "Diversification des activités d'EDF/GDF".

⁶³² Le législateur ne le nomme pas en tant qu'**EPA**, mais nous pouvons toutefois le déduire de la concentration des missions des **GPM** dans celles administratives.

⁶³³ Point qui a été développé dans le premier titre de cette thèse portant sur la modification de la figure de l'établissement public portuaire par la réforme portuaire de 2008.

345. Certes, cette privatisation aurait pour effet de supprimer le caractère de **SP** des activités qui ont été longtemps considérées comme telles, mais elle pouvait toutefois créer une harmonisation du régime des services portuaires industriels et commerciaux dans un but d'intérêt général portuaire en se mettant en conformité avec le droit positif européen.

2) Un cadre juridique nuancé de la privatisation modernisant l'intervention économique publique

346. Dans le cadre de l'organisation du fonctionnement portuaire, la privatisation visant l'activité de manutention, avait pour objet essentiel la réalisation de la coordination de son organisation par les entreprises privées, cadre qui s'accompagne cependant d'une transformation de l'action économique des personnes publiques dans le secteur portuaire. Cette transformation se positionne dans la perspective d'une montée en puissance du thème de l'actionnariat des personnes publiques. Ce régime d'actionnariat a commencé à être clarifié à partir des années quatre-vingt-dix et ce par l'institutionnalisation de la fonction de l'Etat actionnaire⁶³⁴. En ce qui concerne l'exploitation des services purement économiques dans les ports du commerce, l'idée est alors de moderniser l'implication des établissements publics portuaires.

347. Cette possibilité donnée aux autorités portuaires d'investir à travers les moyens mentionnés par la loi leur permettrait, en tant que propriétaires du domaine public constituant le siège de l'exercice de ces activités, de participer au contrôle de l'utilisation de ce domaine, caractérisé par sa rareté⁶³⁵, mais aussi d'entamer des démarches visant sa valorisation, ce qui constitue spécifiquement une nouvelle mission du **GPM**⁶³⁶, mais également une nouvelle priorité à mettre en place lors de la définition de la politique adoptée pour la gestion de la propriété publique. D'un autre côté, sa présence au cœur de l'investissement lui permettrait

⁶³⁴ Une institutionnalisation de cette fonction a commencé avec la création, en 1998, d'un service de participation de l'Etat au sein de la direction du Trésor (Chargée de la gestion des participations étatiques). Cette réforme de cette direction a commencé à la suite de la crise du Crédit Lyonnais à la fin des années 1980, en montrant le peu d'efficacité du contrôle exercé par cette direction, ainsi que la nécessité de distinguer les fonctions de gestion de celles de contrôle. La création, en 2004, de l'agence de participation de l'Etat consacre cette séparation à un niveau plus accentué. CARTIER-BRESSON Anémone, « Fasc. 161 : Actionnariat », *JurisClasseur Administratif*, 2010, p. 15.

⁶³⁵ REZENTHEL Robert, « La gestion portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

⁶³⁶ Le Conseil d'Etat a jugé que la mission de valorisation du domaine public par les grands ports maritimes justifiait la liberté de choix du régime domanial par ces établissements publics. CE, 27/03/2015, *grand port maritime de Marseille*, req. n° 388831.

d'appréhender les besoins créés dans un cadre plus moderne, ce qui peut donner une vision plus pragmatique et pertinente de ces derniers. Cette vision constitue un élément important pour la construction de la stratégie que l'administration publique du **GPM** doit mettre en place.

348. Si le principe, en vertu de cette loi, est l'interdiction de l'exploitation des **GPM** des outillages, « les exceptions » sont également prévues par la même loi, il s'agit d'une interdiction de principe. Ces exceptions sont pleinement liées à la caractérisation d'un intérêt général consistant dans l'exploitation générale du **GPM**⁶³⁷. Cette dernière s'accorde avec la mission globale du port tenant à un intérêt général national, mais s'inscrit aussi en conformité avec les règles européennes disposant, dans le cadre de leur traité constitutif, que les règles de la concurrence ne devant pas porter échec à l'accomplissement des missions de service d'intérêt économique général⁶³⁸, le port peut continuer ainsi à exploiter les outillages bien que cette exploitation relève d'une activité purement concurrentielle à l'égard de ce droit. L'article 101-3 3° du code des ports maritimes concrétise cette prise en compte de l'intérêt général, lorsqu'il consiste dans « le développement ou à la modernisation du port ou de la place portuaire ».

349. La loi organise aussi les moyens envisageables pour exercer cette exploitation. Ainsi en fonction de l'article L.103-2 du Code des ports maritimes⁶³⁹, le port peut continuer à exploiter les outillages publics « *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* ». Cette organisation aurait pour effet de clarifier la transformation effective du service public commercial dans le port.

⁶³⁷ Lorsque le Conseil d'Etat, dans sa section des travaux publics du 14 avril 2009, *op.cit*, confirme la conception de la Cour de justice sur la qualification négative de la manutention portuaire en activité de service public, il ajoute au sujet des installations de terminaux gaziers et pétroliers (à propos de l'application de l'article L 146-8 du code de l'urbanisme) que : « *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 du compte propre d'une entreprise, n'a pas pour effet de les soustraire à l'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* ».

⁶³⁸ Article 106 2° TFUE, bien que la manutention portuaire ne constitue pas, à l'égard de cet article, une mission d'intérêt économique général, contrairement à ce qui se passe lorsque l'exploitation du port est comprise dans cette mission et que l'organisation de la manutention en fait partie.

⁶³⁹ Article L5312-4 du code des transports.

350. Les justificatifs du service public national, selon une décision du Conseil d'Etat en 2017⁶⁴⁰, pourraient constituer une raison pour le **GPM** de prendre des mesures afin d'exploiter ces activités portuaires, indépendamment du régime de ces services⁶⁴¹. Selon R. Rézenthel⁶⁴², « l'exercice d'une telle mission répond au besoin du grand port maritime d'assurer le fonctionnement d'ensemble du port qui constitue une mission de service public indépendamment du régime juridique des activités qui s'y exercent »⁶⁴³. Il convient de noter que cette analyse a entraîné la requalification par la Haute juridiction administrative de la convention de terminal en concession de service⁶⁴⁴ et ce nonobstant leur qualification du Code des transports en autorisation d'occupation du domaine public.

351. Dans tous les cas, si le port est autorisé à exploiter cette activité, il l'est dans les conditions appliquées en droit privé. Cela ne change alors en rien l'exclusion de cette activité du domaine du service public portuaire ni la privatisation de cette activité. Il s'agit de changer l'implication de l'autorité publique en la plaçant au cœur du cadre privé d'investissement. Dans un cadre « normal » d'investissement, l'autorité portuaire est tenue de respecter le régime du droit commun. Si le juge a permis, dans certains aspects, d'augmenter la liberté de gestion sous certaines conditions notamment liées à la réalisation d'un intérêt général, cela ne devrait pas pour autant constituer un obstacle à la visée essentielle de cette réforme, qui consiste à transférer l'exploitation de la manutention aux entreprises privées, sans créer de discriminations entre les exploitants éventuels.

352. Un nouveau cadre d'exploitation des activités économiques est ainsi défini à la suite de cette réforme, des activités sont exploitées selon les modalités du droit privé, et d'autres relevant toujours d'un intérêt leur épargnant une modification drastique de leur statut.

353. Soustraire, par principe, de la compétence portuaire une mission de nature économique en consacrant son exploitation pleinement concurrentielle, présente, d'un côté, et comme nous l'avons montré auparavant au fil de ce chapitre, une suite juridique à l'évolution

⁶⁴⁰ CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, n° 405157 et 405183, 2017.

⁶⁴¹ En l'espèce le GPMB a conclu en 2016, et ce sans passer par une mise en publicité préalable, une convention de mise en régie et ce à la suite des difficultés de négociations et de non-exécution d'une convention conclue avec une entreprise. Le Conseil d'Etat a accepté la conclusion de cette convention de mise en régie, sous certaines conditions, dont la principale est l'urgence (Nous allons aborder cette espèce de façon plus approfondie dans cette thèse, notamment en ce qui concerne la qualification des contrats).

⁶⁴² REZENTHEL Robert, « La réforme portuaire a dix ans », *op. cit.*, p. 654.

⁶⁴³ V. « Conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public (conclusions sur le site ARIANE WEB du Conseil d'Etat sous l'arrêt CE 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA* ».

⁶⁴⁴ REZENTHEL Robert, « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *op. cit.*, p. 553.

de l'organisation dans la pratique⁶⁴⁵ et, d'un autre, constitue une démarche juridique qui s'inscrit dans la droite ligne de l'organisation propre à cette activité en ce qui concerne le régime du travail dans la manutention portuaire.

B- L'harmonisation du régime du travail des manutentionnaires portuaires sous l'angle du droit commun

354. Le régime du travail des manutentionnaires portuaires reflétait, depuis leur organisation en 1947⁶⁴⁶, un « particularisme fort »⁶⁴⁷ à l'égard du droit commun. Ainsi, ce régime en France, mais aussi à l'étranger, relevait d'un statut spécifique et consacrait l'existence d'un véritable statut au bénéfice des « ouvriers dockers ». Ce statut dérogatoire du droit commun consistait notamment dans une priorité d'embauche des dockers⁶⁴⁸ qui possédaient une carte délivrée par l'autorité portuaire à une catégorie de travailleurs qualifiés de « manutentionnaires professionnels », ce qui leur ouvrait également droit au bénéfice d'une « indemnité de garantie »⁶⁴⁹ en cas de chômage lié aux irrégularités du trafic. Ce régime reflétait avant tout un fondement socio-économique, puisque, comme le précise L. Bordereaux, l'intervention législative « *reflétait l'État-providence dans les ports (il fallait remédier à la grande précarité qui a longtemps marqué l'histoire sociale des dockers) et l'urgence de la relance de l'activité économique aux lendemains de la seconde guerre mondiale.* »⁶⁵⁰. Cependant, une crise portuaire concernant ce statut est survenue et a rendu nécessaire une modification de ce régime spécifique ; elle tenait notamment aux mutations technologiques et économiques⁶⁵¹, qui ont engendré « d'importants sureffectifs préjudiciables à la compétitivité ».

⁶⁴⁵ La pratique qui consistait en la délégation de ce service et la location des outillages publics nécessaires aux entreprises privées en mesure de les acquérir et de prendre la gestion et l'exploitation de cette activité.

⁶⁴⁶ Loi n° 47-1746 du 6 septembre 1947 sur l'organisation du travail de manutention dans les ports.

⁶⁴⁷ V. BORDEREAUX Laurent. « Fasc. 1192- Manutention portuaire », *JurisClass. Transport*. 2016.

⁶⁴⁸ Cela ne concernait que les intermittents et ce, dans certains ports et pour certaines activités, contrairement à la priorité absolue dans les ports italiens.

⁶⁴⁹ « La gestion du système d'emploi des dockers était confiée à des organismes tripartites composés de représentants de l'État, de dockers et d'employeurs : les Bureaux Centraux de la Main-d'œuvre (BCMO), chargés de l'organisation de l'embauche, et la Caisse Nationale de Garantie des Ouvriers Dockers (CAINAGOD), assurant l'indemnisation de l'inemploi des dockers professionnels grâce au versement de l'indemnité de garantie ». Ce système est considéré par le Conseil d'Etat comme un service extérieur au ministère du travail : CE. Ass., 13 juill. 1967, *Allegretto, Lebon* p. 315 ; D. 1968.47, concl. M. GALABERT.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Suite à ces évolutions, le docker, en tant représentation d'une « force musculaire », était présenté comme « un auxiliaire de l'opération portuaire (conducteurs, pointeurs, saisisseurs) ». V. L. Hislaire, « Dockers, corporatisme et changement » : *Transports Actualités*, 1993, p. 123.

355. Le régime de priorité d'embauche pouvait également constituer une entrave au droit européen de la concurrence, selon l'article 90 du Traité de Rome, puisque la loi française avait placé le bureau chargé de l'embauche dans une position dominante liée à la disposition, dans une partie substantielle du marché commun, d'un droit exclusif. Cependant, le cas était différent concernant l'exécution de la manutention portuaire, puisque les entreprises (privées) ne disposaient d'aucun droit de ce type « exclusif ». Sur ce point, c'est la pratique qui a développé à l'égard de ces entreprises, notamment en fonction des autorisations d'occupation du domaine public et des concessions, des monopoles de fait⁶⁵². Certes, ce régime ne courait pas, en principe, le risque de contrevenir au droit de l'Union européenne découlant du régime des droits exclusifs attribués aux entreprises, mais la libéralisation que les Etats membres devaient envisager à l'égard de cette activité imposait cependant une clarification des conditions d'attribution de ces services aux entreprises, puisque des comportements anticoncurrentiels pouvaient être détectés malgré une législation conforme. Disons, pour synthétiser, que « *ce n'est pas tant le régime des entreprises de manutention que le régime portuaire érigé en France en service public, qui doit faire l'objet d'un examen au regard des règles communautaires.* »⁶⁵³. Une réforme a donc été introduite en 1992 afin d'aligner ce régime sur le droit commun du travail. Elle constituait une caractérisation de la concentration des entreprises de manutention dans les ports⁶⁵⁴. Avec l'adoption de la loi modifiant le régime du travail dans les ports, le service public de nature administrative de l'organisation du métier a été fondamentalement remis en cause.

356. Néanmoins, cette réforme ne concernait que la catégorie des manutentionnaires dite « horizontale ». Or, entre la réforme de 1992 et celle de 2008, peut être relevée une situation juridique reflétant un paradoxe important et engendrée par la limitation de cette modification à une seule catégorie de manutentionnaires, celle des travailleurs chargés des opérations « traditionnelles » de manutention, qui se sont retrouvés régis par un régime de mensualisation aux entreprises de manutention et exclus du service public d'organisation du travail de manutention. L'autre catégorie était celle des travailleurs assurant la manutention dite « verticale » (grutiers et portiqueurs) concernant la manutention traditionnelle et qui, du fait qu'ils demeuraient des agents du port, étaient donc régis par le régime dérogatoire du droit

⁶⁵² V. REZENTHEL Robert et MATTEI-DAWANCE Geneviève, « Activités portuaires et règles communautaires de concurrence. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 10 décembre 1991 (affaire n° C 179-90). *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli.* », *op. cit.*

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ Il s'agissait là d'une volonté de sortir du système « corporatiste de la manutention portuaire » concrétisée sous l'influence de l'Union Nationale des Industries de la Manutention dans les ports français (UNIM).

commun du travail, lié au service public administratif de l'organisation du travail portuaire. Cette situation reflétait en effet une absence d'unité de commandement entre les deux catégories de salariés et avait contribué à créer des difficultés techniques importantes dans l'exploitation, par les opérateurs, d'un port ou d'un terminal⁶⁵⁵. Cette difficulté était due à l'existence d'un commandement différent malgré la grande marge de complémentarité des opérations, ainsi, les dockers suivaient pour leur part les commandements des entreprises privées, alors que les grutiers et les portiqueurs obéissaient quant à eux aux instructions des ports auxquels ils étaient rattachés⁶⁵⁶. Dès lors, cette dualité juridique du régime du travail portuaire présentait un paradoxe factuel lié à une délégation systématique des outillages publics aux entreprises privées qui se retrouvaient confrontées à cette absence de régime unifié des travailleurs assurant la manutention portuaire dont elles étaient chargées. Cette situation a donc engendré une absence de coordination et d'harmonisation du travail dans les terminaux portuaires⁶⁵⁷, notamment en l'absence d'organisation du travail réparti entre ces deux catégories⁶⁵⁸.

357. Sur le plan sociale, la réforme de la manutention, en 1992, a amené à effectuer certaines démarches ayant abouti, entre autres, à la mensualisation de ces salariés qui a contribué à la réalisation de gains de productivité dans les ports, et à fournir des garanties à ces salariés, lorsque des plans sociaux ont été décidés. De surcroît, dans la majorité des ports européens, un poids syndical est intervenu pour imposer le principe consistant à embaucher en priorité les salariés dockers du port. Le procédé consistant à aller vers une harmonisation semblait nécessaire pour assurer le bon fonctionnement des opérations portuaires. Quel que soit le choix adopté afin de moderniser le fonctionnement de ces opérations portuaires, une adaptation du régime des salariés s'avérait indispensable pour parvenir à développer les activités portuaires, tout en s'accompagnant de garanties et de plans sociaux qui prenaient en compte la sensibilité de la conflictualité sociale, illustrée par des situations récurrentes et coutumières dans certains grands ports français.

⁶⁵⁵ En plus des problèmes en droit découlant de la différenciation entre deux régimes pour les salariés, du fait que la catégorie des dockers est liée aux entreprises privées après leur mensualisation par des contrats de travail, alors que celle des salariés chargés de conduire les grues est pour sa part rattachée au port, alors qu'une vision de complémentarité entre les missions respectives de ces deux catégories s'impose dans certaines opérations portuaires, ces salariés sont encadrés par des droits et des obligations différents.

⁶⁵⁶ En 2007, les rapporteurs de la modernisation des ports autonomes précisent que l'unité du régime des salariés ne se limite pas à un détachement des portiqueurs auprès des entreprises de manutention comme ce fut le cas dans les terminaux du port en 2000, ce qui a constitué une étape transitoire vers un régime d'intégration dans les entreprises de ces salariés. BOLLINET Anne, LAFFITTE Michel, GRESSIER Claude et GENEVOIS René, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007*, op. cit., p. 28.

⁶⁵⁷ V. Cour des comptes. Rapport public. *Les ports français face aux mutations du transport maritime*, op. cit., p. 65.

⁶⁵⁸ Rapport sur la modernisation des ports autonomes 2007, op. cit., p. 13.

358. Suite à ces constats, la réforme portuaire de 2008 a mis en place un régime unique pour tous les travailleurs de la manutention portuaire en prévoyant un transfert des salariés chargés de la conduite et de la maintenance des outillages vers les entreprises privées de manutention. La loi prévoit une mensualisation de toutes les catégories d'ouvriers portuaires. Ce régime unifié du travail portuaire, notamment à la suite des dispositions de la réforme de 2008 et de son application concrétisée par des modalités d'accompagnement social, a permis le rassemblement de tous les ouvriers, qu'ils soient « horizontaux » (dockers) ou « verticaux » (grutiers et portiqueurs), sous un seul commandement, démarche législative qui permettrait aux entreprises de manutention de maîtriser au mieux leurs moyens de production. Cette unification du commandement figurait dans la liste des moyens permettant la réalisation des objectifs de la réforme portuaire présentés par les rapporteurs de la réforme.

359. La spécificité du transfert du personnel en vertu de la loi portant réforme portuaire est le résultat d'une organisation qui a pris en compte les considérations sociales et l'aspect particulier du régime de la manutention dans les ports. Ainsi, elle instaure à l'occasion, et en vertu des articles 10 et 11, un « accompagnement social fort » de ce transfert. L'accord-cadre du 30 octobre 2008 a donc été signé par les organisations patronales⁶⁵⁹ et syndicales en fixant notamment « *un cadre sécurisant concernant la poursuite des contrats de travail dans les entreprises de manutention* ». Cette mesure de plan social s'avérait importante à l'égard de la conflictualité connue dans le secteur portuaire, et du régime spécifique dont bénéficiaient ces ouvriers. Elle a donc généré de fortes garanties sociales⁶⁶⁰, et ce par le biais des conventions de détachement et d'une Convention collective nationale unifiée « Ports & Manutention » **CNNU** du 10 mars 2011⁶⁶¹. Dans l'objectif de poursuivre l'unification et la clarification du régime des dockers, une nouvelle loi du 8 décembre 2015 a d'ailleurs été adoptée, qui visait à consolider et clarifier l'organisation de la manutention dans les ports maritimes, en soulignant « *l'importance que la majorité des professionnels de la manutention attache à la conservation de la spécificité du régime social des dockers* »⁶⁶².

⁶⁵⁹ (UNIM pour les entreprises de manutention et UPF pour les ports).

⁶⁶⁰ « Liées notamment au maintien de la rémunération et au "droit de retour" au sein de l'établissement portuaire d'origine : "En cas de suppression de son emploi consécutive à des motifs de nature à conduire à un licenciement économique et en l'absence de reprise de l'activité par une autre entreprise, dans la limite de 14 années suivant le détachement, le salarié sera réintégré à sa demande au sein du grand port maritime ». V. L. BORDEREAUX, « Fasc. 1192 : Manutention portuaire », *op.cit.*

⁶⁶¹ Qui est la révision de la Convention collective nationale CCN « manutention portuaire » de 1992 et de la Convention collective des personnels des ports autonomes maritimes et des chambres de commerce et d'industrie concessionnaires dans les ports maritimes, dite "Convention Verte".

⁶⁶² BORDEREAUX Laurent, « La loi du 8 décembre 2015 tendant à consolider et clarifier l'organisation de la manutention dans les ports maritimes », *DMF*, n° 776, 1er janvier 2016, p. 1

§2. Le nouveau cadre d'exercice des services portuaires dans les GPM

360. A la suite de la réforme, les conditions d'exploitation des services portuaires ne sont pas identiques, leur régime est différencié, les garanties du service public demeurent présentes pour une catégorie **(B)**, alors que l'autre catégorie serait conditionnée par un fonctionnement différent et d'autres garanties de ce fonctionnement **(A)**.

A- Le nouveau cadre d'exploitation de la manutention portuaire : les nouvelles garanties dans l'exploitation

361. Depuis l'entrée en vigueur de la loi ayant créé les grands ports maritimes et la réalisation du transfert, les activités de chargement et déchargement, ainsi que de stockage liées aux navires, doivent être transférées aux entreprises de manutention. Le fait que ce transfert ait été effectué dans la majorité des cas au profit des entreprises qui étaient auparavant installées dans les ports pourrait constituer une garantie à plusieurs niveaux. Il s'agit en effet là d'une situation assurant la continuité des services portuaires, ou pour le moins, une « relative continuité », des acteurs chargés de ces services, qui permet « *une transition en douceur pour les utilisateurs des terminaux, conservant souvent le même interlocuteur pour chaque trafic.* »⁶⁶³. Le législateur semble donc prendre en considération, dans le cadre de cette privatisation partielle, un principe essentiel du service public, à savoir la « continuité », et ce, même en écartant ladite activité du champ de l'application du régime juridique du SPP. De surcroît, d'un point de vue économique, cette priorité pourrait engendrer une fidélisation des entreprises qui ont investi dans le port, ce qui rendrait l'environnement plus avantageux pour l'exploitation.

362. Il convient, cependant, à la suite de ce transfert, de s'interroger sur les garanties de l'efficacité de l'investissement par ces entreprises bénéficiaires de la cession et ce, en premier lieu, à l'égard de l'autorité portuaire. Ces garanties s'avèrent nécessaires pour que cette dernière puisse assurer la mission qui lui est attribuée, qui consiste en la gestion générale du port. Cette responsabilité, liée à la performance, est renforcée par le fait que la réalisation d'un niveau concurrentiel des ports français constitue une responsabilité étatique à l'égard de la politique

⁶⁶³ GALLAIS-BOUCHET Anne, « Note de Synthèse n°138 ISEMAR. La cession des outillages aux entreprises de manutention dans les Grands Ports Maritimes français ».

européenne de transport en général⁶⁶⁴, mais aussi depuis les propositions et recommandations pour améliorer les performances du secteur portuaire⁶⁶⁵, ou la réalisation des objectifs du développement durable⁶⁶⁶. En ce sens, c'est possible de mentionner le régime contractuel proposé par la réforme, lequel est le régime de la convention de terminal. Ainsi, celui-ci pourrait constituer une garantie permettant au port d'assurer un certain niveau de compétitivité, voire de créer des conditions plus commerciales afin d'intéresser les opérateurs, puisque la loi d'orientation des mobilités de 2019 précise par rapport à ces conventions qu'elles « *peuvent prévoir que le montant de la redevance due comporte une part dégressive en fonction du trafic...* »⁶⁶⁷. Par ailleurs, les objectifs des trafics doivent être précisés de manière claire, ce qu'a indiqué la Cour des comptes dans son étude : « *La définition d'objectifs de trafic ambitieux mais réalistes devrait être systématisée dans les conventions de terminal et les pénalités appliquées en cas de non-atteinte des objectifs* ». L'autorité portuaire conserve donc le contrôle sur la performance des nouveaux opérateurs.

363. Si les conventions de terminal pouvaient inclure des garanties de compétitivité à l'égard des contractants des opérateurs privés, en l'occurrence le port, qu'en est-il concernant les usagers, ou les « utilisateurs »⁶⁶⁸ des suprastructures transférées aux opérateurs pour les exploiter dans les conditions concurrentielles du marché ? Avec la privatisation de l'activité de la manutention se pose la question des garanties du service public supprimé. La soustraction de la manutention du régime du service public n'était pas accompagnée de garanties aux usagers sur les conditions d'exercice de cette activité. En effet, l'autorité portuaire, lors de la conclusion de ces conventions, mais aussi dans le cadre de son contrôle de l'application de celles-ci, peut veiller à ce que les conditions de fourniture de ces services soient compatibles avec les attentes et les besoins des usagers.

⁶⁶⁴ C'est une politique qui a commencé à se concrétiser dès le traité de Rome, en 1957, mais qui s'est renforcée avec la construction du marché unique européen par l'Acte unique européen, en 1986, puis le traité de Maastricht, en 1992. La construction en 1980 du réseau transeuropéen de transport RTE-T, qui fut ensuite incorporé dans le traité de Maastricht, aurait construit un lien plus étroit entre le transport et les ports au sein de la politique européenne des transports, rapport qui a toutefois commencé à s'élargir progressivement avec le rôle des infrastructures au sein des Etats membres, dans le commerce entre pays membres, ainsi que leur impact dans la concurrence.

⁶⁶⁵ Commission européenne. Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes. 1997.

⁶⁶⁶ Notamment en ce qui concerne l'amélioration de la performance et l'équilibre des flux, les liens avec l'hinterland, les investissements et le dialogue social « Propositions de la Commission pour la remise à niveau de 300 ports maritimes ». *Les ports : un moteur pour la croissance*, 23 mai 2013, COM (2013) 295 final.

⁶⁶⁷ Article 131 de la loi 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JORF n°0299 du 26 décembre 2019.

⁶⁶⁸ Les dispositions spécifiques de la loi portant réforme remplacent le mot usager par le terme utilisateur des outillages portuaires article 9 n°1. Cela caractérise l'aspect privé de ces rapports car l'ancien mot « usager » correspondait au service public rattaché à la mise à disposition de ces outillages.

364. La question peut ainsi se poser concernant le cadre général de la responsabilité du port envers ces usagers, notamment les armateurs, en dehors des relations contractuelles. La relation entre ces deux parties peut en effet relever des règles liées à l'organisation du SPP qui demeurent appliquées dans le port malgré une diminution de son aspect économique dans les opérations de manutention.

365. Le premier principe du SPP est celui de l'égalité persistant dans la gestion générale de l'ensemble portuaire. Il s'agit là, comme mentionné auparavant, d'un principe important du service public⁶⁶⁹. Nous pouvons ainsi sur le champ nous poser la question de savoir ce qu'il en est de ce principe dans le secteur portuaire suite à la réforme de 2008. Il semble que l'établissement public portuaire se voit contraint de l'appliquer dans le cadre de sa gestion, lorsqu'il porte sur plusieurs enjeux importants lors de la gestion des **GPM**. Il convient notamment d'insister sur celui lié à la gestion du domaine public portuaire, ainsi que sur celui en rapport avec la définition des « droits de port »⁶⁷⁰. De ce fait, l'instauration d'un tarif public constitue l'une des garanties du principe d'égalité en ce qui concerne les droits de port⁶⁷¹. En matière d'utilisation de l'infrastructure portuaire, la jurisprudence administrative se montrait stricte depuis 2002 en interdisant les droits exclusifs d'utilisation d'un appontement⁶⁷², hormis si ces derniers étaient prévus pour une courte durée⁶⁷³.

366. De surcroît, ce principe paraît conditionné par d'autres qui constituent, à son encontre, d'un côté, un parallèle en droit administratif français, et un impératif indispensable dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen lié à l'exercice des services économiques,

⁶⁶⁹ CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, rec. Lebon p. 151. Il s'agit là d'un principe général du droit car il fut créé par la jurisprudence administrative sans faire la moindre référence à un texte.

⁶⁷⁰ Le droit de port a été désigné par l'article 2 du Règlement n° 2017/352/UE du 15 février 2017 comme une « redevance d'infrastructure portuaire », c'est-à-dire : « une redevance prélevée, au bénéfice direct ou indirect du gestionnaire du port ou de l'autorité compétente, pour l'utilisation des infrastructures, des installations et des services, y compris dans les voies navigables d'accès au port concerné, ainsi que pour l'accès à la prise en charge des passagers et des cargaisons, mais à l'exclusion des redevances d'occupation domaniale et des redevances d'effet équivalent ». Selon le Conseil constitutionnel, les droits de port sont des redevances pour services rendus (Cons. Const. 6 octobre 1976 - JO 9 octobre 1976 p. 5953 ; Cons. Const. Décis. n° 92-171 L du 17 décembre 1992, JO 20 décembre 1992 p. 17477). V. R. REZENTHEL, « La tarification des prestations portuaires : une liberté surveillée », *DMF*, n° 798n 2018.

⁶⁷¹ Néanmoins, sous certaines conditions, des différences de tarifs peuvent être pratiquées, en fonction d'un arrêt du Conseil d'Etat : *Denoyez et Chorques*, des différences de traitement peuvent être pratiquées à l'égard des usagers. Cet arrêt précise que cela s'avère en effet possible lorsque la loi l'autorise ; ou en raison de l'intérêt général en rapport avec l'objet et les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage ; ou de l'existence de différences appréciables entre les usagers. CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 88148.

⁶⁷² Hormis en justifiant d'une raison impérieuse d'intérêt général. CE 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223100. rec. Lebon p. 918 (Contrats-Marchés publ.2002, comm.148, note P. Delelis, *DMF* 2002, p.771, note R. REZENTHEL).

⁶⁷³ CE, 6 février 1998, *Deher*, n° 159512. L'exclusivité de l'utilisation d'un appontement pour une demi-heure a été jugée légale.

de l'autre. Il s'agit là du principe de transparence⁶⁷⁴. La loi Sapin I est venue renforcer la notion de transparence existante, le service public portuaire fait ainsi obligatoirement l'objet d'une publicité⁶⁷⁵. Du principe d'égalité découle aussi celui de neutralité

367. Ainsi, l'autorité portuaire doit assurer les services d'accueil des navires aux postes et attribuer des autorisations aux occupations des dépendances du DPP selon des critères précis en amont et, ce sans discrimination entre les usagers. D'ailleurs, c'est par le biais de la transparence que le gestionnaire portuaire peut assurer un respect de cette égalité entre les usagers des services portuaires, qui demeurent dépendants des décisions de l'autorité portuaire pour exercer leurs activités⁶⁷⁶. Des publications adéquates des tarifs doivent donc être mises en place afin d'assurer cette transparence

368. La gestion domaniale implique le respect de ces trois principes à la fois, car le gestionnaire domanial ne doit pas créer, par le biais des autorisations d'occupation du domaine public portuaire, de discriminations entre les usagers du domaine public⁶⁷⁷, de manière à favoriser indûment un occupant. Il est à noter que dans le cas où ce domaine constitue le siège d'exercice d'une activité économique, ce qui n'est pas rare en ce qui concerne le domaine public portuaire, un niveau de transparence plus élevé sera exigé de la part de cette autorité.

369. En plus du principe d'égalité, celui de continuité pourrait, en principe, présenter une garantie opérationnelle importante pour les usagers des ports maritimes, et ce notamment à l'égard d'un autre phénomène juridique qui est le droit de grève. Ce dernier a été mentionné dans le Préambule de la Constitution de 1946⁶⁷⁸ et sa « nature particulière », qui tient à un aspect contraire aux autres droits⁶⁷⁹, a été affirmée par le Conseil constitutionnel en 2007⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ Elle se concrétise notamment par l'obligation de communication des documents administratifs (CE, 10 juin 1994, Ph. Lacan) résultant de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée (JO 18 juill. 1978, p. 2851), et par la motivation des actes administratifs dont les conditions sont définies par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée (JO 12 juill. 1979, p. 1711).

⁶⁷⁵ Art R.211-2 et R.211-2-1, et s du Code des ports maritimes.

⁶⁷⁶ Lorsque, dans les ports de commerce les droits de port s'étendent pour inclure : une redevance sur le navire, de stationnement, sur les marchandises et les passagers, ainsi qu'une autre sur les déchets d'exploitation des navires. *Ibid.*

⁶⁷⁷ Il s'agit ici d'une application d'un autre principe du service public qui est la neutralité, puisque le gestionnaire du domaine public portuaire ne doit pas favoriser indûment un occupant du domaine public. CE, Sect 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260.

⁶⁷⁸ Il figure dans le septième alinéa qui dispose que : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

⁶⁷⁹ Selon Laurence GAY, cette formule fait « spontanément penser à la définition de ce droit comme un pouvoir de nuisance qui « vient contrarier, bousculer, contredire les autres droits ». V. « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 45 (Le Conseil constitutionnel et le droit social) - octobre 2014. Site du Conseil constitutionnel.

⁶⁸⁰ Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

Cependant, la conciliation entre le principe de continuité du service public et celui tenant au droit de grève constitue un enjeu juridique important. Il s'agit là d'une nécessaire conciliation entre deux principes de valeur constitutionnelle⁶⁸¹. Ainsi, le premier, la continuité, traduit la nécessité du service pour les besoins essentiels du pays, alors que le second reflète pour sa part « le choix d'un modèle d'Etat social »⁶⁸². En ce qui concerne la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat a reconnu au principe de continuité du service public la valeur de principe général du droit tout en admettant toutefois la nécessité de sa conciliation avec le droit de grève⁶⁸³. Une telle conciliation trouve pleinement son enjeu dans le cas des services portuaires se caractérisant par un fort mouvement social. Les règles générales du droit du travail s'appliquent également aux mouvements sociaux dans les ports. Il a ainsi été jugé par la Cour de cassation que les personnels d'un port maritime autonome étaient soumis à un préavis de grève de cinq jours⁶⁸⁴ et ce en application de l'article L 521-3 du code du travail⁶⁸⁵. En 2002, le Conseil d'Etat a considéré, d'ailleurs, que le juge pouvait ordonner l'expulsion des manifestants bloquant les accès maritimes ou terrestres d'un port⁶⁸⁶, dès lors que cette situation constituait une entrave à la continuité du service public portuaire. Il semble donc que le juge constitue un garant en aval de cette conciliation lors de l'exploitation portuaire, alors que l'autorité portuaire est pour sa part la garante en amont, lorsque des décisions prises peuvent engager sa responsabilité à l'égard des usagers, et en vertu du contrôle de légalité.

370. Enfin, la règle de la mutabilité, trouverait pleinement, par principe, son application dans le port, car le secteur portuaire est un domaine lié aux développements technologiques hétérogènes des activités exercées dans l'enceinte portuaire⁶⁸⁷. Ce service doit s'adapter aux évolutions des besoins collectifs de l'intérêt général et des usagers, notamment en ajustant à la

⁶⁸¹ Cons. Const, n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 (RD publ. 1979 p. 1705) droit de grève à la radio-télévision. Le Conseil d'Etat a attendu l'avis du conseil constitutionnel pour considérer, en 1980, que ce principe était fondamental et utiliser cette formulation (à propos du service des enseignements CE 13 juin 1980, n° 17995, Mme Bonjean : Lebon, p 274.), bien qu'il eût fait prévaloir l'idée de continuité des services publics bien avant la Ve République (A propos de l'exercice de la grève dans la fonction publique : CE 7 août 1909, *Winkell* : Lebon, p ; 826 ; *RDP* 1909, p. 494.

⁶⁸² Laurence GAY, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? », *op. cit.*

⁶⁸³ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Gr. Ar. n°77.

⁶⁸⁴ Cass. soc., 16 juill. 1997, n° 95-22.276, *Port autonome Bordeaux* : *JurisData* n° 1997-003382 ; *Bull. civ.* 1997, V, n° 269.

⁶⁸⁵ Devenu Art. L 5212-1 et L 5212-2 du même Code.

⁶⁸⁶ CE, ord., 13 déc. 2002, n° 248591, *Sté international sporting yachting club de la mer [ISYCM]*, concernant l'occupation sans titre d'un domaine public portuaire entraînant à l'égard du service public portuaire une interruption, à la suite de la déchéance d'une concession entre la commune et une société (ISYCM).

⁶⁸⁷ En 1991, la CJCE a jugé que l'entreprise chargée de missions particulières liées à un intérêt économique dans la gestion du port de Gênes avait refusé de recourir à la technologie moderne, ce qui a entraîné des délais plus lents pour la réalisation des services et des coûts importants. CJCE, 10 décembre 1991 *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, aff n° 179/90, *op.cit.*

demande du marché, ses activités de production économique. L'intérêt général varie avec le temps et le régime des services publics doit lui aussi pouvoir le faire. L'importance de ce principe se manifeste concernant les contrats administratifs, lorsqu'il pourrait justifier une modification unilatérale de ces derniers afin d'ajuster le service aux besoins⁶⁸⁸. D'ailleurs, la mutabilité est concrétisée dans les grandes lignes de la réforme, lorsqu'il s'agit d'une transformation effectuée dans le but de rendre le SPP plus adapté aux besoins d'un secteur de plus en plus économique. La concentration des missions de l'autorité publique dans celles régaliennes répond également à cette mutabilité et permet aux gestionnaires publics d'assurer pleinement leur responsabilité envers les usagers des **GPM**.

371. Ainsi, malgré une privatisation partielle de l'activité économique dans les GPM, l'intérêt général économique ne devrait pas pour autant diminuer. L'autorité portuaire est le « pilote » qui veille à la réalisation des intérêts généraux portuaires, administratifs ou économiques, elle le fait en appliquant les principes généraux du **SP** et en assurant pleinement sa nouvelle mission de **SPP**, celle de police portuaire. En ce sens, R. Rézenthel précise que *« des activités économiques relevant du secteur privé, participent au fonctionnement du service public portuaire bien qu'elles n'en fassent pas partie. »*. Ainsi, en conservant la gestion publique, la responsabilité du gestionnaire portuaire demeure effective envers les usagers des ports, que ce soit en fonction d'un contrat ou en l'absence de celui-ci. Sur ce point, il est possible d'identifier un quasi-contrat entre le port et ces parties non contractantes, et ce en fonction de l'article 1370 du Code Civil⁶⁸⁹. Cette perspective de relations pour ainsi dire contractuelles relève d'un aspect juridique spécifique, qualifié de « droit souple »⁶⁹⁰. Ce dernier crée un environnement d'échange des droits et des obligations dans un intérêt général entre plusieurs parties concernées par la prospérité des ports et la pérennité de l'exploitation des services. Il s'agit là de plusieurs acteurs : les gestionnaires portuaires ; les parties y étant liées par des contrats ; les parties liées sans contrat ; les collectivités locales ; et le personnel. L'enjeu s'avère important car des négociations et accords doivent être maintenus afin d'impliquer toutes ces parties dans la question du développement économique portuaire, en présentant par- là même les bénéfices potentiels de chaque partie.

⁶⁸⁸ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, rec. Lebon p.2016 : Possibilité de modification administrative (par le préfet en l'espèce) d'un contrat pour assurer le marché normal du service.

⁶⁸⁹ Art 1370 Code Civil : « *Certains engagements se forment sans qu'intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé* ».

⁶⁹⁰ V. R. REZENTHEL, « Le transport maritime et les activités portuaires dans le contexte du droit souple », *DMF*, n° 791, 1er mai 2017.

372. Toutefois, une grande partie de la garantie du bon fonctionnement du **GPM** peut être assurée par le biais d'une application efficace du droit de la concurrence⁶⁹¹. L'exercice de la manutention serait ainsi soumis au droit de la concurrence⁶⁹², dont les principes sont à l'origine même de la modification de son régime, mais quant aux autres activités économiques portuaires, leur régime demeure-t-il épargné par les redéfinitions appliquées au niveau de l'activité de manutention portuaire ?

B- Les services portuaires nautiques : un marché protégé

373. Tout en s'opposant à la principale caractéristique de la mutation essentielle du service public portuaire industriel et commercial dans les **GPM** débouchant sur sa privatisation, notamment à l'égard du droit européen, d'autres activités qui constituent des éléments de l'économie portuaire, celles qui peuvent être désignées comme nautiques, en opposition à la manutention dont les opérations s'exercent principalement « à quai », se voient confirmées en tant que service public. Il convient ainsi de rechercher le régime d'organisation de ces services au sein d'un cadre devant concilier intérêt général et droit de la concurrence.

374. Le caractère commun de ces activités est le lien étroit avec l'autorité publique, et leur suggestion à des obligations de service public, notamment pour des raisons de sécurité⁶⁹³, ce qui a entraîné une stabilisation de leur régime pour longtemps, en engendrant la qualification de leur régime en tant que « *vieilli au niveau interne ou excessivement jurisprudentiel sur le plan communautaire* ».

375. L'activité de pilotage portuaire est un service obligatoire par principe⁶⁹⁴, cette obligation implique tous les navires français ou étrangers dans les ports⁶⁹⁵. Cette activité consiste à assister les navires qui entrent ou sortent des ports et des eaux maritimes et ce grâce

⁶⁹¹ V. *infra*, 1^{ère} partie, 2^{ème} titre, 2^{ème} chapitre.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ LE MONNIER DE GOUVILLE Antoine, « Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence. Le pilotage, le remorquage et le lamanage sur les voies de la réforme. », *DMF*, n° 633, 1er janvier 2003, p. 1.

⁶⁹⁴ Article 2 de la loi du 28 mars 1928 sur le régime du pilotage dans les eaux maritimes, JORF du 31 mars 1928, p. 3673.

⁶⁹⁵ En fonction de l'article 3 du décret n° 69-515 du 19 mai 1969 (JORF 01 juin 1969 p.5459) modifié relatif au régime du pilotage dans les eaux maritimes, cette obligation existe là où se trouve une station de pilotage dans les limites fixées par le règlement local de la station pour chaque port. Il est à noter que cette station n'a pas de personnalité morale : L. COURCOL, « La structure d'une station de pilotage », *DMF* 1999. 355-363. CE, 12 février 1958, *Station de pilotage de Honfleur*, Rec. p. 96.

à l'intervention d'un pilote qui est nommé et qualifié par l'Etat⁶⁹⁶. Etant donné les conditions d'organisation de ce service, qui impose à ses prestataires des obligations de service public, et à leur contribution à la réalisation de la sécurité et de la continuité de l'exploitation portuaire, cette activité a été considérée comme partie intégrante d'un **SPIC**⁶⁹⁷. Les pilotes ainsi commissionnés exerçaient cette activité en bénéficiant d'un monopole. Mais, c'est à l'égard même des circonstances de l'exercice de ce monopole que la jurisprudence de l'Union européenne devait se prononcer et ce concernant une entreprise de pilotage portuaire dans le port de Gênes. Après avoir qualifié l'important marché du port de Gênes de partie essentielle du marché commun, la **CJCE** précisait que cette coopération se trouvait dans une situation d'abus de position dominante en fonction des articles 90 §I et 86 du TU⁶⁹⁸. Au même titre, la Cour a retenu que cet acte ne constituait pas une activité de service d'intérêt économique général⁶⁹⁹.

376. En ce qui concerne les deux autres activités nautiques, le lamanage et le remorquage, par plusieurs aspects elles sont proches l'une de l'autre. Bien que n'étant pas obligatoires en droit français, comme c'est le cas du pilotage⁷⁰⁰, toutes deux sont considérées, comme des activités de service public, mais également en droit de l'Union européenne. Leur exercice est soumis à un agrément fixant les obligations de service public que les entreprises les exerçant sont tenues de mettre en place, leur responsabilité peut être engagée en fonction de ces agréments ; que ce soit vers l'autorité portuaire eu égard à cet agrément⁷⁰¹, ou bien en fonction d'un contrat⁷⁰², responsabilité qui peut être engagée envers les usagers⁷⁰³.

⁶⁹⁶ Article 1 de la loi du 28 mars 1928, *op.cit.*, et article L5341-1 du Code des transports.

⁶⁹⁷ C.E., sect., 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, concl. ROUGEVIN-BAVILLE, A.J.D.A., décembre 1972, p. 646-652.

⁶⁹⁸ Et ce en imposant des tarifs différents par cette coopération qui monopolise les transporteurs maritimes, selon que ceux-ci réalisent leurs opérations de transport entre des ports du même territoire ou entre Etats membres (cabotage maritime). CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. C-18/93, Rec. p. I-1783, points 31 ; obs. BONASSIES (P.), *DMF* 1994. 665-668.

⁶⁹⁹ Il s'agit ici d'un désaccord manifeste entre la France et l'UE. NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*. Thèse, 2013, *op.cit.*, p. 68.

⁷⁰⁰ L'autorité portuaire peut demander le recours au lamanage aussi bien pour la sécurité du navire que pour celle du port.

⁷⁰¹ Les obligations de service public peuvent être imposées par l'autorité portuaire (ou préfectorale) par le biais de cet agrément, qui constitue un acte administratif unilatéral. CE, 9 octobre 2006, *fédération des arts martiaux traditionnels vietnamiens*, n° 297947.

⁷⁰² Et dans ce cas, à la différence de l'agrément, les obligations de services publics sont imposées par le biais d'une délégation de service public, ce contrat de délégation attribue, après appel à candidatures dans les conditions fixées par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, le droit d'exercer une activité de service public pour le concessionnaire ou le fermier.

⁷⁰³ Cass. Com. 7 janvier 1997, *Compagnie de remorquage et sauvetage Les abeilles*, pourvoi n° 94-20585. La Cour de cassation a jugé, en cas de non-respect des conditions de l'agrément, que le titulaire de cet agrément peut engager sa responsabilité quasi-délictuelle à l'égard des tiers usagers des installations portuaires.

377. A l'occasion d'un litige concernant les conditions d'organisation du lamanage en 2009⁷⁰⁴, la question s'est posée de savoir si cette activité constituait une activité de police. La décision du Tribunal administratif de Nice tend à considérer que cette activité est un service économique, cependant, selon R. Rézenthel, l'agrément exigé relève bien d'une mesure de police⁷⁰⁵. Cette décision aurait aussi pour effet de « *pousser les activités portuaires à s'aligner sur le régime de la délégation de service public et à respecter ses fondements* »⁷⁰⁶, et cela par rapport au système des agréments, relevant d'un aspect unilatéral.

378. Dans tous les cas, la nature de ces activités justifie leur aspect assez réglementé. Le lamanage⁷⁰⁷ et le remorquage⁷⁰⁸, constituent des activités indispensables pour la sécurité portuaire, les entreprises chargées de leur exercice doivent assurer la continuité du service public et mettre à disposition tous les moyens nécessaires (humains et matériels), et il leur faut prévoir un service minimum en cas de grève.

379. Ce régime a été placé relativement à l'écart du droit de l'Union européenne⁷⁰⁹. Cette stabilisation de leur régime a également été influencée par une politique européenne moins rigide et tranchante à leur égard par rapport à l'activité de manutention⁷¹⁰. C'est l'étroitesse du marché et les liens étroits avec la sécurité qui a empêché une transformation drastique de leur régime semblable à celle apportée à l'activité de manutention. Concernant ces activités, c'est le compromis entre l'intérêt général et l'économie du marché dans le système portuaire qui fait prévaloir le côté de l'intérêt général. Il n'en demeure pas moins que leur organisation par les autorités publiques (agrément, renouvellement, contrats) et que leur exercice par les entreprises

⁷⁰⁴ Lié à un litige sur le renouvellement d'un agrément pour l'exercice de l'activité de lamanage.

⁷⁰⁵ REZENTHEL Robert, « Régime juridique de l'exercice du lamanage sous TA Nice 7 juillet 2009 SARL Service Maritime du Port de Nice et autres, n° 0603279 », DMF, n° 707, 1 octobre 2009, p. 7.

⁷⁰⁶ NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse., op. cit., p. 70.

⁷⁰⁷ C'est-à-dire l'amarrage des navires à un quai ou à un appontement.

⁷⁰⁸ Qui peut être défini comme une aide mécanique à un navire remorqué « peu manœuvrant », grâce à la mise à disposition d'une force motrice, et cela en fonction d'un contrat, qui peut être assimilé à un contrat de transport, ou par d'autres à un contrat de louage de service. V. les observations de Robert REZENTHEL sous Cass. Com., 23 novembre 1999, *Navire Argonaut*, DMF 2000. 597-603. V. A. Le Monnier De Gouville, « Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence. Le pilotage, le remorquage et le lamanage sur les voies de la réforme », DMF, 2003, op. cit.

⁷⁰⁹ Alors que ce dernier a commencé à mettre en place une politique d'amélioration, d'harmonisation du régime et de libéralisation concernant les services portuaires. Le livre vert en 1997, ainsi que la proposition en 2001 de la directive du Parlement et du Conseil concernant l'accès aux services portuaires.

⁷¹⁰ Le droit dérivé, se représentant dans la proposition de la directive 2001, n'a pas vraiment envisagé de changements fondamentaux dans le secteur des services nautiques français. V. LE MONNIER DE GOUVILLE Antoine, « Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence. Le pilotage, le remorquage et le lamanage sur les voies de la réforme. », op. cit., p. 10.

doivent veiller au respect des principes issus de droit de l'Union européenne⁷¹¹, sous peine de sanctions en cas d'abus constitués par l'aspect exclusif de leur exercice⁷¹². Ni la proposition de Règlement en 2001, ni celle d'un règlement plus d'une décennie plus tard, n'ont envisagé clairement une libéralisation de ces activités, même celle qui a été considérée comme purement économique (le pilotage). Cependant, les Etats membres connaissent désormais les enjeux de la concurrence dans l'organisation de ces activités, dans le cadre de la réalisation d'une attractivité, en vue de créer un milieu rassurant pour l'investissement grâce à une certaine transparence et un niveau de sécurité et de continuité satisfaisants pour les opérateurs et les usagers-clients du service public portuaire, dont la mutation a engendré des conséquences importantes en ce qui concerne les dispositions les encadrant.

⁷¹¹ CJCE, 18 juin 1998, *société Corsica ferries France et Groupe Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Copo art et autres*, aff. n° C-266/96, point 41.

⁷¹² CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. C-18/93, Rec. p. I-1783, points 31 ; obs. BONASSIES (P.), DMF 1994. 665-668.

Conclusion du chapitre I

380. Si le service public constitue un principe insaisissable en raison de sa dépendance de la notion de l'intérêt général qui évolue au fil du temps, celui de service public portuaire illustre ce caractère « fluctuant » du service public et le lien étroit qu'il a avec les conceptions politiques et économiques en vigueur aux niveaux national, européen et international.

381. La soumission récente du régime des services portuaires au droit de la concurrence afin d'ériger un système ouvert de la concurrence de ces services n'a pas épargné le régime juridique du service public, cette soumission a même participé à cette transformation dans les trajectoires de ce régime. Cependant, la conséquence de la réforme de 2008 concernant cette transformation du périmètre de **SPIC** n'est qu'une réponse de nature purement économique au constat du recul que ce régime avait jusqu'alors concrétisé.

382. La maîtrise des moyens de production instaurée par le législateur du secteur privé constitue la prise en compte de ces pensées libérales dans la production portuaire. Il apparaît que l'intérêt général transforme ses trajectoires vers un aspect de productivité économique, il convient d'admettre que les règles mises en place afin de garantir une ouverture à la concurrence sont l'instrument juridique essentiel permettant de contrôler cet intérêt général sous ses nouvelles perspectives, tout en s'accompagnant d'autres instruments de droit du travail, ou de droit privé liés à l'organisation des relations contractuelles. L'élément déterminant pour l'autorité portuaire est la transparence dans la mise en place de sa politique de gestionnaire, alors qu'il est toujours propriétaire de son domaine public.

383. Aussi, les principes ou les lois du service public peuvent continuer à jouer pleinement dans l'encadrement des relations juridiques entre les parties, et ce à l'égard de la nouvelle équation présentée dans l'exploitation portuaire moderne basée sur une autorité portuaire publique recentrée sur ses missions de police, mais transformée dans ses missions économiques pour lesquelles elle a un rôle de « pilote » responsable de l'intérêt économique général du **GPM**.

CHAPITRE II : LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DU REGIME DES SERVICES PORTUAIRES

384. A la suite de la réduction d'un service public essentiel dans le secteur portuaire, la question qui se pose est de connaître le nouveau périmètre que constitue le nouveau régime des services portuaires afin de trouver un nouvel équilibre remplaçant l'ancien, mais assurant surtout les nouveaux impératifs imposés dans le cadre de l'organisation de ces services. Comment assurer le bon fonctionnement du port et réaliser l'équilibre entre des intérêts de nature contradictoire ? Il semblerait que cela serait possible en abordant les conséquences de cette transformation poussée par des impératifs économiques sur le droit administratif, pour vérifier ensuite les conséquences de cette réforme sur ces notions, mais également l'adaptabilité de ces dernières aux évolutions dans le secteur portuaire. Il convient ainsi d'étudier la mutation du régime juridique des services portuaires, processus qui a été introduit au sein du droit administratif (**section 1**).

385. Si le droit européen constitue une raison essentielle de la modification engendrée dans le service public portuaire, il pourrait présenter un cadre assurant un degré important de régulation et d'harmonisation entre les pays membres dans la caractérisation du régime du service public selon ses règles et sa constitution.

386. Il serait judicieux d'examiner, dans un second temps, le régime des services portuaires sous l'angle du droit européen. Celui-ci semble offrir à la fois une possibilité de confrontation avec le régime de service caractérisé par un cadre protégé, comme cela était le cas dans le service de manutention, par exemple, ainsi qu'un cadre d'équilibre organisé par cette législation. (**Section 2**).

Section 1. Le Service public portuaire : expression des évolutions de la notion d'intérêt général

387. Le concept d'intérêt général a évolué dans l'organisation du service public portuaire. D'un côté, il serait caractéristique pour la définition des principes régulant les missions de l'autorité portuaire (§1), de l'autre, il engendrerait une nouvelle perspective dans la contractualisation pour la délégation de l'exécution des activités portuaires (§2).

§1. L'intérêt général dans la définition des missions du GPM

388. L'intérêt général, tout en constituant la raison essentielle de maintenir les **GPM** dans le domaine des missions de services publics, ainsi que du régime du droit public, connaît sa propre évolution en suivant les nouvelles conditions économiques dans le port (**B**). Cependant, cet intérêt serait une raison caractéristique pour recentrer l'autorité portuaire dans des missions assurant cet intérêt (**A**).

A- Le renforcement des missions administratives du port

389. La réforme de 2008 concernant la modernisation des ports commerciaux a contribué à clarifier les missions des nouvelles institutions portuaires. Elle consiste en la confirmation des missions administratives par la loi créant ces ports. Ainsi, l'exclusion des missions à caractère économique de la compétence de l'autorité portuaire s'accompagne de la confirmation d'un recentrage de ces ports dans des missions administratives, traditionnelles, mais aussi des nouvelles.

390. Les services publics sont présumés administratifs, hormis en application de la méthode dite du « faisceau d'indices » pour dégager les critères de la présence d'un **SPIC**. Selon la jurisprudence, ces critères consistent dans l'objet, le mode de financement et les modalités d'organisation⁷¹³, une présence cumulative de ces trois éléments s'avère nécessaire⁷¹⁴ pour distinguer le **SPA** et le **SPIC**. C'est le juge qui procède à cette qualification en vérifiant la présence ou non de ces critères.

⁷¹³ CE, ass., 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* : Rec. CE 1956, p. 434.

⁷¹⁴ T. confl., 15 déc. 2003, *Préfet du Val d'Oise*, n° 3395 : Rec. CE 2003, tables p. 819.

391. La création confirmative de l'établissement public pour la gestion du secteur portuaire, plus encore, le recentrage de ce nouvel établissement dans des missions relevant du registre de l'organisation générale des ports par l'adoption de plans et en mettant en place des prérogatives de puissance publique, ayant pour conséquence le caractère administratif⁷¹⁵, démontrent bien l'intérêt général lié à cette gestion et à son organisation par le texte. Cet intérêt tient principalement à deux aspects distinctifs qualifiés au niveau national⁷¹⁶. Le premier élément est lié à des objectifs de nature purement administrative. Concrètement, ces missions consistent en la mise en place d'une politique publique qui assure des principes dans un secteur présentant des enjeux importants à des niveaux impliquant ces principes, comme la protection de l'environnement, la sécurité et la sûreté portuaire, dans un contexte de renforcement de ces objectifs mis à la charge des Etats dans leurs organisations européenne et internationale.

392. Ce recentrage confirme « l'administrativité » présumée par l'absence de qualification législative du port autonome en **EPIC**⁷¹⁷, et met fin à la jurisprudence dite de l'établissement public à « double visage » dans tout ce qui en découle concernant la dualité dans la compétence juridictionnelle et les controverses susceptibles d'en résulter⁷¹⁸, sachant que le législateur a, par rapport à d'autres établissements publics, attribué explicitement ce caractère. C'est ainsi qu'ont été définies par la loi les missions économiques de l'établissement, ainsi que les règles concernant la juridiction compétente, celles du droit privé, comme c'est le cas en matière de voies navigables, lorsque le législateur a qualifié le caractère de l'établissement public d'industriel et de commercial⁷¹⁹. Selon S. Mouton⁷²⁰, le maintien de la qualité d'établissement à double visage de certains établissements publics a une vocation défensive pour le juge administratif, lorsqu'elle protège sa compétence dans un domaine où elle peut être lourdement contestée et tout d'abord, par le législateur.

⁷¹⁵ Le législateur, à l'instar de la non-définition du caractère du nouvel établissement public portuaire, ne définit pas, d'ailleurs, le caractère de ces services, et comme le précise M. Benoît DELAUNAY, le législateur utilise rarement la faculté de définir le caractère des services publics qui aurait pour effet d'établir une limite à une interprétation jurisprudentielle divergente, comme c'est le cas des services publics d'assainissement en fonction de l'article L. 2224-11 CGCT. DELAUNAY Benoît, « Synthèse - Services publics », *op. cit.*, p. 5.

⁷¹⁶ Même si la mise en place est organisée par une gouvernance assurant l'implication des acteurs de plusieurs niveaux, liés à une gestion participative et intégrant ainsi des acteurs locaux, des entreprises privées, des acteurs sociaux concernés par le développement du secteur portuaire.

⁷¹⁷ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.*, p. 5.

⁷¹⁸ Cass. Civ. 1^{re} 23 mars 2011, F-P+B+I, n° 10-11.889 ; T. confl. 28 mars 2011, *Groupe forestier de Beaume Haie c. Office national des forêts*, n° 3787, dans ces deux arrêts rendus à quelques jours d'intervalle et intéressant un établissement public à double visage, les deux juridictions adoptent des solutions opposées, la première juridiction fait prévaloir la compétence judiciaire, la seconde retient, à l'inverse, celle administrative.

⁷¹⁹ Article 1 alinéa 1 de la loi n° 91-1385 du 31 décembre 1991 portant dispositions diverses en matière de transports.

⁷²⁰ MOUTON Stéphane, « A propos de la réforme portuaire », *op. cit.*

393. Le renforcement de ces missions administratives, constitue, comme cela a été développé dans le titre I, une façon de transformer l'établissement public en un moyen de régulation. Il s'agit de répartir les missions entre le port et les différents acteurs et ce dans la perspective d'impliquer toutes les parties concernées par la réalisation de l'intérêt général.

394. Cet intérêt général constitue un aspect traditionnel des missions administratives dans le port. Cela concerne notamment la mission de police, qui ressort de la compétence de l'Etat⁷²¹ en fonction du Titre III du Code des ports maritimes⁷²² et ce concernant la police dans tous les ports maritimes. En fonction de la sous-section de ce même titre, l'exercice de cette mission dans le grand port maritime est assuré par le président du directoire. Ce dernier constitue également l'autorité investie du pouvoir de police portuaire. Dans ce titre le législateur organise des missions de police qui relèvent des attributs de ce président au nom de sa double qualité. Ainsi, « L'autorité portuaire exerce la police de l'exploitation du port, qui comprend notamment l'attribution des postes à quai et l'occupation des terre-pleins. Elle exerce la police de la conservation du domaine public du port. »⁷²³, alors que « L'autorité investie du pouvoir de police portuaire exerce la police du plan d'eau qui comprend notamment l'organisation des entrées, sorties et mouvements des navires, bateaux ou autres engins flottants. Elle exerce la police des marchandises dangereuses. Elle contribue au recueil, à la transmission et à la diffusion de l'information nautique. »⁷²⁴.

395. Cette répartition tient également à une autre mission liée à l'aménagement du domaine portuaire, qui consiste notamment en « *la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes* ». Le régime financier de la mission de dragage relève de l'Etat⁷²⁵, qui supporte les frais des travaux exercés dans le cadre de l'exercice de cette mission, à cette fin un **GIE**⁷²⁶ a été créé entre l'Etat et les sept grands ports maritimes, mais également de la région des Hauts-de-France en 1979⁷²⁷. Sur la base de l'article précisant l'attribution de cette mission au **GPM**⁷²⁸, le port s'attèle à la réaliser selon les modalités qu'il détermine.

⁷²¹ Art. L 5331-2 du C. transp.

⁷²² Titre III « Police des ports maritimes ».

⁷²³ Art. L 5331-7 du C. transp.

⁷²⁴ Art. L 5331-8 du C. transp.

⁷²⁵ Articles R. 5313-69 et suivants du Code des transports qui prévoit que l'État supporte les frais de l'entretien et de l'exploitation des écluses d'accès, de l'entretien des chenaux d'accès maritimes, de la profondeur des avant-ports et des ouvrages de protection contre la mer, ainsi que les dépenses relatives aux engins de dragage. L'État prend également en charge la part correspondante des frais généraux des ports.

⁷²⁶ Groupement d'intérêt économique.

⁷²⁷ « Il assure la constitution, la maintenance et le renouvellement d'un parc de dragues et d'engins de services le mieux adapté possible aux besoins des ports. » <http://www.dragages-ports.fr/missions-et-organisation/>.

⁷²⁸ « 1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes » L 5312-2 Code des transports.

396. Un autre élément lié à cette mission d'aménagement du **GPM** consiste en « *la gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté* ». Le **GPM** a la qualité d'aménageur en fonction de l'article L 300-4 du Code de l'urbanisme, qui précise que « *L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation.* », cependant, aucune disposition du Code de l'urbanisme ne prévoit la situation des ports au regard de la procédure de lotissement⁷²⁹. En fonction de ce même Code, une occupation du domaine public pourrait constituer, dans le cadre de l'aménagement portuaire, une dispense du permis d'aménager⁷³⁰.

397. Les travaux réalisés dans le cadre de ces aménagements et de l'entretien des accès maritimes peuvent engager la responsabilité de l'autorité portuaire à l'égard d'autrui subissant des préjudices. Le gestionnaire du port est tenu d'entretenir les chenaux d'accès à celui-ci conformément à leur destination⁷³¹, ainsi sa responsabilité peut être engagée s'il n'a pas réalisé de dragage pendant une longue période et que cette circonstance a occasionné des dommages pour les navires⁷³². Cependant cette responsabilité est écartée⁷³³ et ce en faisant preuve d'une « diligence suffisante »⁷³⁴. La responsabilité de l'autorité portuaire en sa qualité de maître d'ouvrage peut également être engagée lors de la réalisation d'ouvrages portuaires engendrant des préjudices à autrui, ce qui donne lieu à des indemnisations, mais ce n'est pas toujours le cas, lorsqu'un occupant du domaine public peut se voir obligé de supporter les sujétions afférentes aux travaux de protection de leurs installations, rendus nécessaires par l'exécution de travaux portuaires⁷³⁵. Le juge exerce le contrôle afin de vérifier la conformité de ces travaux avec l'intérêt du domaine⁷³⁶.

398. A côté de cet aspect classique des missions de l'autorité portuaire, d'autres missions administratives, mais dont l'objectif est distinct, figurent dans la définition législative des missions des **GPM**.

⁷²⁹ A l'égard de l'article L 442-1 du Code de l'urbanisme (dans sa version issue de l'ordonnance du 22 décembre 2011), le lotissement est l'opération qui consiste en « *la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis* ».

⁷³⁰ Art R 425-28 Code de l'urbanisme. Livre IV. Section 3 : Opérations pour lesquelles l'autorisation prévue par une autre législation dispense de permis ou de déclaration préalable.

⁷³¹ Lorsque ces chenaux constituent des ouvrages publics selon la jurisprudence : CE, 26 mars 1960, *Cie maritime transports de goudrons* : DMF 1960, p. 336.

⁷³² CE, 2 mars 1956, *Dupont* : Rec. CE 1956, p. 106.

⁷³³ CE, 10 nov. 1937, *Braconnot* : Rec. CE 1937, p. 182. – CE, 18 mai 1955, *Sté Eternit* : Rec. CE 1955, p. 819.

⁷³⁴ REZENTHEL Robert, « Fasc. 408-60- Ports maritimes. – Police et responsabilité », *op. cit.*, p. 37.

⁷³⁵ CE, 10 oct. 1986, *Port autonome Marseille c/ Gaz de France* : Rec. CE 1986, p. 228.

⁷³⁶ CE, 8 févr. 1980, *Delphin* : Rec. CE 1980, p. 70. ; CAA Bordeaux, 28 févr. 2002, n° 99BX01926, *CCI Guyane*.

B- Les missions administratives sous un angle évolutif de développement durable

399. Le recentrage du **GPM** dans les missions administratives illustre les nouvelles caractéristiques du fonctionnement du port, en mettant en avant la mission économique du port, car le retrait des ports de l'exploitation économique principale parmi les activités portuaires est remplacé par la confirmation d'une mission d'encadrement et d'orientation générale. C'est la transformation de la mission essentielle du port dans l'organisation économique d'un aspect relevant d'une micro-organisation vers de la macro-organisation, ce après avoir constaté que l'implication traditionnelle de la personne publique, représentée dans le secteur portuaire par l'établissement public, contredit, en plus d'une efficience économique, une rentabilité financière. Cette perspective qui tend à « revêtir » la fonction administrative par des objectifs économiques pourrait même être liée à la définition même de cette fonction et elle a été analysée par certains auteurs comme étant elle-même un produit de la politique, de ce fait elle « *ne s'isole pas parfaitement de son contexte historico-politique* »⁷³⁷. La réforme juridique portuaire est pleinement ancrée dans ce contexte et présente les traits d'un compromis politique pour adapter la situation des ports. Selon J. Rivero, les fonctions politiques, juridiques et administratives apparaissent plutôt comme des méthodes de règlement des problèmes que comme des fonctions au plein sens de ce terme⁷³⁸.

400. La question qui se pose concernant « l'objet économique » de ces services est de savoir s'il est comparable à celui des entreprises privées, et si tel est le cas, dans quelles mesures. Nous notons bien qu'ils pourraient présenter des éléments en commun, qui peuvent être divisés en deux aspects différents. Le premier tient à la fonction actionnaire de l'Etat décentralisé dans le secteur portuaire par son établissement et ses objectifs consistent en la réalisation de la relance dans un domaine désormais pleinement concurrentiel, ainsi que l'optimisation des résultats financiers, le maintien d'un environnement adapté aux enjeux imposés par ceux du commerce et nécessitant une pérennité dans les liens avec les partenaires et les clients.

401. Dans un premier temps, la question de la transformation des missions traditionnelles du **SPA** de l'établissement portuaire est importante. Il s'agit de la mission de police. Comment

⁷³⁷ BOULET Louis, « La notion de fonction administrative », *La Revue administrative*, n° 113, 1966, p. 476.

⁷³⁸ RIVERO Jean, *Encyclopédie française. Tome X. L'État*, Réédition., Paris, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, p. 58.

ce nouvel objectif de développement, économique et durable, a-t-il pu modifier l'enjeu de cette mission ? Cette dernière a en effet revêtu désormais plusieurs aspects qui consistent, en plus de la réalisation des enjeux de sécurité à la charge des autorités chargées de la police dans le port, en un rôle plus large, car la conception même de la sécurité a aussi été élargie pour conditionner toute notion de développement économique. Il s'agit là de veiller au respect des règles issues du droit de l'environnement. Le gestionnaire public du **GPM** doit également appliquer ces règles et contrôler qu'elles sont respectées par les autres acteurs et les parties investies dans les activités portuaires.

402. Dans un deuxième temps, cet objectif économique réside dans le rôle régulateur de l'établissement public portuaire, lorsqu'il consiste dans le rattachement à ces missions dont les nouveaux principes économiques sont imposés par le contexte juridique et économique en vigueur. En ce sens S. Mouton précise à propos de cette réforme qu'il s'agit de transformer des missions de nature économique de l'établissement public en missions régaliennes et ce, par leur rattachement à des textes et des principes en vigueur, notamment de la Constitution, de la combinaison des principes issus de la Charte des droits de l'environnement, mais aussi de ceux relevant du droit de l'Union européenne, et ce, par la biais de la mission économique qu'il confie à chaque Etat membre dans la vérification du respect de ses dispositions en matière économique.

403. Cette mission de régulateur peut être réalisée dans une perspective d'équité des relations entre les acteurs. L'établissement public, du fait qu'il est à la tête de la gestion d'un ensemble d'organisations à objectifs économiques, peut adapter son intervention et sa liberté de gestion administrative afin d'assurer la conciliation entre les différents intérêts. La gestion domaniale, qui constitue une mission traditionnelle de l'**EPP**, peut représenter un exemple significatif. Ainsi, même si un opérateur titulaire d'un titre d'occupation du **DPP** n'a pas un droit systématique de renouvellement, l'autorité portuaire pourrait toutefois lui accorder ce droit pour assurer la pérennité de l'exploitation portuaire et la fidélisation des entreprises en leur permettant d'amortir leurs investissements. Il s'agit là d'une application de la liberté de gestion dans un cadre de droit souple.

404. L'objectif économique mis en avant par la réforme portuaire pose une question importante concernant la compétence juridictionnelle en cas de litige lié à l'exercice des services portuaires par le port. En amont, il faut distinguer le service public administratif de celui industriel et commercial, car la présence d'une double nature juridique des services

exercés par l'autorité portuaire engendre une dualité dans la compétence juridictionnelle. Il semble que le juge, dans plusieurs espèces, tranchait à propos de la compétence juridictionnelle en cas de litige concernant ce service exercé par un établissement public, et que même si cet établissement tenait son caractère de la loi, le juge a pris notamment en compte et fait prévaloir la nature du service sur celui de l'institution lui servant de cadre⁷³⁹ et dans des cas plus récents, a notamment fait prévaloir la caractérisation lors de l'exercice de cette activité des prérogatives de la puissance publique⁷⁴⁰. Certes, la décision précédente concernait un établissement public tenant son caractère de la loi et le juge a confirmé le caractère industriel et commercial du service objet de litige, mais l'analyse adoptée par le Tribunal des conflits peut servir à éclairer la position récente tenant à lier la définition de la compétence juridictionnelle à l'exercice des services par un établissement public dont le caractère n'est pas défini, comme c'est le cas pour les **GPM**, à la caractérisation des prérogatives de la puissance publique. Ainsi, à la lumière de cette jurisprudence, les missions qui incombent au **GPM** en fonction de la réforme sont liées à l'organisation de l'activité économique et non à l'exploitation de celle-ci, elles sont ainsi, lors de la définition de la compétence juridictionnelle, de nature administrative et justifient la compétence du juge administratif.

405. Ces nouvelles missions répondent aux nouveaux enjeux imposés dans l'organisation portuaire et au nouveau contexte de cette organisation. Ces enjeux tiennent au premier degré à l'intégration du port dans la réalisation des aménagements territoriaux et ce dernier demeurant toutefois un établissement rattaché à l'Etat. Le rôle du port dans la réalisation de cet aménagement s'avère indispensable car c'est une infrastructure qui pourrait créer une multitude d'emplois. Ce rôle tient notamment à sa fonction dans l'aménagement régional et il ne s'agit pas là d'une donnée récente⁷⁴¹. Cette prise en compte de la régionalisation des **GPM** fut d'ailleurs à l'origine de la modification apportée dans leur gouvernance, en 2016, par la désignation du président du conseil régional comme président de la nouvelle institution mise en place lors de cette réforme, celle de la commission de l'investissement⁷⁴². Cependant, dans la définition des missions, le législateur attribue au port une mission essentielle dans l'organisation des dessertes dans le territoire, lorsque sur la base de l'article L 101-3 du Code des ports maritimes, il est prévu de lui confier entre autres missions « *La promotion de l'offre*

⁷³⁹ T. confl, 24 juin, 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires et Société distilleries bretonnes*, 1968, Rec. p. 801, concl. GEGOUT.

⁷⁴⁰ T. confl, 29 décembre 2004, *Blanckeman*, C3416, Publié au recueil Lebon

⁷⁴¹ FLEURY Philippe, « Le port et l'aménagement régional : l'exemple du port de Rouen », *Études Normandes*, vol. 27, n° 3, 1978, p. 29-45.

⁷⁴² Au sein du conseil de développement, Art. L 5312-11 Code des transports.

de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ». Le **GPM** doit assumer cette mission en coopération avec d'autres infrastructures, mais également en participant à la réalisation de ces infrastructures, lorsqu'en fonction de la loi, il doit assumer non seulement des infrastructures portuaires, mais aussi celles relevant, dans sa circonscription, du secteur ferroviaire et de celui fluvial⁷⁴³. Cela confirme le positionnement du **GPM** en tant que pôle économique au sein de ces divers réseaux.

406. Si la mission du port aménageur concrétise l'aspect général de la réforme, cette mission étant précisée dans la loi portant réforme portuaire⁷⁴⁴, cette mission traditionnelle devrait cependant être modernisée par les moyens utilisés par le gestionnaire afin de procéder à cette valorisation. Les conventions de terminal constituent un instrument proposé par la loi, mais le gestionnaire dispose d'une certaine liberté pour démarcher dans l'objectif de réaliser sa mission en vue de la valorisation domaniale. La contractualisation constitue, dans tous les cas, un instrument important permettant de réaliser cette valorisation. L'évolution des contrats de concession et de partenariat⁷⁴⁵ en est la preuve. Cette évolution a-t-elle des particularités dans le secteur portuaire ?

§2. La catégorie des contrats de service public et l'intérêt général

407. En plus des missions modernisées du **GPM** dans le cadre de la réalisation de l'intérêt général dont le périmètre a subi une évolution dans le secteur portuaire, le gestionnaire portuaire dispose, en sa qualité de personne publique et de propriétaire de son domaine public, de la possibilité de passer des contrats avec les opérateurs intéressés par l'exploitation des activités portuaires. Dans les **GPM**, le régime des contrats administratifs s'est vu évoluer dans sa qualification **(A)**, mais également dans son exécution **(B)**. Cette évolution s'inscrit dans l'évolution générale des contrats administratifs de service.

⁷⁴³ « La construction et l'entretien ... ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale ».

⁷⁴⁴ L 101-3 « La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté » *op.cit.*

⁷⁴⁵ TENAILLEAU François, « Occupation domaniale et valorisation foncière dans les marchés de partenariat », *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 159, 1 novembre 2015, p. 53-57.

A- Les contrats de services publics : une banalisation de la délégation de service public dans la qualification des contrats administratifs

408. Les contrats de services publics ont joué un rôle historique en servant de « *matrice à la théorie générale des contrats administratifs* »⁷⁴⁶, cependant ce lien semble prendre une ampleur moins importante. Cette « banalisation » repose sur plusieurs éléments, qui tiennent cependant à un rapprochement entre le régime juridique des contrats administratifs, plus précisément dans la passation des contrats que l'administration conclut avec les autres opérateurs publics ou privés, qu'ils comportent ou non une délégation de service public. Ainsi, et en matière de concession, « *l'instauration d'un régime commun aux concessions qu'elles soient de service public, de simples services ou de travaux leur a fait perdre la spécificité que leur conféraient les règles propres aux DSP, désormais réduites à quelques dispositions résiduelles* »⁷⁴⁷. Un rapprochement entre le marché public et les contrats de concession s'est également produit en raison de la 4^{ème} vague européenne prévue en la matière⁷⁴⁸. Ce rapprochement est assumé dans l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015⁷⁴⁹. Quoiqu'il en soit, dans sa définition, le régime des contrats administratifs subit de manière générale une forte mutation en raison des règles européennes appliquées en la matière, mais aussi du fait du renforcement juridique, législatif et jurisprudentiel⁷⁵⁰, du lien entre la personnalité publique de l'organe contractant et de la qualification en contrat administratif.

409. La question de la qualification en contrat administratif a subi sa propre évolution. Selon S. Mouton, la qualification en contrat administratif répond, lorsqu'elle est précisée en prenant en compte le *caractère organique*, « *à une logique de défense des contrats administratifs* », et elle n'a aucune influence sur le régime de ce contrat, car à la suite de la mise en place des règles liées à la commande publique, il semble que le régime juridique applicable à ces contrats, comme le précise M. Amilhat, « *se révèle être un régime juridique unifié*,

⁷⁴⁶ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 1 mai 2018.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ Celle résultant des directives : « Concession » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : JOCE 28 mars 2014, 26 février 2014, L94/1) et « Marchés publics » (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics : JOCE 28 mars 2014 abrogeant la directive 2004/18/CE, 26 février 2014, L94/65).

⁷⁴⁹ Il se manifeste par « la généralisation d'une nouvelle notion visant à qualifier juridiquement les sujets de droit susceptible de passer des contrats administratifs. Ce sont les « acheteurs publics ». MOUTON Stéphane, « L'évolution du droit des contrats administratifs. Conférence. Cour administrative de Thaïlande. »

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 8 et 9.

*nonobstant la qualification du contrat administratif ou du contrat de droit privé »*⁷⁵¹. Dans l'autre sens, le droit, notamment issu de la jurisprudence, conclut à une évolution dans le *critère matériel* pour la définition des contrats administratifs, c'est-à-dire la mise en place des *clauses exorbitantes du droit commun*. Le troisième critère est *finaliste*, puisqu'il dépend, pour la qualification du contrat d'administratif, de l'exécution même du service public par l'administration. Selon S. Mouton, « *la mission de service public demeure un critère opératoire* », mais c'est une notion qui ne suffit plus et « *il faut donc chercher un nouveau fondement pour la théorie générale des contrats administratifs ou publics* ». C'est l'intérêt général qui peut être susceptible de constituer un fondement suffisamment large pour être satisfaisant, « *à condition toutefois de lui donner une définition suffisamment précise* »⁷⁵². Cette évolution touchant le régime et la qualification des contrats administratifs, trouverait-elle son application dans le secteur portuaire concernant les contrats que l'autorité portuaire conclut afin de « déléguer » la réalisation d'un service portuaire⁷⁵³?

410. Les contrats que le gestionnaire public pourrait conclure avec les opérateurs économiques afin d'exploiter des activités dépendant de leur domaine, peuvent être qualifiés selon l'objet de cette convention⁷⁵⁴. Dans le secteur portuaire, l'objet de la convention de terminal, créée dans le cadre de l'organisation de l'exploitation portuaire, est l'exercice des activités de manutention et de stockage des marchandises utilisant principalement le transport maritime, cette dernière ne constituant plus une activité de service public.

411. A l'occasion d'une décision du Conseil d'Etat de 2017 qualifiant cette convention en **DSP**⁷⁵⁵, la question s'est posée de connaître l'opportunité de cette qualification avec le cadre juridique concernant la qualification des contrats administratifs. Or, dans cette qualification, le juge procède à une prise en compte du droit européen émergeant dans la matière des contrats

⁷⁵¹ AMILHAT Mathias, « La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique. Article 105 », *Journal du droit administratif JDA. Chronique contrats publics* 01, 04/12/2016.

⁷⁵² AMILHAT Mathias, *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, Habilitation à diriger des recherches (HDR), Université de Lille, 2020, p. 92.

⁷⁵³ Cette évolution comprendrait éventuellement les contrats que l'autorité portuaire conclut afin de satisfaire certains besoins de l'administration, s'agissant des marchés publics et ce, en sa qualité d'acheteur public et en fonction de l'article 4 de l'Ordonnance 23 juillet 2015, mais l'on s'intéresse à l'évolution propre aux contrats de service, notamment à ceux de concession portuaire.

⁷⁵⁴ Ce critère, d'origine jurisprudentielle (CE, 4 mars 1910, *Ville de Montpellier* : Lebon, p. 193, concl. Pichat, sur le service de la capture des chiens errants), dépend d'une « relation étroite du contrat avec le service public ». Il relevait d'une conception maximaliste originelle qui a été réduite au profit de critère, aussi d'origine jurisprudentielle, tiré des clauses « impliquant que le contrat relève d'un régime exorbitant du droit commun (CE, 31 juill. 1912 : Lebon, p. 909, concl. L. Blum). V. CABANES. A, THIERRY. M « Fasc. 10. Notion de contrat administratif », 2021.

⁷⁵⁵ CE, 14 février 2017, *GPM de Bordeaux et société SMPA*, req n° 405157 et 405183, *op.cit.*

de services, droit selon lequel la qualification des concessions doit s'apprécier en application des règles européennes⁷⁵⁶. Le droit européen adopte pour critère pour la définition des contrats de concessions la contrepartie de l'exploitation, dont le concessionnaire devrait bénéficier en raison de l'exploitation du service. Dans cet arrêt, le juge ne prend pas en compte l'*objet* de la convention, qui est la manutention portuaire, mais le critère défini par le droit européen⁷⁵⁷. Une telle position constitue la première consécration jurisprudentielle de cette directive en droit français⁷⁵⁸. Selon R. Rézenthel, cette position est prise en application de la jurisprudence européenne antérieure sur la distinction entre les contrats de concessions et les marchés publics⁷⁵⁹ que la directive « concession » n'a pas pour objet ni pour effet de modifier⁷⁶⁰. En tout cas, ce point a suscité plusieurs commentaires de la part des auteurs, qui se sont demandé si la convention de terminal constituait une **DSP**. En dépit des points fixés dans cette convention afin de réaliser des objectifs économiques⁷⁶¹, l'implication du port dans l'exploitation demeure trop limitée pour que cette convention soit qualifiée en **DSP**. D'autres auteurs⁷⁶² plaident pour une qualification en concession de service public qui se déduit de la compétence du juge des référés⁷⁶³. La liberté contractuelle voulue à la portée du gestionnaire portuaire afin qu'il puisse faire face à une forte concurrence, fut à l'origine de l'instauration de cette convention (convention d'exploitation de terminal par le port de Dunkerque pour lui permettre de faire le poids face à la concurrence des ports belges et néerlandais), sa requalification en **DSP**, déjà à sa disposition avant son institution progressive dans la pratique et par le législateur, serait une source d'insécurité juridique.

⁷⁵⁶ CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09 point 23 ; CJUE 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, aff n° C-348/10 point 40.

⁷⁵⁷ En ajoutant le support des risques de l'exploitation par le concessionnaire pour qualifier un contrat en concession, en précisant que cette exposition aux risques du marché doit être réelle, à défaut le contrat serait qualifié en marché public et ce dans une décision prise presque deux mois après la décision concernant le GPM de Bordeaux. CE, 24 mai 2017, *société Régat des Iles c/ Commune de Saint-Benoît*, n° 407213.

⁷⁵⁸ ECKERT Gabriel, « Note sous arrêt - Notion - La consécration de la concession de services. CE, 14 févr. 2017, n° 405157, Sté de manutention portuaire d'Aquitaine : JurisData n° 2017-002461 », *Contrats et Marchés publics*, 4 avril 2017.

⁷⁵⁹ CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. n° C-206/08, *Rec.* p. I-8377 point 51.

⁷⁶⁰ REZENTHEL Robert, « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *op. cit.*, p. 4.

⁷⁶¹ A l'égard de l'arrêté du 20 mars pris en application de l'article R 105-4 du Code des ports maritimes (concernant la convention de terminal).

⁷⁶² ERSTEIN Lucienne, « Une convention de terminal dans l'impasse », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 8, 27 février 2017.

⁷⁶³ En fonction de l'article L 551-1 du Code de justice administrative, la compétence du juge des référés n'est possible que pour les « *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...* ».

412. La position législative ou réglementaire concernant la qualification de cette convention a laissé, par ailleurs, la place pour le juge à une interprétation qui pourrait s'inspirer de concepts qui s'écartent de la volonté pragmatique de l'instauration de cette convention. Déjà, avec la **CET** le Gouvernement adopte une démarche pragmatique en concrétisant un instrument créé dans un cadre pratique, un décret vient ainsi introduire le régime de l'exploitation du terminal dans le Code des ports maritimes⁷⁶⁴. Le législateur reprend cette convention lors de la création des grands ports maritimes, cependant, même si la loi prévoit qu'il s'agit d'une **AODP**, l'intégration de la disposition dans la section « exploitation » du Code des ports maritimes, et non dans la sous-section « domaine public », laisse penser que cette convention diffère du régime de l'occupation du domaine public.

413. L'instauration d'une convention type d'exploitation de terminal (**CTET**)⁷⁶⁵, un an après la mise en place de cet instrument contractuel créé en 1999, n'a pas été reprise pour la consécration de cet instrument par la loi portant réforme portuaire. La création de cette **CTET** encadrerait la liberté du gestionnaire dans les conditions de conclusion de cette convention, alors que la passation de cette convention était limitée par les principes de la commande publique. Cette liberté contractuelle a-t-elle alors été renforcée lors de la création des grands ports maritimes en laissant aux parties la liberté de négociation pour la définition des conditions de ces conventions ? Il faut trouver un compromis entre cette liberté et le respect des principes du droit de l'Union européenne. Ce dernier impose effectivement, depuis les directives des concessions, un cadre contraignant pour l'attribution des contrats de services. Certes, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat procède à l'application de ce droit lors de la conclusion de cette convention pour l'exploitation des terminaux portuaires en introduisant sa qualification en concession de service public, mais « *il serait regrettable de priver les grands ports maritimes d'un instrument efficace pour lutter contre la concurrence* »⁷⁶⁶ et ce, par le paramètre de liberté qu'elle attribue au **GPM** de négocier avec les opérateurs de ces terminaux. Mais dans ce cas comment garantir une conformité de la passation de cette convention avec le droit européen ? Cela peut se produire par l'application des principes du droit de la commande publique, c'est-à-dire au moyen de la soumission à une publicité préalable et à la mise en concurrence. La qualification de cette convention en concession de service public ne serait pas essentielle dans

⁷⁶⁴ Décret n° 99-782 du 9 septembre 1999 modifiant le code des ports maritimes, JORF n°211 du 11 septembre 1999.

⁷⁶⁵ Décret n° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le code des ports maritimes, JORF 21 juillet 2000 p. 11203.

⁷⁶⁶ R. REZENTHEL, « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *DMF*, *op-cit.*

ce cas pour assurer sa conformité avec le droit européen ; d'autant plus que cette liberté est un principe consacré par les traités fondateurs de l'Union européenne, puisque l'article 67-1 du traité de fonctionnement de l'Union européenne dispose que : « *L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* »⁷⁶⁷. Le droit européen crée un cadre de liberté renforcée, même à la portée des gestionnaires publics, dans le cadre de la gestion de leur propriété, le service public en tant que principe réglant auparavant la gestion de cette propriété, se voit atténué par une mise en avant des principes de droit européens. La qualification de la convention de terminal en concession de service n'apporterait pas plus de conformité que sa soumission aux règles du droit européen.

414. Il semble qu'en 2019, le législateur, dans le cadre de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, prend en compte l'intérêt dissimulé derrière la qualification de cette convention, en insistant sur les potentiels que celle-ci pourrait présenter pour l'intérêt général, dans une perspective évolutive dans le secteur portuaire. Il affirme ainsi la nature purement domaniale de la convention de terminal et ce, dans l'article 131. Tout en apportant des modifications au Code des transports⁷⁶⁸, cette loi donne lieu à des possibilités qui peuvent constituer des alternatives de nature commerciale à intégrer dans le régime de la convention de terminal, puisque le même article dispose que « *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* » et ce, « *notamment lorsqu'il contribue au report modal* ». Il semble que le législateur adapte par cette disposition la convention de terminal aux enjeux du développement durable, tout en pourvoyant un régime susceptible d'assurer une marge de liberté contractuelle à la portée du gestionnaire contractant pour garantir la réalisation des objectifs de développement économique, dans un cadre respectant les impératifs de ce développement, liés au report modal. La qualification de cette convention en convention domaniale n'en garantirait pas moins les objectifs que la délégation du service public pourrait assurer et ce, par un système de « malus » faisant varier le montant de la redevance due, système qui aurait pour effet de compenser une éventuelle perte de

⁷⁶⁷ Le service public ne permet à lui seul pas de neutraliser l'application des principes et libertés consacrés par ce traité. Pour la Cour de justice, seules des raisons impérieuses d'intérêt général sont susceptibles de déroger aux principes et libertés consacrés par le Traité. Les raisons impérieuses d'intérêt général ne peuvent autoriser une dérogation à une liberté consacrée par le Traité qu'en cas de nécessité de la restriction en cause et de son caractère proportionnel à l'objectif poursuivi.

⁷⁶⁸ En matière portuaire c'est la 5^{ème} partie du Code des transports.

redevance variable supportée par le gestionnaire portuaire en raison de la perte de chiffre d'affaires de l'occupant⁷⁶⁹.

415. Dans une perspective de développement durable, l'intérêt général suppose une liberté contractuelle et un encadrement plus adapté que celui issu des règles appliquées à la conclusion des contrats administratifs de service public. Des objectifs économiques de ces contrats se concrétisent de plus en plus, au lieu de ceux de service public. Les contrats de service public sont limités par le principe de spécialité, les activités annexes exercées dans le cadre de ces contrats sont ainsi restreintes par principe. Les contrats de partenariat ne le sont pas, ce qui rend ces derniers plus souples pour le contractant, puisque les recettes annexes ne sont pas, depuis la modification apportée au régime de partenariat en 2008, limitées en volume⁷⁷⁰.

416. L'absence d'intérêt général a par ailleurs constitué une raison pour qualifier des contrats conclus par l'autorité portuaire en contrats de droit privé. En ce qui concerne le régime des contrats administratifs, G. Eckert précise que « *L'unité de la notion juridique de contrat administratif réside essentiellement dans les pouvoirs unilatéraux de mutabilité du contrat reconnus à la puissance publique au nom de l'intérêt général* »⁷⁷¹. Ainsi, le Tribunal des conflits a qualifié un contrat conclu entre un port et une société pour la surveillance et le gardiennage de terminal comme relevant du droit privé⁷⁷². En l'espèce, concernant une contestation par une société privée de manutention d'un titre exécutoire émis par **GMP** Havre pour la facturation des prestations. Certes, la définition des mesures de sûreté relevant de l'Etat, ainsi que la mise en place d'un plan de ces mesures relevant du port, constituent des missions représentant un intérêt général et une mission de service public à la charge de port, mais l'exécution de ces mesures n'est pas une mission de service public et relevant d'un intérêt privé du port dans son implication dans cette activité, lorsqu'il l'exécute en recevant une rémunération de la part de la société privée. Le tribunal avait analysé ce contrat au regard des critères de qualification des contrats administratifs pour en écarter l'application de cette convention. Il a écarté dans les clauses de ce contrat la mise en place des prérogatives de puissance publique impliquant, dans un intérêt général, l'application d'un régime exorbitant des contrats administratifs. Le tribunal a également écarté la présence d'une occupation du domaine public et rejeté la qualification du

⁷⁶⁹ BRACONNIER Stéphane (dir., PIGNON Sophie, BLANQUINQUE Charlotte et KEBDANI Damien, « Personnes publiques et valorisation immobilière », *Contrats et Marchés publics*, n° 12, 1 décembre 2018, p. 54-56.

⁷⁷⁰ La réforme de 2008 a introduit dans la liste des recettes annexes celles résultant de l'exploitation du domaine public. Article 14 de la Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

⁷⁷¹ ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, n° 10, 1er octobre 2010, p. 7-15.

⁷⁷² T. Confl., *CNMP Port Havre*, 08 avril 2019, C4157, 2019.

marché public de service, puisque ce contrat n'avait pas pour objet de répondre aux besoins du **GPM** du Havre ⁷⁷³. Le tribunal a conclu à la compétence du juge judiciaire dans ce cas de contractualisation pour en juger le bien fondé.

417. A noter que le régime de ces clauses a caractérisé une certaine imprécision⁷⁷⁴, notamment en donnant lieu à des conceptions négatives de définition. Ainsi le Tribunal de conflit a choisi en 2014 d'y apporter une approche positive. Dans une décision liée à la société AXA⁷⁷⁵, le Tribunal précise que ce sont des « *clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* ». Or, il semble que la jurisprudence administrative⁷⁷⁶ ne s'appuie pas de « *façon significative sur la notion d'intérêt général pour dégager les clauses exorbitantes du droit commun et se contente d'énumérer les différentes clauses sans expliquer leur lien avec l'intérêt général* »⁷⁷⁷.

418. L'intérêt général peut être étudié dans le choix adopté pour le contrat. Dans le secteur portuaire, mais aussi dans les secteurs économiques importants et ceux relevant d'un investissement conséquent, le choix de recourir à un contrat plus global constituerait un enjeu important pour le port, s'agissant notamment des contrats de partenariat public-privé⁷⁷⁸. L'intérêt général se concrétise par la « réponse pragmatique » qu'apportent ces marchés de la part des personnes publiques « *à des considérations relatives à la protection des deniers publics face aux déficits budgétaires chroniques et croissants de l'Etat.* »⁷⁷⁹. Mais ils répondent aux nécessités de trouver un sens de globalité dans la contractualisation portuaire, ce qui est susceptible d'engendrer un accord entre les parties palliant certains inconvénients des contrats de service public, de ce point de vue ils se rapprochent de la convention de terminal, puisque, l'un comme l'autre, consacrent la tendance actuelle dans l'exploitation portuaire à recourir à un

⁷⁷³ VASSALLO-PASQUET Bénédicte, « Quelle est la nature du contrat par lequel un grand port maritime exécute des prestations de sûreté au profit d'un opérateur économique occupant le domaine public ? », *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 125, 1 juillet 2019, p. 253-259.

⁷⁷⁴ Sur la définition des clauses impliquant l'application d'un régime exorbitant nous citons la définition donnée par CLAMOUR. G, c'est la clause « *qui déroge, pour faire court, aux principes de liberté contractuelle et d'équilibre contractuel et qui, à ce titre, serait illicite si elle ne se fondait sur l'intérêt général* », CLAMOUR. G, « L'occupation précaire du domaine privé dans l'intérêt général n'est pas exorbitante du droit commun », *AJDA*, n°20, 30 mai 2005, p. 1125.

⁷⁷⁵ T. cocfl, *Sté AXA France IARD*, 13 octobre 2014, C3963, Publié au recueil Lebon.

⁷⁷⁶ CAA Bordeaux, 24 mai 2018, *Navire le Curieuse*, n° 15BX00402.

⁷⁷⁷ CABANES. A, THIERRY. M « Fasc. 10. Notion de contrat administratif », *op.cit.*

⁷⁷⁸ Depuis l'Ordonnance du 23 juillet 2015, ces contrats sont intégrés dans la catégorie des contrats de marchés publics et donc appelés « marchés de partenariat », alors qu'ils se distinguent des marchés publics, notamment par leur mode de rémunération.

⁷⁷⁹ MOUTON Stéphane, « L'évolution du droit des contrats administratifs. Conférence. Cour administrative de Thaïlande. », *op. cit.*, p. 6.

aspect de partenariat. Les deux se distinguent tout de fois en leurs modes de financement⁷⁸⁰. L'intérêt général limite également la portée du recours à ces marchés, puisque, selon le juge constitutionnel, cette catégorie de contrats doit être réservée « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général, tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

B- L'intérêt général dans l'exécution des contrats de services

419. La banalisation de la notion de service public face à la réalisation de l'intérêt général peut également se manifester dans l'exécution de contrats administratifs, lorsque l'intérêt général, « et depuis longtemps déjà », constitue la notion dominante de l'exécution du contrat, au lieu et place de celle de service public. L'intérêt général intègre la notion de service public mais ne s'y limite pas, il sera ainsi mesuré à un niveau dépassant ses principes. Il convient dès lors d'analyser l'évolution de cette notion dans la qualification des clauses contractuelles et des contrats administratifs, notamment par la jurisprudence. En effet, l'existence d'une clause exorbitante du droit commun peut déterminer la qualité du contrat : administratif ou non. Cependant, la notion de cette clause a connu des évolutions quant à son lien avec l'intérêt général changeant par là même le paradigme de la définition de cette notion. Ainsi, en 1912⁷⁸¹, le Conseil d'Etat a défini cette clause en adoptant une vision formelle et négative, puisqu'il a précisé que le contrat qui ne contenait que des règles de droit commun, ne pouvait être autre chose qu'un contrat de droit privé. La définition de la clause exorbitante qui justifiait une qualification d'un contrat en tant que « administratif » était donc rapportée à son lien négatif aux règles de droit privé. Cependant, en 2014, une nouvelle définition matérielle et positive a été adoptée par la jurisprudence. Sur ce point, et selon un grand arrêt du Tribunal des conflits⁷⁸², celui-ci a considéré qu'une clause exorbitante est identifiée « *non plus par le contenu qu'elle n'a pas, mais par le but qu'elle poursuit effectivement* ». C'est la clause qui, d'une part, implique, dans l'intérêt général, que le contrat relève du régime exorbitant des contrats

⁷⁸⁰ Le « Marché de partenariat » est un contrat à financement public pour la réalisation d'un projet complexe, économiquement efficient et pour la réalisation duquel les risques sont partagés, ce que confirme le Conseil Constitutionnel (Cons. const. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003), pour cela ce dernier, et par cette décision, limite la portée du recours à ces marchés à une urgence liée à un intérêt général.

⁷⁸¹ CE, 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Lebon, p. 909, concl. L. Blum.

⁷⁸² T. confl., 13 oct. 2014, *SA Axa France IARD c/ MAIF*, *op. cit.*

administratifs, et, d'autre part, confère à la personne publique, des prérogatives ou avantages exorbitants, ou impose à son cocontractant des obligations ou des sujétions exorbitantes.

420. A l'égard de cette qualification des contrats administratifs à l'égard d'un « critère du but »⁷⁸³, qui est l'intérêt général, il semble de plus en plus que cette notion d'intérêt général « *qui conditionne l'usage par la personne publique de ses prérogatives... C'est toujours elle, et non celle de service public, qui, dans le contentieux des contrats, vient limiter le pouvoir du juge de prononcer les mesures les plus lourdes de conséquences telle la résiliation et l'annulation du contrat ou la reprise des relations contractuelles* »⁷⁸⁴. Cet argument a servi à commenter l'affaire précitée ci-dessus⁷⁸⁵, qui a reflété l'exemple de la possibilité offerte à l'autorité portuaire de conclure un contrat « de mise en régie » pour exécuter les travaux non réalisés sans respecter les règles de passation lorsqu'un motif d'intérêt général serait démontré. Mais en quoi ce motif consiste-t-il ? Il s'agit de la nécessité de pallier la défaillance du contractant.

421. Ce recours demeure dérogatoire car il s'avère important pour deux raisons. La première tient à l'objet de ce contrat, car la mise en régie consiste à exécuter tout ou partie du marché avec le matériel et le personnel du titulaire, à ses frais et risques. Elle n'est expressément prévue que pour les marchés de travaux et les marchés fourniture courante de service (FCS) pour des prestations qui, par leur nature, ne peuvent subir aucun retard⁷⁸⁶. Il s'agit d'une sanction⁷⁸⁷ qui peut s'appliquer même sans qu'elle ait été prévue dans le contrat⁷⁸⁸. La seconde raison qui tient à l'aspect procédural, permet à l'autorité portuaire de ne pas appliquer les règles imposées par la délégation de service portuaire. Ainsi, et selon cet arrêt, cette exception doit être limitée par deux conditions. Ce contrat ne peut être que provisoire et il faut le justifier d'urgence. Ces deux limites mises en œuvre par cet arrêt conditionnent la légalité de la passation du contrat de concession de service sans mise en concurrence⁷⁸⁹.

⁷⁸³ Fabien BOTTINI, « Fasc. 695 : Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClassseur Administratif*, 7 avril 2021.

⁷⁸⁴ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸⁵ CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, n° 405157 et 405183, *op. cit.*

⁷⁸⁶ Cahier des clauses administratives-Travaux, art 49-1

⁷⁸⁷ IL Léa, « L'urgence peut justifier la conclusion d'un contrat de concession de service public sans mise en concurrence », *Les Petites Affiches*, n° 83, 26 avril 2017, p. 6.

⁷⁸⁸ CE, 9 novembre 2016. *Sté Fosmax*. n° 388806.

⁷⁸⁹ IL Léa, « L'urgence peut justifier la conclusion d'un contrat de concession de service public sans mise en concurrence », *op. cit.*, p. 15.

422.L'urgence doit être justifiée lorsqu'elle induit une dérogation dans l'exécution des contrats administratifs et ce, dans le cas de la mise en régie⁷⁹⁰, ou de la délégation d'un nouveau contrat avec un nouveau contractant⁷⁹¹. En ce sens, J. Martin précise que « *La possibilité de conclure une délégation de service public sans publicité ni mise en concurrence en cas d'urgence semble illustrer l'importation de règles issues du droit des marchés publics, pour combler les « lacunes » des textes applicables aux délégations* »⁷⁹². Cette possibilité permettrait la conclusion⁷⁹³, et sans procédure, d'un marché négocié⁷⁹⁴. Les procédures négociées représentent bien la volonté de transformer l'action publique en une démarche de participation des volontés, au lieu d'imposer la volonté de l'administration⁷⁹⁵, ce qui permet de concrétiser un aspect contractuel dans la gestion des services relevant d'un intérêt général. Dans le cas d'urgence lors de la mise en régie du port de Bordeaux, le Conseil d'Etat précise ainsi que « *considérant qu'en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites* ». Cette notion d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles n'est pas nouvelle dans le régime de l'exécution des contrats administratifs, notamment dans le cadre des marchés publics⁷⁹⁶. Celle-ci est liée à des « circonstances imprévisibles » permettent de la distinguer d'une urgence simple⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰ CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, n° 405157 et 405183, *op. cit.*

⁷⁹¹ CE, 4 avr. 2016, n° 396191, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique* : JurisData n° 2016-006553 ; Lebon T. 2016 ; JCP A 2016, act. 331

⁷⁹² MARTIN Julien, « La possibilité de conclure une délégation de service public sans procédure en cas d'urgence. Réflexions sur la construction jurisprudentielle du régime des délégations à partir du droit des marchés publics », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 13, 3 avril 2017, p. 22-30.

⁷⁹³ Bien qu'il n'existe aucune disposition en ce sens à l'issue de la récente réforme du régime des concessions, qui a pourtant été largement aligné sur le droit applicable des marchés publics.

⁷⁹⁴ Une procédure avec négociation « est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Code de la commande publique (en vigueur depuis 1^{er} avril 2019). Article L. 2124-3 Créé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

⁷⁹⁵ V. MOUTON Stéphane, « L'évolution du droit des contrats administratifs. Conférence. Cour administrative de Thaïlande. », *op. cit.*, p. 1.

⁷⁹⁶ L'article 35-11-1 du **CMP** prévoyait la faculté de recours aux marchés publics négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence pour cause « *d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait* ».

⁷⁹⁷ Il existe trois conditions cumulatives permettant de qualifier l'urgence d'impérieuse : l'existence d'un événement imprévisible ; d'une urgence incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence qui en résulte. CE, 8 févr. 1999, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 150919 ; CJUE, 18 nov. 2004, n° C-126/03, *Commission c/ Allemagne*, pt. 23.

423. La conclusion de ce contrat, en plus de l'urgence, est conditionnée par d'autres conditions en rapport avec une notion de temps. Le premier élément consiste dans le fait que le contrat doit être provisoire, le second est lié à sa durée. En effet, la durée de ce contrat « *ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance* ». Cette notion de durée dans les dérogations aux principes appliqués à la passation des contrats administratifs s'est caractérisée par la possibilité de prolonger les contrats de **DSP** conclus par les collectivités territoriales, la durée du contrat ainsi passé dans un cadre d'urgence et pour un motif d'intérêt général ne pouvant dépasser un an⁷⁹⁸. Cette limitation stricte dans le temps des contrats administratifs conclus sans respect de la publicité préalable a été mise en œuvre à plusieurs reprises par la jurisprudence administrative. Cette condition de temps est limitée au laps de temps nécessaire pour résoudre la situation d'urgence présente. Dans une affaire précitée⁷⁹⁹, le Conseil d'Etat précise que la durée du contrat transitoire « *ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance* ».

424. La mise en régie est liée par une construction jurisprudentielle à la notion de service public, puisque le Conseil d'Etat a précisé qu'il s'agissait de « *pouvoirs de coercition inhérents à tout contrat passé pour l'exécution du service public* »⁸⁰⁰. Cependant, comme cela a été précité, l'urgence en tant que motif pour conclure un contrat administratif sans respecter la mise en concurrence a été prévue dans le cadre des marchés publics, mais aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit la faculté, pour le concédant, de ne pas respecter ces règles pour la passation d'une **DSP**, pas même en cas d'urgence⁸⁰¹. Cette urgence tient ainsi à la continuité du service portuaire dans le cadre de l'exécution d'un contrat conclu entre

⁷⁹⁸ En fonction de l'ancien régime applicable aux DSP issu de l'article L. 1411-2 du CGCT (abrogé par l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 relatifs aux contrats de concession). Cet article prévoyait la possibilité de prolonger la convention existante d'une durée d'un an pour un motif d'intérêt général afin de permettre la passation du contrat suivant.

⁷⁹⁹ CE, 4 avril 2016, n° 396191, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique* : JurisData n° 2016-006553 ; Lebon T. 2016 ; JCP A 2016, act. 331.

⁸⁰⁰ CE, 6 mai 1985, *OPHLM d'Avignon*, n°44130.

⁸⁰¹ Un arrêt de 2016 ouvre cependant une brèche en la matière, lorsque le Conseil d'Etat prévoit « la possibilité pour une personne publique d'attribuer un contrat de DSP transitoire conclu de gré à gré, sans formalité de publicité et sans mise en concurrence, sous réserve de respecter des conditions strictes liées à l'urgence et à la durée d'une telle convention ». CE, 4 avr. 2016, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n° 396191.

l'établissement public portuaire et un opérateur économique, continuité qui trouve sa justification dans l'intérêt général, peu importe la qualification du contrat et s'il comprend ou non une **DSP**.

425. L'on peut se demander concernant les principes du service public qui assurent la spécificité de cette notion, s'ils persistent cependant à assurer un régime spécifique aux contrats l'ayant pour objet. Il peut être envisagé que les principes des services publics soient étendus à tous les contrats ayant pour objet l'exécution de services, publics ou non. En droit positif français, les règles qui s'appliquent aux contrats administratifs semblent impliquer ces principes. Le principe de mutabilité, est désormais encadré par les textes qui concernent les contrats de la commande publique⁸⁰², il est en effet commun à tous les contrats. Concernant celui de la continuité, l'interdiction d'interrompre l'exécution du contrat demeure un principe commun à l'ensemble des contrats administratifs, comme en témoigne l'exemple du contrat conclu par le port de Bordeaux, puisque cette faculté pour la personne publique de conclure un nouveau contrat, est liée à la continuité du service et non du seul service public. Quant au principe d'égalité, *« la question se pose de savoir s'il n'a pas vocation à se voir reconnaître la même étendue et il n'est pas impossible que les clauses réglementaires soulèvent à l'avenir une interrogation du même ordre dès lors qu'est en cause la gestion d'un service. »*⁸⁰³. Même si ce dernier principe garde cependant sa spécificité en matière de référé, cette voie jurisprudentielle ne pourrait être mise en place que lorsqu'une continuité de service public est mise en péril⁸⁰⁴.

⁸⁰² La possibilité d'effectuer une modification unilatérale par l'acheteur public. Article 16-4° CCP *« L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat »*. V. CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624, Rec. p. 5 ; CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, Rec. p. 216. D'ailleurs, en 2020, le Conseil d'État reconnaît aux personnes publiques la possibilité de résilier unilatéralement un contrat en raison de son **irrégularité** (CE, 10 juill. 2020, *sté Comptoir Négoce Equipements*, n° 430864 : JurisData n° 2020-009876 ; JCP A 2020, act. 431, obs. L. ERSTEIN ; JCP G 2020, 929).

⁸⁰³ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *op. cit.*

⁸⁰⁴ Sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge du référé peut ordonner au cocontractant, bien qu'en principe il ne puisse intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement. Ces mesures doivent cependant être justifiées d'urgence et ne constituer d'obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. S'ajoute à ces conditions légales une condition établie par la jurisprudence, consistant dans le fait que la mesure ne doit pas se heurter à une contestation sérieuse. CE, 6 avr. 2001, *Min. Éducation nationale c/ Cros Decam et Michel* : Rec. CE, p. 180. CE, 13 déc. 2002, *Sté international Sporting Yachting club de la mer*, n° 248591, CE, 2 juin 2006, *CCI Marseille-Provence*, n° 286465,).

Cependant, selon certains auteurs, « *cette solution vaut pour tous les contrats qu'ils aient ou non un objet de service public.* »⁸⁰⁵.

426. Quoi qu'il en soit, malgré ce « délitement » du service public dans la construction de la théorie traditionnelle des contrats administratifs, il présenterait cependant un fondement, ne serait-ce que partiel. En opposition à l'argument précédent, certains auteurs voient dans le service public, par le lien historique existant avec la théorie générale des contrats administratifs, un fondement pour « *maintenir la spécificité du régime juridique des contrats administratif, sorte de garde-fou face au mouvement de banalisation du régime juridique de ces contrats* »⁸⁰⁶. Ce délitement varie cependant d'une catégorie de contrat à une autre, mais d'après ce qui est affirmé par plusieurs auteurs, d'autres principes doivent s'appliquer au lieu et place de cette notion pour la définition du régime des contrats conclus par l'autorité portuaire, comme l'équilibre financier⁸⁰⁷, l'équité et la bonne foi, ensemble qui constitue la caractérisation de l'intérêt général, en l'espèce, des grands ports modernisés. Cette donnée est d'autant plus pertinente dans le secteur économique portuaire lorsque l'activité économique essentielle ne constitue plus un service public.

427. En droit européen, c'est dans le cadre de la réalisation de ces règles que les principes de mutabilité, d'égalité et de continuité des services doivent être assurés, ce qui concerne tous les contrats administratifs⁸⁰⁸. Le droit européen s'étend pour couvrir une grande partie des règles applicables dans l'organisation des services portuaires, notamment les règles du droit de la concurrence, qui semblent proposer un cadre juridique pour compenser les lacunes présentes à la suite de la mutation dans le service public portuaire.

⁸⁰⁵ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *op. cit.*

⁸⁰⁶ AMILHAT Mathias, *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁰⁷ L'équilibre financier, ainsi que les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale constituent les deux piliers de la théorie générale des contrats administratifs. LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *op. cit.*

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 2.

Section 2. La transparence : principe foncier entre le droit de la concurrence et le régime du service public

428. Au sein d'un libéralisme qui touche les secteurs relevant traditionnellement des activités de service public, une révision de l'application du droit administratif débouchant sur la « réduction » du caractère exorbitant de ce droit a semblé s'avérer indispensable⁸⁰⁹. Dans ce contexte qui évolue, les règles du droit de la concurrence trouvent pleinement leur juste application et ce dans l'organisation des activités qui relevaient autrefois de ce droit exorbitant, constituant en ce sens un droit contraignant au sein de la gestion portuaire **(§1)**. Or, le droit de la concurrence issu du droit de l'Union européenne semble présenter un cadre alternatif et propre à sa logique pour réfléchir à la finalité de « service public » ! **(§2)**.

§1. Les règles de la concurrence : une confrontation au service public

429. A la suite d'une mise en place progressive d'un aspect libérale de l'exploitation des services et infrastructures portuaires en France, introduisant les traits essentiels de la réforme portuaire de 2008, les activités portuaires continuent à faire l'objet de l'application du droit de la concurrence, notamment lorsqu'elles contribuent à satisfaire un service public **(A)**. Ces caractéristiques introduisent la question subtile de la définition de la juridiction compétente **(B)**.

A- Le droit européen de la concurrence : une base de normalisation face aux prérogatives de la puissance publique

430. Une confrontation entre le droit de la concurrence et le régime exorbitant des prérogatives de puissance publique s'avère conséquent dans le système portuaire (1). Cependant, il semble que cette confrontation connait une certaine clarification, ou une « normalisation », par l'application de droit de l'Union européen. Cette normalisation semble d'ailleurs porter autant sur l'exploitation (3) que sur la gestion portuaires (2).

⁸⁰⁹ Ce dans l'objectif de réaliser l'articulation entre service public d'un côté et libéralisme de l'autre. SIFFERT Antoine, *Libéralisme et service public*, Thèse en droit, Le Havre, 2015, p. 36.

1) Les prérogatives de puissance publique face au droit de la concurrence

431.L'étude du service public portuaire au regard du droit de la concurrence est notamment effectuée en analysant le régime de la gestion et de l'exploitation des services et infrastructures portuaires à l'égard du droit de l'Union européenne de la concurrence. Le critère essentiel du régime du service public qui pourrait constituer à l'égard du droit européen une entrave à l'application du droit de la concurrence est l'exercice des prérogatives de la puissance publique justifié par l'objectif de la réalisation de l'intérêt général. Ainsi, la doctrine a précisé que ces prérogatives « *ne sauraient être détournées de leur objet et cautionner ou favoriser des pratiques anti-concurrentielles* »⁸¹⁰.

432.En droit interne, c'est l'article L 410-1 du Code du commerce qui constitue le fondement de la soumission des personnes chargées d'une mission de service public au droit de la concurrence⁸¹¹. Le conseil de la concurrence précise, de son côté, qu'une pratique anticoncurrentielle « *est particulièrement grave lorsqu'elle émane d'une autorité portuaire chargée d'une mission de service public* »⁸¹².

433.La position de la jurisprudence européenne était claire en cette matière. En 2008, la CJUE a précisé que les exigences relatives au service public sont interprétées au niveau national⁸¹³. Cependant, depuis 2001, celle-ci avait défini le cadre de l'interprétation de ces exigences lorsqu'elle a posé comme condition à cette justification l'existence d'un « besoin réel » du service public et l'obligation de démontrer ce besoin⁸¹⁴.

⁸¹⁰ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen », *op. cit.*, p. 482.

⁸¹¹ Selon cet article : « *Les règles définies au présent livre* s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Issu de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et modifié par Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

* Livre IV : De la liberté des prix et de la concurrence.

⁸¹² Cons. conc., 13 sept. 2007, déc. n° 07-D-28, *Port autonome du Havre, Cie industrielle pondéreux Havre, Sté havraise transport et pondéreux Havre, Sté Havre manutention* : AJDA 2007, p. 2348, note S. Nicinski ; DMF 2008, p. 280, note G. Guéguen-Hallouët).

⁸¹³ CJCE, 22 mai 2008 - *Citiworks AG* - aff. n° C-439/06 point 59.

⁸¹⁴ CJCE, 20 février 2001 - *Asociación profesional de empresas navieras de líneas regulares (ANALIR)* - aff. n° C-205/99 points 34, 34 et 37.

434. En droit de l'Union européenne, c'est la notion d'entreprise qui prévaut sur toute autre qualification et selon la jurisprudence européenne, « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁸¹⁵. Sur ce point, le port est considéré comme une entreprise au sens du droit européen de la concurrence, l'accès aux infrastructures dont il est gestionnaire doit s'effectuer dans des conditions conformes aux exigences de la libre concurrence entre les opérateurs et sans instaurer de conditions discriminatoires ou excessives⁸¹⁶.

435. Néanmoins, l'on peut s'interroger sur l'étendue de la confrontation entre le droit de la concurrence et l'exercice exorbitante de la puissance publique dans le cadre des missions du service public. En effet, ces règles correspondent en premier lieu, en raison de leur qualification européenne en activité économique, aux activités de service public industriel et commercial, cependant, certaines missions administratives demeurent soumises à ce droit, et c'est en raison du lien fort entre elles et l'exploitation économique dans les ports maritimes

2) *La gestion portuaire confrontée au droit de la concurrence*

436. Parmi les missions administratives liées à la gestion des **GPM** s'avère la gestion domaniale comme la plus importante. Sur le point de sa soumission ou non au droit de la concurrence, il convient de définir sa nature à l'égard du droit positif. En se référant à l'Ordonnance 1986⁸¹⁷, cette gestion ne constitue pas une activité commerciale. Toutefois, et depuis un arrêt important du Conseil d'Etat, il semble que cela ne saurait pour autant l'exclure du champ d'application du droit de la concurrence⁸¹⁸, car des pratiques anticoncurrentielles peuvent être liées à la gestion du domaine public s'agissant d'une infrastructure indispensable pour l'exercice des activités portuaires. Ainsi, le respect du droit de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose lorsque ce domaine constitue « le siège d'une activité économique », comme il a été confirmé par le Conseil d'Etat⁸¹⁹.

⁸¹⁵ CJCE, 23 avril 1991 - *Höfner et Elser* - aff. n° C-41/90, *Rec.* p. I-1979 point 77.

⁸¹⁶ V. REZENTHEL Robert et CORRUBLE Philippe, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de la concurrence », *op. cit.*, p. 7.

⁸¹⁷ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁸¹⁸ CE, sect., 26 mars 1999 - *société EDA* - *AJDA* 1999 p. 427 concl. J-H Stahl, note Bazex.

⁸¹⁹ *Ibid.*

437. En effet, L'administration propriétaire dispose et ce, malgré le renforcement des droits des occupants à la suite de l'application de la loi de 1994⁸²⁰, d'un pouvoir important pour apprécier s'il convient ou non d'accorder les bénéfices de la loi à ceux auxquels elle accorde une autorisation d'occupation domaniale. Dès lors, si la gestion domaniale constitue un service public administratif, sa réalisation peut engendrer des enjeux importants dans le fonctionnement des services relevant d'une nature commerciale, d'où l'intérêt d'apprécier cette mission au regard des règles du droit de la concurrence. Ainsi la restriction de l'implantation d'activités économiques sur le domaine public constitue une entrave à la libre prestation du service « *dans la mesure où elle affecte la concurrence intra-européenne* »⁸²¹, il en découle que lors de l'attribution des titres d'occupation, les ports maritimes ne peuvent disposer d'une liberté illimitée, ils doivent justifier leur choix, s'agissant de refuser l'attribution de ce titre à une entreprise ou d'attribuer les droits réels liées à cette occupation autorisée, par un intérêt général apprécié au sein du droit européen.

438. La gestion domaniale au regard du droit de la concurrence suscite une réflexion sur un aspect procédural. Pendant longtemps il a été considéré que, lors de l'attribution de titres domaniaux, seuls les contrats incluant une délégation du service public impliquaient la mise en place des procédures de publicité et de mise en concurrence et ce, en fonction de la loi 1993 Sapin I. La jurisprudence a soutenu cette position protectrice du domaine public au regard de droit de la concurrence⁸²². Cependant, la pression du droit européen de la concurrence dans cette matière introduit l'amorce d'une application de procédures transparentes lors de l'attribution des titres domaniaux, position qui a progressivement été adoptée par le Conseil d'Etat en France⁸²³. Ainsi, la transparence devient un principe qui règle l'exercice des services portuaires, qu'il existe ou non une **DSP**. A la suite de la privatisation d'un service public traditionnel dans les **GPM**, la convention de terminal, qui a pour objet l'exercice de cette mission, ne constitue pas une délégation de service public, notamment en l'absence d'un contrôle régulier de l'activité de l'opérateur de l'autorité portuaire⁸²⁴. Il semble toutefois que le législateur, lors de la mise en œuvre de la réforme portuaire concernant les règles liées à la conclusion de cette convention, ait pris en considération les nouveaux impératifs imposés par le droit de la concurrence dans la passation des actes administratifs, ce même s'ils n'incluent

⁸²⁰ Loi 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Décrets d'application du 6 mai 1995 et du 2 décembre 1996.

⁸²¹ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen », *op. cit.*

⁸²² CE, 3 déc. 2010, *Ville de Paris et Assoc. Jean Bouin*, n°338272 et n° 338527.

⁸²³ CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tour vs EURL Photo Josse* n° 341173, Publié au recueil Lebon, *op. cit.*

⁸²⁴ V. *supra*, 2^{ème} titre, 2^{ème} chapitre, 1^{ère} section.

pas une délégation de service public. Ainsi, l'article R. 105-2 du Code des ports maritimes dispose que « *les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire* ». L'article R. 105-3 ajoute que : « *L'attribution des conventions de terminal ne doit pas avoir pour effet d'altérer les conditions de la concurrence. Celle-ci est analysée en fonction du marché pertinent pour chaque type de trafic* ». Cette évolution a abouti à l'adoption, au niveau européen, des directives de concession et de marché public, et à celui national de l'ordonnance 2015, pour adopter un nouveau code de commande publique dans l'objectif de créer un cadre clair et simplifié des règles de passation des contrats administratifs. Cependant, à la suite de la mise en œuvre du règlement européen de 2017 sur les services portuaires, la possibilité d'exclure le domaine public portuaire des dispositions générales issues du droit européen en la matière est envisageable⁸²⁵.

439. Le système d'exploitation économique portuaire consistant dans le recours aux concessions d'exploitation est d'ailleurs étroitement lié à une mission régaliennne des ports, celle de la police portuaire. Dès lors, et à l'égard de ce lien, la police portuaire peut également connaître certaines limites par l'application du droit de la concurrence. Ici, c'est l'autorité portuaire publique (**EPA**) qui en a la charge dans le cadre de la gestion du service public de l'ensemble portuaire et assurant le maintien de l'ordre public général. Concrètement, il semble que les missions liées au maintien de la sécurité et la sûreté portuaires ne peuvent pas éviter de se soumettre aux règles du droit de la concurrence, position qui a été confirmée par un avis du Conseil d'Etat, en 2000⁸²⁶. L'exercice de ces activités est étroitement lié à l'autorité publique et ce par les agréments concernant le lamanage et le remorquage, ainsi que la commission concernant le pilotage, elle tient ainsi à définir et limiter l'accès aux services portuaires dont l'organisation est de la compétence de l'autorité portuaire. Cette limitation doit être conforme aux principes du droit de l'Union européenne liés à la liberté d'établissement et de circulation, mais aussi à l'esprit des directives et règlements sur les services portuaires, notamment au règlement de 2017⁸²⁷. Sur ce point, il convient d'analyser les agréments et les commissions à la lumière du régime des « autorisations administratives préalables », lorsqu'elles constituent des

⁸²⁵ ECKERT Gabriel, « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 704, 1er janvier 2013, p. 1-2.

⁸²⁶ CE, Avis. Sect., 22 nov. 2000, *Sté L&P Publicité*, n° 223645 : « *dès lors que l'exercice des pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public (...) n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte le principe de liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence* ».

⁸²⁷ Le règlement UE n° 2017-352 du 15 février 2017 sur la fourniture de services portuaires et les règles communes relatives à la transparence financière des ports.

limites à liberté de service et d'établissement du Traité européen. En ce sens, la CJCE précise que « *lesdites autorisations doivent être nécessaires pour la sauvegarde de l'intérêt général (ordre public, sécurité publique)* »⁸²⁸, ce sans pour autant pouvoir être appliquées de manière discriminatoire ou que des procédures moins contraignantes permettent d'aboutir au même résultat⁸²⁹. L'autorité portuaire ne doit pas, par le pouvoir qu'elle détient, créer une situation favorisant un opérateur au détriment d'un autre, ainsi, l'emplacement des navires à quai ne peut faire l'objet de discriminations susceptibles de fausser la concurrence⁸³⁰.

440. Cette contrainte consistant à respecter le droit de la concurrence dans la mise en œuvre des missions régaliennes découle de l'interdiction, en droit européen, d'abuser d'une position dominante, qui peut également impliquer l'application de la théorie d'origine anglo-saxonne, des « facilités essentielles dans la gestion portuaire ». Les autorités portuaires ne peuvent ainsi pas refuser discrétionnairement à certains armateurs l'utilisation de leurs ouvrages dans l'objectif de protéger leurs concurrents⁸³¹. Le conseil d'Etat considère qu'aucun principe général de droit ne contraint l'autorité publique, lors de la concession d'un service public, à accorder une protection de la concurrence, à condition que cette protection soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général⁸³².

441. Dans le secteur portuaire en France, la profession de la manutention bénéficiait d'un régime spécial accordant une priorité d'embauche. La question consiste à savoir si cette régulation publique de la profession engendrant une priorité d'embauche serait contestée à l'égard du droit de l'Union européenne de la concurrence. Il semble que le monopole de l'embauche accordé aux dockers ne constitue pas une organisation susceptible d'être considérée comme une entreprise à l'égard du droit de l'Union européenne. La CJCE avait donné cette précision à l'occasion d'une question préjudicielle concernant la priorité d'embauche des manutentionnaires belges, dans le port de Gand⁸³³, cette institution monopoliste d'embauche n'était alors pas incluse dans l'application de la disposition européenne concernant les droits

⁸²⁸ CJCE, 23 février 1995, *Bordessa e. a.*, aff. C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361, points 19 et 22.

⁸²⁹ CJCE, 1er juin 1999, *Klaus Konle*, aff. C-302/97, Rec. p. I-3099, point 40.

⁸³⁰ CE, sect., 9 octobre 1981 - *MM Michat et Laurent c/ C.C.I de Toulon et du Var - DMF* 1982 p. 774 note R. REZENTHEL.

⁸³¹ Décision de la Commission n° 94/19/CE du 21 décembre 1993 relative à la procédure de l'article 86 du traité CE concernant le port de Holyhead (R.U) - IV/34-689 - *Sea containers c/ Stena Sealink* - mesures provisoires - JOCE n° L 15 du 18 janvier 1994 p. 8.

⁸³² CE, 10 octobre 2007 - *société SPS Tarbes* - n° 255213, *AJDA* 2007 p. 1959 note J-M PASTOR.

⁸³³ Le salarié formant une unité économique avec l'entreprise qui l'emploie, les ouvriers portuaires de Gand, salariés temporaires successifs des différentes entreprises qui les engagent, ne disposent pas de l'autonomie de décision qui caractérise l'entreprise en droit communautaire. CORRUBLE Philippe, « Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires », *op. cit.*, p. 13.

exclusifs accordés par les Etats membres⁸³⁴. Cette priorité n'est pas non plus constitutive d'une mesure restrictive au sein de l'article 34 du **TFUE**⁸³⁵, à condition qu'elle ne soit pas excessive et justifiée par un intérêt général qui consiste, dans le cas de la manutention, en la sécurité portuaire. D'autre part, les principes de libre circulation des travailleurs, de liberté d'établissement et d'interdiction d'imposer des mesures restrictives à la liberté de prestation de services sont respectivement établis par les articles 45, 49 et 56. Cependant, le droit européen se positionne différemment lorsqu'une organisation privilégiant une catégorie de salariés est établie par une société. Ainsi, dans une espèce différente, l'Espagne a été condamnée par la Commission⁸³⁶, lorsque cette originalité du régime d'embauche était organisée par une société commerciale de gestion des dockers (**SAGEB**) dont l'objet était de gérer la mise à disposition de travailleurs à ses actionnaires⁸³⁷. L'entrave importante à la concurrence selon la Commission consiste dans le fait que cette réglementation, justifiée par l'Etat espagnol⁸³⁸ par la mission de service public que constitue le chargement portuaire et par la protection des salariés⁸³⁹, prévoit la possibilité, pour cette entreprise, d'imposer aux entreprises souhaitant intervenir dans ces ports de devenir actionnaires d'une **SAGEB** et de recruter des travailleurs de cette société. D'ailleurs, lorsqu'une entreprise est en position dominante en raison d'un droit exclusif de fourniture de main-d'œuvre aux entreprises prestataires des services portuaires, alors qu'elle est elle-même concurrente de ces entreprises, la doctrine de *l'abus automatique* a été appliquée⁸⁴⁰, ce sans qu'aucun abus de position dominante ne soit effectivement constaté. En l'espèce, ce droit exclusif était établi par la législation (Italie) créant un conflit d'intérêts entre les entreprises concurrentes et ce en combinaison de l'article 82 et 86 **TUE** (102 et 106 **TFUE**).

442. Dès lors, il semble que le droit européen, en ce qui concerne l'organisation du travail portuaire, se positionne de manière différenciée selon que les conditions d'embauche imposées ressortent d'une autorité chargée de la réalisation de l'intérêt général, ou d'une entité agissant

⁸³⁴ Article 106 § 1 du **TFUE**.

⁸³⁵ Qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent, c'est-à-dire celles qui auront pour effet d'affecter la libre circulation de commerce à l'intérieur du marché européen en imposant des conditions rendant les opérations d'importation plus onéreuses et éventuellement, les limitant.

⁸³⁶ Une procédure de manquement a été engagée contre l'Espagne pour violation de la liberté d'établissement.

⁸³⁷ Arts 142 et s. du décret-Loi royal 2/2011, 5 septembre 2011, qui approuve la modification de la loi sur les ports de l'Etat et de la marine marchande, BOE 20 octobre 2011 et arts 133' et s. de la loi '33 :2010, 5 août 2010, qui modifie la loi 48/2003, sur le régime économique et les prestations de service dans les ports d'intérêt général, BOE 7 août 2010.

⁸³⁸ CJCE, 11 décembre 2014 Commission c/ Espagne, aff C-567-13.

⁸³⁹ V. JOUVE Denis, « La persistance des réglementations économiques le cas de l'Espagne », in : *La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau ?*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2016, p. 6.

⁸⁴⁰ CJCE, 12 février 1998, *Silvano Raso*, aff. C-163/96, Rec. [1998] p. I-0533. V. CORRUBLE Philippe, « Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires », *op. cit.*

uniquement dans un intérêt privé. Ainsi il accorde certaine marge d'interprétation pour le gestionnaire portuaire dans la définition du personnel chargé des missions portuaires, notamment celles qui relèvent d'un intérêt général de l'Union européen.

3) *L'exploitation portuaire confrontée au droit de la concurrence*

443. La concession des outillages publics, constitue le moyen le plus utilisé par l'autorité portuaire pour l'exploitation des outillages, de surcroît, la concession des ports de plaisance est l'instrument adopté pour l'exploitation de ces ports⁸⁴¹. L'obligation de respecter la transparence doit être démontrée par l'autorité publique lors de la concession des services publics en fonction du droit européen de la concurrence⁸⁴², mais également d'une obligation d'un appel à la concurrence. La délégation de service public a subi une remise en cause par le droit européen, le modèle des concessions de services représente notamment une importance économique conséquente par rapport à l'ensemble des contrats de partenariats public-privé⁸⁴³. La Cour de justice avait précisé que l'autorité publique pouvait apprécier l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux « *spécificités de la concession de services publics* » et ce sous le contrôle des juridictions compétentes ; de plus, elle avait indiqué dans la même décision que l'absence de cette mise en concurrence aurait pour effet de rendre la concession de service public non-conforme avec les règles du traité, notamment concernant les exigences découlant des articles 43 et 49 Traité CE, mais aussi les principes *d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence*⁸⁴⁴. La question était posée concernant une cession de concession à une société portuaire sans mise en concurrence. Cette cession est considérée comme contraire au droit de l'Union européenne dans le contexte où, au cours de l'exploitation des installations, des actionnaires de droit privé pourraient prendre des participations dans le capital de la société. En l'espèce il s'agissait d'une société dont seul le capital initial devait être

⁸⁴¹ Ce par la collectivité territoriale propriétaire.

⁸⁴² CJCE, 13 septembre 2007 - Commission c/ Italie - aff. n° C-260/04 point 24.

⁸⁴³ La Commission rappelle que les concessions de services représentent 60 % des contrats de partenariats public-privé, ce qui correspondait à une valeur de 118,6 milliards d'euros en 2006. V. ECKERT Gabriel, « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

⁸⁴⁴ CJCE, 13 octobre 2005 - *Parking Brixen GmbH* - aff. n° C-458/03 point 50.

public, ce qui engendrait une potentielle ouverture vers des participations privées, en empêchant ainsi une qualification de « *gestion interne* » ou de gestion *in house* de la structure publique⁸⁴⁵.

444. Une autre limite au regard du droit de la concurrence est appliquée au port lors de la définition des tarifs des prestations portuaires et des diverses redevances. Concernant les prix des services et des prestations portuaires, une entrave à l'ordre communautaire de la concurrence peut découler d'un acte législatif ou réglementaire. Dans une espèce liée à une réglementation danoise qui avait instauré une augmentation des taxes sur les marchandises en provenance de l'étranger, la société propriétaire du port danois en question⁸⁴⁶ dont elle dirigeait l'exploitation, avait, en revanche, exonéré de ces taxes ses propres services de ferry, en faisant également bénéficier de cette exonération les sociétés avec lesquelles elle avait conclu des accords de réciprocité dans le cadre de relations d'affaires. Cette situation aurait constitué selon la Cour⁸⁴⁷, une discrimination et un abus de position dominante par cette société. Les services du port maritime chargés de définir les tarifs des prestations ayant adopté une « position dominante », la Cour a considéré que c'était au juge national qu'il appartenait d'apprécier si les prix définis étaient excessifs au regard de la valeur des prestations fournies. L'autorité portuaire doit respecter les principes liés à la concurrence dans la définition des droits du port. La Cour de justice a jugé que les droits du port ne pouvaient pas varier *selon le critère de la provenance ou de la destination des navires*⁸⁴⁸, elle avait précisé dans un arrêt précédent que les droits des ports ne constituaient pas des taxes d'effet équivalent⁸⁴⁹. L'abus de position dominante peut être caractérisé dans la définition des redevances domaniales excessives ou discriminatoires. La nature spécifique de cette redevance consistant en la prise en compte des avantages de toute nature et qui sont procurés à l'occupant⁸⁵⁰, ne permet pas « *d'établir toujours en principe un barème des redevances domaniales dans les ports* »⁸⁵¹.

⁸⁴⁵ La Cour de justice précise que « *dès lors, pour autant que la société concessionnaire est une société ouverte, même en partie, au capital privé, cette circonstance empêcherait de la considérer comme une structure de gestion « interne » d'un service public dans le chef de la collectivité territoriale qui détient* » CJCE, 21 juillet 2005 - *Coname* - aff. n° C-231/03 point 26 ; CJCE, 6 avril 2006 - *ANAV* - aff. n° C-410/04 point 32.

⁸⁴⁶ Danske Statsbaner (DSB) propriétaire du port Gedser.

⁸⁴⁷ CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link* aff. n° C-242/95 - Rec. p. I-4449, commentaire de Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT et Robert REZENTHEL *DMF*, 574, septembre 1997 p. 858.

⁸⁴⁸ CJCE, 14 novembre 2002, *Geha Naftiliaki EPE*, aff. n° C-435/00.

⁸⁴⁹ CJCE, 16 mars 1983, *società italiana per l'Oleodotto Transalpino (S.I.O.T.) c/ ministère italien des finances e.a.*, aff. n° 266/81, Rec. p. 731. Concernant la conformité de la perception à la charge de la marchandise en transit et liée à l'embarquement et au débarquement, avec l'ordre juridique communautaire, notamment le règlement n° 542/69 relatif au transit communautaire.

⁸⁵⁰ Issue de sa définition par le CGPPP, article 2125-3.

⁸⁵¹ REZENTHEL Robert, « La tarification des prestations portuaires une liberté surveillée », *op. cit.*, p. 5.

445. Une diminution injustifiée des prix des services peut constituer une aide de l'Etat interdite par le droit européen de la concurrence⁸⁵². Ainsi, la Commission a considéré que la fixation d'une redevance domaniale dans un port constitue une aide susceptible de fausser la concurrence entre les opérateurs, lorsqu'elle est établie à un niveau nettement inférieur à celui du marché. Il convient de noter que, selon la Cour de justice, l'octroi de facilités de paiement peut, dans certaines circonstances, être considéré comme une aide au sens du Traité CE⁸⁵³. La Cour de justice considère concernant les aides de l'Etat qu'une mesure constitue une aide, sans qu'il y ait nécessairement *transfert de ressources de la part d'une collectivité publique au bénéficiaire*⁸⁵⁴. Elle avait précisé auparavant que « *la notion d'aide comprend les avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise* »⁸⁵⁵.

446. Dans l'organisation de leurs activités, les entreprises sont pleinement soumises au droit de concurrence, notamment en ce qui concerne les ententes interdites. Le port peut cependant jouer un rôle important en tant que moteur de ces ententes. L'autorité de la concurrence a relevé, en 2010, l'importance que peut introduire ce rôle dans la gravité des ententes entre armateurs et manutentionnaires⁸⁵⁶. En ce sens, l'autorité de la concurrence précise que la réunion des concertations était tout d'abord apparue dans le port du Havre, mais que cela n'exclut en rien la responsabilité des entreprises s'entendant entre elles. Cependant, cette affaire relève de la question de la compétence juridictionnelle dans l'application des règles de la concurrence dans un secteur marqué par une intervention publique forte et une « discipline » parfois anti-concurrentielle. Cette nécessité est démontrée tout particulièrement dans ce secteur où les règles de la concurrence sont majoritairement d'origine contentieuse.

447. L'existence et les caractéristiques des services publics produisent des effets de droit au regard de la compétence juridictionnelle et la définition de celle-ci revêt une importance particulière dans un domaine du droit contentieux, celui du droit de la concurrence.

⁸⁵² Décision de la Commission n° 85/515/CEE du 11 février 1987 - J.O.C.E. n° L 295 du 20 octobre 1987 p. 25.

⁸⁵³ CJCE, 29 juin 1999 - *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)* – aff. n° C-256/97 - *Rec.* p. I-3926.

⁸⁵⁴ CJCE, du 27 juin 2000, – *Commission / Portugal* – aff. n° C-404/97, *Rec.* 2000 p. I-4897, point 45.

⁸⁵⁵ CJCE, 5 octobre 1999 – *France c/ Commission* – aff. n° C-251/97 - *Rec.* p. I-6639 (points 35 à 37) (point 51).

⁸⁵⁶ Décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au Port du Havre, *op. cit.*

B- La compétence juridictionnelle : un lien soutenu avec l'exercice des prérogatives de la puissance publique

448. La compétence juridictionnelle peut être désignée par la loi, comme c'est le cas pour le contentieux relatif au principe ou au montant des redevances d'occupation ou d'utilisation du domaine public, ce quelles que soient les modalités de leur fixation, le législateur précise dans ce cas la compétence du juge administratif⁸⁵⁷. En ce qui concerne les litiges liés à l'application du droit de la concurrence, la question se pose concernant la compétence de l'Autorité chargée de la concurrence⁸⁵⁸, depuis la mise en place d'une entité indépendante dans l'objectif d'assurer cette mission juridictionnelle⁸⁵⁹, sur des actes et décisions émanant de l'autorité publique. Si la compétence de cette autorité est confirmée pour les pratiques du fait des opérateurs privés dont l'activité économique est soumise au droit de la concurrence, tel n'est pas le cas pour toutes celles émanant de l'autorité portuaire, en raison de la présence des prérogatives de la puissance publique qui peuvent écarter *l'application directe* du droit de la concurrence, ainsi, le Tribunal des conflits⁸⁶⁰ avait précisé cette décision concernant la dévolution du service de l'eau par la commune depuis 1993⁸⁶¹. Le principe construit par cette décision consistait en la non-applicabilité des règles du droit de la concurrence⁸⁶² aux actes ne relevant pas des activités de *production, de distribution ou de services* du fait d'une personne publique, tout en écartant la compétence du Conseil de la concurrence. Cette position a été confirmée par le Conseil d'Etat⁸⁶³, qui considère qu'un acte administratif n'est pas par lui-même à *empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché*. Le principe

⁸⁵⁷ Article L 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁸⁵⁸ Par la création du Conseil de la concurrence par l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui est devenu l'Autorité de la concurrence en 2009 conformément à la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante, dont la mission essentielle est la régulation de la concurrence.

⁸⁵⁹ La fonction contentieuse est précisée dans le Code du commerce lorsqu'elle est compétente concernant toutes les activités commerciales en fonction de l'article L410-1 de ce Code, mais il en est également de même pour la fonction consultative lorsqu'elle doit veiller au libre jeu de la concurrence en apportant son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international (article L 461-1 Code du Commerce.).

⁸⁶⁰ La décision « ville de Pamiers », T. confl., 6 juin 1989, *Préfet Région Île-de-France*, n° 02578.

⁸⁶¹ « ... les prérogatives de puissance publique ont traditionnellement pour effet d'exclure l'application du droit de la concurrence, faute d'activité économique sur un marché concurrentiel, le Tribunal semblait également – ou seulement – leur conférer un rôle de répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence (et les juridictions en charge du contrôle de ses décisions) et la juridiction administrative. C'est en raison du double rôle des prérogatives de puissance publique en droit interne qu'est née, pendant plusieurs années, une confusion entre applicabilité du droit de la concurrence et compétence juridictionnelle pour appliquer ce droit. », CHARBIT. N, « Fasc 120 : Droit de la concurrence et secteur public.- Applicabilité et compétence », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 2011.

⁸⁶² En fonction de l'article 53 de la loi 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁸⁶³ CE, 23 juill. 1993, *CGE*, n° 138504 : *JurisData* n° 1993-045412 concernant un contrat d'affermage du service d'eau potable.

ainsi consacré par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat introduisait un écartement des règles du droit de la concurrence du bloc de légalité, ce qui a introduit une non-opposabilité de ces règles aux actes relevant des prérogatives de la puissance publique, chose qui semble regrettable au sens où elle peut constituer un « déni de justice » de la part du juge administratif qui refusait d'exercer un contrôle de la légalité sur les actes administratifs au regard du droit de la concurrence⁸⁶⁴.

449.L'opposabilité du droit de la concurrence et la compatibilité de l'exercice des prérogatives de la puissance publique avec ce droit ont cependant fait l'objet de revirements ultérieurs, introduisant l'applicabilité de ce droit à ces actes. Ainsi, et en appliquant une décision commandée par la **CJCE**, le Conseil d'Etat procède à un revirement jurisprudentiel en considérant que les actes relevant des prérogatives de la puissance publique sont soumis au contrôle du juge administratif qui procède à la vérification de la légalité de ces actes au regard du droit de la concurrence⁸⁶⁵. Cela engendre une opposabilité du droit de la concurrence sur les actes administratifs, en introduisant la compétence du juge administratif pour apprécier les effets de ces actes sur le libre jeu de la concurrence. D'ailleurs, dans l'arrêt « *société Million et Marais* », le juge précise qu'il n'appartient qu'au juge administratif d'opérer un contrôle de légalité qui incorpore l'opposabilité des règles de concurrence⁸⁶⁶. En matière portuaire, ce principe a été confirmé dans plusieurs espèces, en introduisant, d'un côté, une application de cette « opposabilité » du droit de la concurrence sur des actes administratifs de l'autorité portuaire et de l'autre, en déterminant la compétence juridictionnelle en ce qui concerne les litiges relevant de ce droit, notamment, en ce sens, lorsqu'il s'agit de préciser la compétence de l'autorité de la concurrence sur ses actes.

450.La question se pose ainsi, en raison de la double nature⁸⁶⁷ des missions des ports autonomes (ou **GPM**) de la compétence de l'autorité de la concurrence, qui devait se prononcer en premier lieu sur sa compétence. Dans cet objectif, elle doit procéder à la vérification de la possibilité de mise en œuvre du principe de la « détachabilité » entre l'activité objet du litige et

⁸⁶⁴ CHARBIT. N, « Fasc 120 : Droit de la concurrence et secteur public.- Applicabilité et compétence », *op. cit.*

⁸⁶⁵ CE, 8 nov. 1996, *FFSA*, n° 122644 : JurisData n° 1996-051011 en fonction de l'arrêt du 16 novembre 1995 de CJCE, saisie à titre préjudiciel.

⁸⁶⁶ CE, sect., 3 novembre 1997, *société Million et Marais* : *AJDA*, 1998, p.250, note O. Guézou.

⁸⁶⁷ Etablissement public à double visage pour le Conseil d'Etat (CE, sect., 26 juillet 1982 - ministre du budget c/ établissement public « Port autonome de Bordeaux » - Rec. p. 293, *DMF* 1982.724, note R. Rézenthel, alors que le port autonome est qualifié en EPIC par la Cour de Cassation (Cass. Civ. 1^{ère} ch. 13 janvier 1982 - M. Ving-trois et autres c/ Port autonome de Rouen - arrêt n° 47).

les prérogatives de la puissance publique⁸⁶⁸. Ainsi, en 2002, le Conseil de la concurrence a décliné sa compétence dans le cas d'un refus implicite par le port autonome du Havre d'accorder à une société privée le droit d'exploiter un terrain sur le domaine public portuaire⁸⁶⁹. Le Conseil de la concurrence justifie cette décision en reprenant les précédentes des autres ordres juridictionnels, notamment celle du Tribunal des conflits⁸⁷⁰, mais également la décision de la Cour de cassation concernant les actes de gestion du domaine public en les excluant du champ des activités économiques⁸⁷¹. Ce déclin de la compétence du Conseil de la concurrence a été repris en 2007⁸⁷², concernant des pratiques anti-concurrentielles dans le domaine portuaire consistant en un abus de position dominante de la part du port du Havre dans l'homologation des tarifs dans une convention de concession⁸⁷³, car cet acte d'homologation présente un caractère administratif et relève par conséquent du contrôle de la légalité du juge administratif.

451. Le critère de dissociation entre les pratiques anti-concurrentielles et les actes relevant des prérogatives de la puissance publique a été celui que le Conseil de la concurrence a provoqué pour déclarer sa compétence dans les deux arrêts précédents, permettant de définir ces actes, il s'agit bien de l'absence d'unilatéralisme dans la fixation des tarifs d'occupation du domaine public et d'utilisation des outillages publics. Ainsi, en 2002, concernant la décision précitée, le Conseil de la concurrence précise que « *les redevances pour utilisation des outillages de déchargement ne font pas l'objet d'une fixation qui ne peut faire l'objet d'aucune négociation... qu'au contraire, le niveau de ces redevances varie considérablement d'un opérateur à un autre et résulte bien de négociations* ». En 2007, et concernant des pratiques

⁸⁶⁸ Ce principe a été concrétisé par le Tribunal des conflits (T. confl., 18 oct. 1999, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Aéroports de Paris et Air France c/ TAT*, n° 03174) Dans cette décision le Tribunal confirme le critère des prérogatives de la puissance publique pour la répartition des compétences.

⁸⁶⁹ Décision n° 02-D-15 du 1^{er} mars 2002 du Conseil de la concurrence, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vrac.

⁸⁷⁰ Arrêt Aéroport de Paris par Tribunal des conflits en 1999 (*op.cit.*), lorsque ce dernier décline la compétence du conseil de la concurrence concernant les actes réalisés par une personne publique et relevant des prérogatives de la puissance publique afin de réaliser un service public et ce, même lorsque ces actes constituent des activités de production, de distribution ou de services. (T. confl., 18 oct. 1999, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Aéroports de Paris et Air France c/ TAT*, n° 03174).

⁸⁷¹ C. Cass du 16 mai 2000, *Semmaris*, n° 98-11800.

⁸⁷² Cons. conc., 13 sept. 2007, n° 07-D-28 relatif à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société ha-vraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention. V. GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les activités portuaires à l'épreuve des règles de la concurrence (A propos de la décision du Conseil de la concurrence numéro 07-D-28 du 13 septembre 2007). », *DMF*, n° 960, 1 mars 2008, p. 280-290.

⁸⁷³ Concession entre le port du Havre et la société CIPHA pour l'utilisation des outillages publics, de stockages et de rechargement en fixant des tarifs conventionnels au profit de cette société ainsi que de ses sous-traitants plus avantageux que les tarifs publics.

anticoncurrentielles dans le port du Havre⁸⁷⁴, le Conseil de la concurrence avait également confirmé sa compétence en application de ce principe de « détachabilité » des actes du port autonome, il s'agissait des tarifs appliqués pour l'utilisation des outillages publics dans une société privée. Le conseil de la concurrence justifie ainsi sa compétence lorsque ces tarifs n'étaient pas fixés par le contrat d'occupation du domaine public, ne portaient pas sur l'objet de la convention et avaient été négociés entre le port et la société utilisatrice⁸⁷⁵. Ce critère a également été pris en compte en 2011, lors de l'attribution de conventions d'exploitation de terminaux par le **GPM** du Havre⁸⁷⁶. Cependant, l'Autorité de la concurrence prend soin de relever que le comportement de l'autorité portuaire consistant « *à inviter de manière explicite des entreprises privées à s'entendre pour se répartir des capacités dont l'attribution ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt général* », était plus que regrettable. Cette décision confirme également que ce comportement anti-concurrentiel de la part de l'autorité portuaire ne dispense en rien des entreprises candidates qui se sont entendues entre elles de leur responsabilité encourue au regard du droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence avait précédemment signalé la gravité d'un comportement émanant d'une autorité publique chargée d'une mission de service public et disposant de la mission de la gestion d'une infrastructure indispensable aux chargeurs opérateurs d'un terminal portuaire⁸⁷⁷.

452.Ce déclin presque systématique du Conseil de la concurrence et lié à la caractérisation des prérogatives de la puissance publique dans les actes de gestion domaniale semble regrettable pour G. Gueguen-Hallouët⁸⁷⁸, qui précise dans son commentaire de la décision de l'autorité, en 2010, que « *l'écran commode de la compétence administrative ne doit pas être dévoyé et servir à immuniser les pratiques restrictives auxquelles peut conduire la gestion domaniale* ». Elle indique également que la compétence du juge administratif concernant les contrats d'occupation du domaine public portuaire « *ne ferait pas obstacle à la compétence de l'Autorité de la concurrence pour statuer sur les litiges relatifs à l'invocation de*

⁸⁷⁴ Cons. conc., 13 sept. 2007, n° 07-D-28 relatif à des pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société ha-vraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention. V. GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les activités portuaires à l'épreuve des règles de concurrence (A propos de la décision du Conseil de la concurrence numéro 07-D-28 du 13 septembre 2007). », *op. cit.*

⁸⁷⁵ V. *Ibid.*, p. 3.

⁸⁷⁶ Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avr. 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

⁸⁷⁷ Cons. conc., 13 sept. 2007, n° 07-D-28, *op.cit.*, point 158.

⁸⁷⁸ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Haro sur le Yalta havrais de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires?. -(A propos de la décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence) », *op. cit.*, p. 4.

pratiques anticoncurrentielles que leur conclusion peut générer ». Elle précise, par ailleurs, que, même lorsque le juge administratif applique les règles et les sanctions liées aux infractions du droit de la concurrence, cette application du juge administratif « *ne saurait être aussi efficiente* » par une autorité administrative indépendante « *spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés* ».

453. Il semble, comme le précise G. Gueguen-Hallouët, que ce rôle de l'autorité de la concurrence ait été au cœur de l'arrêt *Gisserot* de 2009 en étant pris en compte par le Tribunal des conflits⁸⁷⁹, qui peut opérer un revirement en jurisprudence par rapport à l'arrêt « *Aéroport de Paris* »⁸⁸⁰, puisque, dans cet arrêt, le tribunal déclare la compétence de l'autorité de la concurrence pour l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, y compris celles qui ne sont pas détachables des actes par lesquels les personnes publiques « *assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique* ». L'écartement récurrent par l'autorité de la concurrence de cet arrêt semble regrettable pour G. Gueguen-Hallouët, qui précise que « *le raisonnement finement élaboré dans cette affaire aurait eu le mérite de restaurer le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence* ». En ce qui concerne l'importance de cet arrêt pour une application efficace du droit de la concurrence, elle indique également : « *Aussi et parce que le juge administratif ne saurait être qu'un juge de la concurrence occasionnel, de même que l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ne peuvent apprécier la légalité d'un acte administratif, l'effectivité du droit de la concurrence requiert de faire jouer pleinement la jurisprudence Gisserot.* »⁸⁸¹. M. Eckert, de son côté, considère que cet arrêt, tout comme son application par la Cour d'appel de Paris⁸⁸², est justifié par le fait que le rôle exercé par le juge administratif lors des espèces confrontant un acte d'une personne publique au droit de la concurrence « *ne permet pas le prononcé de sanctions à l'égard des auteurs des pratiques* » et qu'un « *tel pouvoir répressif reste l'apanage de l'Autorité de la concurrence, sous le contrôle du juge judiciaire.* »⁸⁸³.

⁸⁷⁹ T. confl., 4 mai 2009, n° 3714, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Sté Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux* : JurisData n° 2009-376918.

⁸⁸⁰ V. ECKERT Gabriel, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, n° 27, 3 août 2009, p. 1490.

⁸⁸¹ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Haro sur le Yalta havarais de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires? ». -(A propos de la décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence) », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁸² CA Paris 9 juin 2009, *Société des vedettes inter-îles vendéennes*, n° 2008/20337.

⁸⁸³ M. Eckert précise cependant que cet arrêt ne constitue qu'un aménagement de l'arrêt *Aéroport de Paris*, et ne pourrait pas produire une mise en œuvre systématique de la compétence de l'autorité de la concurrence, ce en raison du sujet même de cet arrêt qui est celui des marchés publics. Le tribunal des conflits a considéré que les marchés publics, comme celui liant les parties en cause, « ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ».

454. Si, en droit interne, la décision en 2002 constitue le premier pas dans la construction des décisions faisant application du droit de la concurrence en matière d'activités portuaires, celles-ci ont commencé à alimenter, depuis de nombreuses années, la jurisprudence européenne ainsi que la pratique décisionnelle de la Commission en matière de concurrence, concourant à dessiner les règles applicables avec leurs limites.

§2. Le droit de l'Union européenne : un cadre de conciliation entre le critère économique et l'intérêt général

455. Le respect du droit de la concurrence, notamment celui découlant du droit de l'Union européenne, a contribué à bousculer le périmètre de ce qui appartient au service public dans le secteur portuaire, mais ce même droit converge avec ce qui est retenu du service public dans le droit français, il confirme la notion d'intérêt général qui est la référence essentielle de la notion de service public **(A)**, mais, en découlant d'une logique économique de ce droit, il contribue à définir les critères d'un service d'intérêt économique général, en introduisant la définition des conditions nécessaires pour que ces services puissent déroger aux règles de la concurrence sous certaines conditions **(B)**. Une tentative de trouver un cadre de prévention a priori visant à harmoniser l'accès aux services portuaires pour la mise en place d'une politique économique dans les ports des Etats membres a cependant présenté ses perspectives **(C)**.

A- L'intérêt général dans les ports et la dérogation aux règles de la concurrence

456. Le droit de l'Union européenne ne s'applique pas, ou fait exception, à l'application de ces dispositions aux activités de l'autorité publique (article 55 et 66 TUE). L'exclusion de l'application du droit de la concurrence n'est ainsi pas forcément liée à l'objet de l'activité comme c'est le cas dans l'exclusion des activités d'intérêt général, mais, comme le précise

l'avocat général Mayras⁸⁸⁴ à propos de l'arrêt *Reyners*⁸⁸⁵ « l'autorité publique est celle qui découle de la souveraineté, de l'impérialisme de l'Etat, elle implique pour celui qui l'exerce la faculté d'user de prérogatives exorbitantes de droit commun, de privilèges de la puissance publique, de pouvoir de coercition qui s'imposent aux citoyens ». Cependant, la Cour avait souvent adopté cette position en rattachant cet exercice des prérogatives de la puissance publique à une activité caractérisant un intérêt général. Ainsi et par rapport à un organisme chargé de la sécurité de la navigation aérienne *Eurocontrol*⁸⁸⁶, la Cour précise que les activités de cet organisme « par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique ». La Cour précise d'ailleurs explicitement que cette activité revêt un intérêt général en indiquant qu'Eurocontrol assure « pour le compte des Etats contractants, des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne ».

457. En matière portuaire, en lien avec l'activité de la police et la sécurité aérienne, dans un arrêt de 1997, également lié à la surveillance dans le secteur portuaire, concrètement à la surveillance antipollution dans le port de Gênes⁸⁸⁷, la Cour exclut du champ d'application certaines règles de la concurrence, notamment celles découlant de l'article 86 CE (106 TFUE), les activités participant à l'exercice de prérogatives de la puissance publique⁸⁸⁸. Dans l'arrêt précédent *Diego et Cali*, la Cour a fait la distinction entre une autorité publique et une entreprise, dont l'identification s'avère essentielle pour l'application du droit de la concurrence ; cette décision constitue l'un des rares cas où la Cour considère que la gestion du service public par une entité fait échapper celle-ci à la qualification de l'entreprise⁸⁸⁹. Il convient de noter que, dans cette affaire, seules les fonctions liées à la surveillance antipollution

⁸⁸⁴ Comme le précise G. GUEGUEN-HALLOUËT, dans sa thèse, cette interprétation par M. Mayras « sera à la suite suivie par la Cour et étendue à d'autres domaines du droit communautaire et notamment aux règles de concurrence, s'agissant de l'application des articles 90 à 92 du traité CE. » GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes : contribution à l'étude du régime juridique communautaire des activités d'intérêt général*, Thèse, Brest, 1999, p. 189.

⁸⁸⁵ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, rec. p. 631. Sur l'interprétation des articles 52 et 55 du traité CE en relation avec l'arrêté Royal du 24 août 1970 apportant une dérogation à la condition de nationalité prévue dans les dispositions du Code judiciaire relatif au titre et à l'exercice de la profession d'avocat.

⁸⁸⁶ CJCE, 19 juillet 1994, *SAT Fesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, aff. n° C-6364/92, Rec. CJCE 1994. P. I-43, pt 27 et 30.

⁸⁸⁷ En ce qui concerne les litiges liés à l'application du droit communautaire dans le secteur portuaire, le port de Gênes peut, en constatant les affaires présentées dans ce sens, constituer « le décor » de la jurisprudence de la Cour. GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 191.

⁸⁸⁸ V. CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, *Diego Cali c/ Servizi ecologici porto di Genova* : Rec. CJCE 1997, I, p. 154.

⁸⁸⁹ V. GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 193.

sont jugées comme relevant de l'exercice des prérogatives de la puissance publique, même dans l'hypothèse où les usagers doivent acquitter des redevances pour financer cette activité ; mais, en ce qui concerne les activités liées à l'intervention de cette entité (*Servizi Ecoligico Porto di Genova*), en cas de la survenue d'une pollution, les redevances perçues ainsi doivent être examinées à la lumière de l'article 86 CE (actuellement 107 TFUE) lié aux pratiques abusives des entreprises, et l'entité précitée serait alors considérée à la lumière de l'article 90 §2 comme une entreprise chargée d'une mission d'intérêt économique général⁸⁹⁰.

458. En ce qui concerne l'arrêt *Diego Cali*, la position de la Cour, ayant consisté à exclure les activités de l'autorité publique du droit de la concurrence, se différencie du droit français de la concurrence qui s'applique à ces activités, comme il a été précisé auparavant dans cette thèse, à l'égard de l'article 410-1 du Code de commerce. Cependant, le Conseil d'Etat, sous l'influence de la position de la Cour, permet une certaine allégation de ce principe en considérant que « *la liberté d'entreprise ne constituant pas une prérogative absolue, mais devant être examinée au regard de sa fonction dans la société, elle peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique* »⁸⁹¹.

459. D'autres services de l'autorité publique ou relevant des prérogatives de la puissance publique, à savoir les services d'intérêt général, sont considérés par les autorités publiques des pays membres de l'UE comme étant d'intérêt général et faisant par conséquent l'objet d'obligations de service public spécifiques⁸⁹². Il s'agit des activités qui peuvent être qualifiées en activités d'entreprise, surtout au regard de la qualification extensive de cette notion par la Cour, puisque cette dernière n'exclut de l'application du droit de la concurrence que des activités relevant des prérogatives de la puissance publique, ou des activités à caractère exclusivement social⁸⁹³, ce qui peut générer des activités qui ne sont pas ainsi qualifiées en activités d'entreprise et ne sont donc pas soumises aux règles du droit de la concurrence.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et la société Coprova*, n° 401536.

⁸⁹² Dans le point 16 du livre vert sur les services d'intérêt général, la Commission précise que « l'expression « services d'intérêt général » ne figure pas dans le traité lui-même. Elle découle dans la pratique communautaire de l'expression « service d'intérêt économique général » qui est, quant à elle, utilisée dans le traité. Elle a un sens plus large que l'expression précitée et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public. » *Livre vert sur les services d'intérêt général de la Commission*, 21.5. 2003 COM(2003) 270 final.

⁸⁹³ CJCE, 7 février 1993, *Poucet et autres c/ AGF et Camulac et Pistre c/ Canvava*, aff. Jtes. C- 159/91 et 160/91. La Cour exclut de l'application du « droit communautaire » les services correspondant à des exigences de solidarité sociale qui ne relèvent pas des activités des entités exerçant une activité économique, c'est-à-dire une entreprise (p19), cette décision découle de la reconnaissance de l'existence d'un service public de la sécurité sociale (p18).

Cependant, ces activités peuvent présenter un intérêt général et être rattachées⁸⁹⁴ à la notion de services solidaires⁸⁹⁵, ce qui pourrait fort bien justifier leur exclusion du droit de la concurrence. Dans le secteur portuaire, des activités liées à la gestion des installations de réception des déchets des navires⁸⁹⁶ peuvent caractériser cet intérêt général. Il a également été considéré que la sécurité maritime avec l'assistance à la navigation par VTS⁸⁹⁷ constitue une activité d'intérêt général justifiant l'imposition d'une redevance qui peut affecter la liberté de circulation dans le marché européen⁸⁹⁸, mais à condition qu'il existe une corrélation effective entre le montant de la redevance et le coût que représente ce service. Tel est également le cas pour la protection des marins au regard de la création des « pavillons de complaisance »⁸⁹⁹, à condition qu'il soit établi que les restrictions aux dispositions de droit de l'Union européenne⁹⁰⁰ « *sont aptes à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ». La jurisprudence administrative française applique cette notion d'intérêt général dans le cadre de l'exercice de la mission de police dans l'organisation de l'accostage⁹⁰¹, ce en attachant la sécurité des usagers à cette notion⁹⁰².

460. Il convient de noter que, loin de la question de l'application ou non du droit de la concurrence, la caractérisation d'un intérêt général au niveau européen peut perturber la mise en place de certaines activités portuaires, ce qui est le cas de l'aménagement portuaire et de l'extension pour la valorisation économique, lorsque l'objectif écologique a été considéré

⁸⁹⁴ R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *op.cit.*, dans le cadre de la caractérisation d'un « service solidaire des activités sociales ».

⁸⁹⁵ Selon la Commission, « la notion de **service universel** porte sur un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable » Doc. COM (2003) 270 final, 21 mai 2003).

⁸⁹⁶ Le cadre juridique de ces installations est prévu dans la Convention MARPOL : la Convention internationale pour la prévention de la pollution marine par les navires, élaborée par l'Organisation maritime internationale (OMI), signée à Londres le 2 novembre 1973 et complétée par le protocole en 1978.

⁸⁹⁷ *Vessel Traffic system* : système de surveillance du trafic maritime, similaire au contrôle du trafic aérien des aéronefs.

⁸⁹⁸ CJCE, 13 juin 2002 - *Inspecteur Van de Belastingdienst douane* - aff. n° C-430/99 et C-431/99 points 41 à 44, La Cour a constaté que le paiement de cette redevance est de nature à gêner ou rendre moins attrayante la prestation de services de transport maritime et constitue dès lors une restriction à leur libre circulation. Cependant, la protection de la sécurité publique est susceptible de justifier une mesure nationale indistinctement applicable. Sur cette base, elle a conclu que ce système est conforme au « droit communautaire » pour autant qu'il existe une corrélation effective entre le montant de la redevance et le coût que représente le service dont bénéficient les navires de haute mer.

⁸⁹⁹ CJCE, 11 décembre 2007 - *International transport worker's federation* - aff. n° C-348/05, point 90.

⁹⁰⁰ Article 43 du Règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers.

⁹⁰¹ CE, 30 juin 2004, *département de la Vendée*, n° 250124, *AJDA* 2004 p. 2210.

⁹⁰² REZENTHEL Robert, « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », *op. cit.*

comme présentant un intérêt supérieur à celui découlant d'un objectif économique⁹⁰³. Cependant les services d'intérêt économique général, est une notion qui est venue concilier « *la spécificité des activités d'intérêt général avec les exigences nécessaires à la réalisation du marché intérieur* »⁹⁰⁴, - ce dernier constituant une condition essentielle pour la réalisation de cette valorisation économique -, finit par créer un cadre d'exceptions à l'application du droit de la concurrence.

B- Le prisme économique de l'intérêt général : une exception de l'application du droit de la concurrence en droit de l'Union européenne

461.L'intérêt économique général, notion découlant du droit de l'Union européenne, précisément de l'article 106 §2 TFUE (90 §2 CE), trouve pleinement son application dans le secteur portuaire marqué par une monopolisation des services portuaires, mais également conditionnant l'exercice de certaines missions par des autorisations (1), le droit de l'Union européenne issu de la jurisprudence définit à cet égard un cadre dans lequel il serait possible de faire acte de l'exclusion de ces dispositions des activités économiques (2).

1) *L'intérêt économique général*

462.La création d'une nouvelle notion dans le droit de l'Union européenne, celle de **SIEG**, concernant les **SIG/SIEG**, en vue de trouver des notions propres au droit européen, indépendantes de celles du droit des pays membres, pourrait certes permettre au niveau du droit interne de concilier deux aspects en droit administratif qui semblaient susciter certaines interrogations, au moment de la consécration d'un service public économique ou d'un service public industriel et commercial⁹⁰⁵, il s'agit, en l'occurrence, de celles de l'intérêt général et de l'intérêt économique. L'émergence de cette notion en droit de l'Union européenne peut

⁹⁰³ V. REZENTHEL Robert, « L'aménagement et la gestion des ports au regard de l'intérêt général », *op. cit.*, à propos des arrêts CJCE, 11 juillet 1996, Secretary of state for the environment, aff n° C-44/95 point 30, relative à l'application de la directive relative à la conservation des oiseaux sauvages et CJCE, 7 novembre 2000, Secretary of State for the environment, transport and the regions, aff n° C-371/98. concernant un projet d'extension du port de Bristol confrontée à l'application de la directive "habitats naturels".

⁹⁰⁴ Jean-Marc SAUVE, *Conseil d'Etat. Discours et interventions. La notion de service d'intérêt économique général.*, 2011.

⁹⁰⁵ LINOTTE DIDIER et ROMI RAPHAËL, *Droit du service public*, Paris, Litec, coll. « Objectif droit », 2007. Ces auteurs distinguent entre service de réglementation dans le secteur économique, s'agissant de service public économique, et service public de prestation, celui de SPIC. P. 34.

renouveler en profondeur la distinction **SPA/ SPIC** « essentiellement sur la spécificité économique des différents intérêts généraux »⁹⁰⁶. L'on retrouve alors un lien de parenté entre la notion de **SPIC** et celle de **SIEG**, qui peut aider à « retrouver une certaine cohérence en renouant avec le critère initial de la nature de l'activité —activité marchande —pour en tirer les conséquences juridiques —application dans une dose limitée de règles spécifiques du droit commun »⁹⁰⁷. Il semble que les règles issues de la consécration en droit de l'Union européenne sont susceptibles de « perfectionner » le lien déjà créé entre droit administratif et droit privé depuis la consécration du **SPIC** en droit interne. La notion d'entreprise, faisant référence à l'entreprise publique dont le **GPM** fait partie, est une notion clé du droit de l'Union européenne. Les entreprises publiques disposant de droits exclusifs qui peuvent être concrétisées par l'existence de cet intérêt économique général, alors qu'elles exercent souvent des activités qualifiées de **SPIC** en droit français. La consécration de cette notion avait déjà engendré un rapprochement, comme l'a précisé L. Roland, entre le droit administratif et le droit privé⁹⁰⁸, c'est-à-dire un droit qui ne relève pas d'un régime exorbitant de droit commun. Cependant, les objectifs sont bien différents de la définition de ces deux notions, ainsi l'identification d'un **SIEG** vise à accorder des dérogations sur un marché économique pour assurer une mission d'intérêt général, alors qu'en droit administratif, en France, la notion de **SPIC** consiste à accorder des mécanismes de droit privé⁹⁰⁹. Cette approche pragmatique connaît cependant une certaine transformation orientée vers une approche plus « symbolique et systématique », qui, comme l'a précisé le vice-président du Conseil d'Etat, a commencé à émerger avec la « reconnaissance du rôle des services d'intérêt économique général, au sein des services d'intérêt général, dans la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne du droit européen »⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ RADIGUET Rémi, *Le service public environnemental*, Thèse, Toulouse 1, 2016, p. 6.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 14 M. RADIGUET précise en ce sens que dans le droit administratif, la création de SPIC et la définition du critère de service public a subi une certaine évolution marquée par cette consécration des services économiques impliquant un intérêt général et entraînant l'immixtion publique.

⁹⁰⁸ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Louis Rolland, le Méditerranéen d'Alger, promoteur et sauveteur du service public », in M. TOUZEIL-DIVINA, A. LEVADE (ss-dir), *Journées Louis Rolland, le Méditerranéen*, Revue Méditerranéenne de Droit public, n°4, Toulouse, Lextenso-l'Épitoge, *Revue méditerranéenne de droit public*, n° 4, 2016.

⁹⁰⁹ V. S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ., coll. BDP, 2015.

⁹¹⁰ JEAN-MARC Sauvé, *Conseil d'Etat. Discours et interventions. La notion de service d'intérêt économique général.*, op. cit.

463. La « signification nouvelle »⁹¹¹ de la notion de **SIEG** par rapport à celle de **SPIC** n'empêche pas de constater que les principes du **SIEG** peuvent être fortement liés à ceux du service public. Le principe d'universalité, seul défini par un texte de l'Union européenne, est lié au principe d'égalité, lorsqu'il consiste en « *l'égalité d'accès, ... la cohésion économique et sociale et ... la promotion de la citoyenneté* »⁹¹². Les autres principes sont introduits par la jurisprudence de l'Union européenne. En ce qui concerne la continuité, le fameux arrêt *Almelo* confirme la nécessité d'une fourniture ininterrompue des prestations⁹¹³. Pour ce qui est l'adaptation et la mutabilité, entre autres, concernant l'activité de manutention portuaire, la Cour avait précisé qu'il incombait aux entreprises chargées de cette mission de recourir, dans le sens du principe de mutabilité, « *au développement technique et de s'adapter aux mutations technologiques en mettant fin à certaines situations anachroniques destinées à entretenir les sureffectifs sur les quais au préjudice de la qualité et du coût de la prestation* »⁹¹⁴. La conception française de service public peut converger avec celle de l'UE du **SIEG**, puisque ces deux conceptions partagent deux critères, le premier est l'intérêt général, le second est l'attachement de l'activité à des obligations pour la réalisation de cet intérêt général, qui justifient ainsi une dérogation du droit de la concurrence⁹¹⁵.

464. L'application du droit de la concurrence dans le port présente une certaine particularité dans la constitution d'un marché intérieur. Le régime adopté par la Commission pour mettre en place ce régime se traduit dans le port par une application des règles de la concurrence, afin de réaliser la libre circulation⁹¹⁶ des services. La démarche adoptée par le droit européen, notamment par les précisions issues des conclusions de la Cour, consiste en la

⁹¹¹ Cette signification résulte de la tentative de conciliation entre ouverture de la concurrence et satisfaction de l'intérêt général. GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 170.

⁹¹² L'autrice précise que le droit communautaire vise l'équité en se référant à l'égalité d'accès aux services universels, selon la directive Européenne n°95-62 du 13 décembre 1995 n° 9562, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale]. Ibid.

⁹¹³ CJCE, 27 avril 1994, *Cne d'Almelo*, R.-I. 1477, pt. 48.

⁹¹⁴ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali porto di Genova* - aff. n° C-179/90, pt.18.

⁹¹⁵ GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 167. A propos des fameux arrêts Corbeau 1993 et Commune d'Alemelo 1994 de la Cour qui donnent une définition du SIEG et une précision sur les obligations du service public. Mme Gueguen-Hallouët précise en ce sens que les deux approches (Service public en France et SIEG en Europe) sont faites sur une base plus formelle que matérielle.

⁹¹⁶ G GUEGUEN-HALLOUËT précise en ce sens que la logique est inversée dans le secteur portuaire lorsque normalement les règles de la concurrence se situent en complémentarité avec la liberté de circulation, ce qui est principalement dû à la forte intervention publique dans le secteur portuaire, qui constitue au regard du traité de CE une importante distorsion de la concurrence. Ni les règles liées à la libre prestation de services, ni les dispositions du traité en rapport avec l'aménagement des monopoles publics ne permettent de fonder effectivement la libéralisation, « *les objectifs du traité ne peuvent être atteints que si une concurrence loyale et saine est assurée (...) la suppression des obstacles institutionnels aux échanges serait inefficace si les entreprises pouvaient constituer des obstacles privés* ». Ibid., p. 178.

qualification des activités d'intérêt général et d'intérêt économique général. Le principe de la soumission de ces activités à la concurrence est prévu dans l'article 90 §1 de ce traité, mais c'est la jurisprudence qui procède à la définition des notions mentionnées dans cet article, ainsi qu'à celle de certaines activités portuaires d'intérêt général de différentes espèces, ce qui peut impliquer la mise en œuvre à leur égard du paragraphe 2 de cet article (90). Cette logique pourrait établir la « typologie » des services en charge de missions d'intérêt général, qui pourrait émerger de l'approche *globale et systématique* que J.-M. Sauvé avait développée⁹¹⁷. « Mentionnés dans le traité à l'article 90, ils désignent les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas en particulier des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication. »⁹¹⁸.

465. Dans le secteur portuaire, la jurisprudence de l'Union européenne précise l'étendue et les conditions de plusieurs de ces activités, nous notons une restriction de cette notion dans le domaine portuaire. Contrairement à sa qualification dans plusieurs pays membres, l'activité de manutention est considérée comme ne revêtant pas « *un caractère d'intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique* »⁹¹⁹. Dans l'arrêt *Gt-Link/ De Danske Statsbaner*, la Cour confirme la jurisprudence de 1991 concernant les activités portuaires, en considérant que ces activités ne constituent pas forcément une mission de service public. Nous constatons cependant que la cour adopte une position plus stricte. Ainsi, l'arrêt *Danske* enlève toute hésitation concernant la qualification de l'activité de manutention en **SIEG**, puisque, selon la jurisprudence *Merci* en 1991, principal arrêt dans la révision juridique au niveau européen du régime de cette activité, celle-ci pourrait présenter, en l'attachant à des obligations nécessaires à l'accomplissement de cette activité, un intérêt général⁹²⁰. La reconnaissance de l'existence d'obligations nécessaires à l'accomplissement de la mission n'indique pas forcément la caractérisation d'un **SIG**, elle permet à la Cour de constater la dévolution d'une mission particulière⁹²¹.

⁹¹⁷ JEAN-MARC Sauvé, *Conseil d'Etat. Discours et interventions. La notion de service d'intérêt économique général.*, op. cit.

⁹¹⁸ *Les services d'intérêt général en Europe*, document no 96/C 281/03 - J.O.C.E. no C 281 du 26 septembre 1996 p. 3. Avis du Comité économique et social, 1996.

⁹¹⁹ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali porto di Genova* - aff. n° C-179/90., pt. 27.

⁹²⁰ GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 171 Mme Guguen-Hallouet précise dans ce point que la Cour impose « paradoxalement » des obligations de SIEG à l'activité de manutention bien qu'elle exclue dans le même arrêt cette activité de la qualification en SIEG. Elle ajoute que si l'entreprise avait respecté ces obligations, elle aurait peut-être été qualifiée en SIEG.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 172.

466.L'intérêt économique général s'avère avantageux dans le cadre d'un régime dérogatoire des règles de la concurrence, lié aux spécificités de la mise en œuvre de cette notion.

2) Les conditions de l'exclusion du droit de la concurrence dans l'organisation et les conditions d'exercice des services portuaires

467.Une exclusion de certains services portuaires au droit de la concurrence demeure possible (a), mais sous certaines conditions organisées par le droit européen (b).

a. La restriction possible de la concurrence

468.Le service universel bénéficie d'un cadre bien organisé par le droit de l'Union européenne pour qu'un service soit assuré partout et à un prix abordable pour tous les services de qualité prédéfinie⁹²², ce qui est le cas de l'activité de lamanage portuaire. Cette qualification avait pour effet de justifier un tarif de lamanage d'un niveau supérieur au coût effectif du service rendu, ce dans l'objectif d'assurer la pérennité d'une activité indispensable pour le port⁹²³.

469.Cependant, le droit de l'Union européenne prévoit la possibilité, pour un Etat membre, d'imposer des obligations de services public lorsqu'il l'estime nécessaire, notamment dans l'objectif d'assurer l'équilibre économique d'un service d'intérêt général ; ainsi « *les principes du libéralisme économique, piliers de la construction européenne, ne sont pas antinomiques avec la reconnaissance d'obligations de service public qui permettent de garantir aux citoyens de l'Union des prestations de qualité dans des activités économiques essentielles. Un régime juridique, particulièrement favorable, est mis en place au sein du droit communautaire pour faciliter l'exercice de ces obligations.* »⁹²⁴. Cette imposition peut être contraire par principe au droit de la concurrence lorsqu'elle constitue une restriction de la concurrence, mais c'est l'article 90 §2 qui précise la possibilité, pour une entreprise, de profiter d'un régime dérogatoire des règles de concurrence puisque « *Les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les*

⁹²² V. Livre vert sur les services d'intérêt général 21 mai 2003, *op.cit.*

⁹²³ CJCE, 18 juin 1998, *Corsica ferries France SA*, aff n° C-266/96 point 32.

⁹²⁴ CHAMINADE André, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, doct. 182. n° 43, 25 octobre 2006, p. 1991-1996.

limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ». Il faut que cette entreprise soit chargée d'une mission de **SIEG**, ce qui implique une mission particulière à la charge de cette entreprise, il s'agit là d'une obligation de service public. Le paragraphe 3 de ce même article prévoit un contrôle de la part de la Commission sur l'application des dispositions des paragraphes 1 et 2 de ce même article⁹²⁵.

470. La notion d'**OSP** dans le droit de l'Union européenne est l'œuvre du droit dérivé⁹²⁶. Dans le système français, M. Rivero a constaté l'existence d'une dualité dans les activités relevant des services inhérents à la notion de service public, celles qui donnent à l'autorité les prérogatives caractérisant la puissance publique, d'autres qui sont soumises à des obligations rattachées à un service public⁹²⁷. C'est parce qu'il découle des obligations du service public que des prérogatives caractérisant la puissance publique sont accordées à l'autorité portuaire ou aux entreprises assurant une mission de service public, au point de considérer l'existence de ces obligations avec les dérogations autorisées comme des indices de l'existence d'un intérêt général⁹²⁸. Elles légitiment l'existence d'un régime dérogatoire, et « *contribuent dès lors à un renouveau du service public* »⁹²⁹.

471. La définition de cette notion d'**OSP** a été précisée par le droit de l'Union européenne⁹³⁰ de la façon suivante : « *par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise [...] n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions* ». Cette définition a été reprise par la Cour⁹³¹. Cette dernière a d'ailleurs mis en place

⁹²⁵ Ce contrôle a été si rigoureux qu'il a donné une portée limitée à ces obligations, la Cour avait limité la portée de ce contrôle par la Commission. GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit.

⁹²⁶ Une référence se trouve cependant dans l'article 77 du Traité CE par rapport aux servitudes inhérentes à la notion de service public.

⁹²⁷ RIVERO Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *RDJ*, 1953, p. 279-296.

⁹²⁸ PERALDI-LENEUF Fabienne, « *Le consommateur citoyen et la mutation des obligations de service public* » in R. KOVAR et D. SIMON (dir) « Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché », La Documentation française, 1998 ».

⁹²⁹ GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes*, op. cit., p. 170.

⁹³⁰ Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

⁹³¹ CJCE, 20 février 2001, aff. n° C-205/99, *Association Professionnelle des Empresas Navires de Líneas Regulares (Analir) e.a. Contre Administración General del Estado*, Rec, CJCE 2001, p. I-1271, point 32. Cette définition a été donnée par le règlement (CEE) n° 3577/92, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime).

une interprétation restrictive de cette notion, en 1998⁹³², en précisant que « le maintien de tout ou partie d'une obligation de service public n'est permis que pour garantir la fourniture de services de transport suffisants »⁹³³. Le règlement n° 2408/92 sur la libéralisation du transport aérien⁹³⁴ précise le caractère lucratif mais les considérations dépassent le seul intérêt commercial⁹³⁵, ainsi les obligations de service public sont « les obligations imposées à un transporteur aérien en vue de prendre, à l'égard de toute liaison qu'il peut exploiter en vertu d'une licence qui lui a été délivrée par un Etat membre, toutes les mesures propres à assurer la prestation d'un service répondant à des normes fixes en matière de continuité de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisferait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial ». Le livre blanc étend ces obligations au domaine du transport (2004), il procède également à donner une définition de ces obligations, lorsqu'il précise que la notion d'**OSP** « désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public ».

472. Il est possible de constater l'existence de deux grands aspects de restriction de la concurrence au moyen de l'imposition des obligations de service public. Le premier consiste à organiser des services en imposant des autorisations préalables émanant de l'autorité administrative. Dans le domaine portuaire, l'arrêt *Analir* prévoit la possibilité d'imposer une autorisation administrative des **OSP** dès lors que les autorités constatent que le nombre de services réguliers est insuffisant, car dépendant des seules forces du marché. Auparavant, la Cour avait jugé qu'un tel régime d'autorisation s'avérait nécessaire pour imposer des obligations de service public⁹³⁶. Dans le cadre d'attribution du domaine public, dans une convention de terminal ou d'**AOT**, l'autorité portuaire peut imposer des charges liées à la réalisation du service public. En ce sens, R. Rézenthel précise⁹³⁷ que « *Dans les ports, les contraintes imposées au gestionnaire de l'outillage public d'assurer un service minimal, de mettre ses installations en permanence à la disposition des usagers, d'appliquer un tarif public soumis à approbation d'une autorité administrative ou de disposer d'équipements d'une*

⁹³² Pour l'application du règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, *op. cit.*

⁹³³ CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. n° C-412/96, *op. cit.*, point 31.

⁹³⁴ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

⁹³⁵ NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse., *op. cit.*, p. 88. L'autrice précise au regard du règlement la caractérisation d'un lien étroit entre le service d'intérêt économique général et l'obligation de service public.

⁹³⁶ CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e. a.*, aff. n° C-163/94, C-165/94 et C-250/94, Rec. p. I-4821. La Cour précise que ce régime d'autorisation imposée doit être proportionnel au but poursuivi, point 23.

⁹³⁷ Concernant l'arrêt CJCE, 27 novembre 2003, *ENIRISORSE SPA et MINISTERO DELLE FINANZE*, aff. n° C-34/01 à C-38/01.

certaine capacité... sont des obligations de service public. »⁹³⁸. Le système de compensation que le port peut proposer dans le cadre d'une attribution unilatérale, ou un contrat, eut constituer un moyen favorisant la promotion commerciale du port et ne pas entacher l'attractivité des ports par les charges inhérentes au service public portuaire⁹³⁹. Cependant, le port doit veiller à respecter le cadre de l'imposition de ces charges ainsi que les compensations y inhérentes. Un deuxième moyen pour imposer des OSP peut entraîner des avantages pour l'entreprise qui en a la charge, et ce dans le cadre du régime compensatoire des services publics ou de l'octroi des monopoles d'exploitation. Ces avantages ne seraient pas contraires au régime dérogatoire s'ils présentent certaines conditions.

b. Les obligations jurisprudentielles de droit de l'UE pour mettre en place le régime dérogatoire des OSP

473. Il ne suffit pas de qualifier l'existence des **OSP**, mais il convient aussi de justifier que les règles de la concurrence font échec à l'accomplissement de la *mission particulière*. La jurisprudence précise que la restriction de la concurrence est nécessaire pour l'accomplissement de ces missions⁹⁴⁰. L'existence d'un besoin réel de service public doit être démontrée⁹⁴¹ et il doit être proportionnel à la réalisation de ce besoin⁹⁴².

474. Il incombe dès lors aux Etats membres de définir, de manière claire, objective et précise, leurs services publics susceptibles d'apporter des compensations pour équilibrer les charges en découlant. Il s'agit de faire la distinction, dans les Etats membres, entre les services publics et les obligations de services publics. C'est parce qu'un Etat envisage d'imposer des obligations et d'attribuer des compensations, qu'il lui faut définir clairement ces services publics. Comme le précise A. Chaminade⁹⁴³, cette clarification est d'autant plus importante quand le service fait l'objet d'une tarification ; la Cour a précisé qu'« à défaut d'une transparence effective de la structure des tarifs, il est difficile, voire impossible, d'apprécier

⁹³⁸ REZENTHEL Robert, « Note sous arrêt, L'attribution par l'Etat d'une partie d'une taxe portuaire à une entreprise de manutention au regard du droit de la concurrence », *DMF*, n° 643, 1er décembre 2003, p. 1122-1134.

⁹³⁹ REZENTHEL Robert, « Pour une gestion équitable du domaine portuaire », *op. cit.*, 2016.

⁹⁴⁰ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. n° C-320/91.

⁹⁴¹ CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring c/ ACOSS*, aff. n° C-53/00, Rec.p.I-9067.

⁹⁴² CJCE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits, épouse Geraets c/ Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, aff. n° C-157/99, Rec. p. I-5473, pt 38.

⁹⁴³ CHAMINADE André, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *op. cit.*, p. 3.

l'influence de la mission d'intérêt général sur l'application des règles de concurrence en matière de tarif »⁹⁴⁴.

475.L'objectif de cette clarté et transparence à titre de justificatif vise à ne pas qualifier une compensation financière en aide d'Etat, interdite au regard du droit de l'UE (article 107 TFUE). La Cour considère que cet avantage ne sera pas ainsi qualifié s'il n'excède pas les surcoûts du service public⁹⁴⁵. L'arrêt *Altmark*⁹⁴⁶ précise que « *sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché* ». La Cour ajoute par rapport à des interventions étatiques que si les « *entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que (l'intervention) n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence* », de telles interventions ne seront pas qualifiées en aide d'Etat interdite au sein du droit de la concurrence. Cet arrêt fixe alors l'ensemble des conditions qui doivent se cumuler afin qu'un « *avantage financier ne soit pas qualifié en aide d'Etat* ». Ainsi, il faut établir préalablement des paramètres sur la base desquels est calculée la compensation⁹⁴⁷. Ces conditions ont été reprises dans d'autres décisions de la Cour concernant l'intervention de l'Etat par le biais d'avantages financiers⁹⁴⁸.

476.Ces conditions arrêtées par la jurisprudence ont trouvé également un champ d'application dans le domaine portuaire. Dans un arrêt de 2003, est exposée la problématique liée au fait que lorsqu'une partie de la taxe portuaire⁹⁴⁹ perçue auprès des usagers est attribuée à une entreprise publique, cela pourrait porter la qualification de cette attribution financière en aide d'Etat⁹⁵⁰. Il s'agit d'une entreprise publique autorisée par la loi à procéder, en plus des missions qui lui sont dévolues, à des opérations commerciales liées au port. La Cour a jugé

⁹⁴⁴ CJCE, 11 avr. 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. n° 66/86,; Rec. CJCE 1989, p. 803, note 25.

⁹⁴⁵ CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring c/ ACOSS*, aff. n° C-53/00, Rec.p.I-9067, *op.cit.*

⁹⁴⁶ CJCE, du 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. n° C-280/00, Rec. p. I-7747, *op.cit.*, pt. 84.

⁹⁴⁷ Point 91 : « *La compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.* ».

⁹⁴⁸ CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. n° C-451/03. V. Concls. De l'Avocat général Damaso Ruisz-Jarabo Colomier, 28 juin 2005.

⁹⁴⁹ Affectation de deux tiers d'une taxe portuaire à une entreprise publique, le troisième tier revenant à l'Etat.

⁹⁵⁰ CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse SPA et Ministero delle Finanze*, aff. n° C-34/01 à C-38/01, *op.cit.*

qu'une « mesure par laquelle un État membre attribue à une entreprise publique une partie importante d'une taxe, telle que la taxe portuaire en cause au principal, doit être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article (87 CE §1), pour autant qu'elle affecte les échanges entre États membres, lorsque: — l'attribution de la taxe n'est pas liée à une mission de service public clairement définie, et/ou - le calcul de la compensation prétendument nécessaire à l'accomplissement de ladite mission n'a pas été effectué sur la base de paramètres préalablement définis de manière objective et transparente, afin d'éviter que cette compensation ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise publique concernée par rapport à d'autres entreprises concurrentes. »⁹⁵¹. R. Rézenthel précise⁹⁵² que « S'il est permis une compensation des sujétions inhérentes au service public à l'aide de fonds publics, encore faut-il qu'elle porte sur les coûts réellement exposés. Il y a lieu de penser que le juge exercera un contrôle normal sur les justifications apportées, mais qu'en raison de la complexité des éléments à prendre en compte, il n'effectuera qu'un contrôle minimum de l'adéquation entre l'estimation des charges pour compenser les contraintes et le niveau de l'aide accordée ».

477. Les Etats membres ne peuvent confier les obligations de service public que par « un acte de puissance publique », dans lequel un Etat membre confie cette obligation à l'entreprise dans le cadre de l'exercice de son activité commerciale⁹⁵³. A la lumière d'un arrêt de la Cour⁹⁵⁴, les instruments juridiques utilisés pour donner à l'entreprise la charge de ces **OSP** ne doivent présenter aucun caractère particulier, il en découle, comme le précise A. Chaminade⁹⁵⁵, que cet acte peut consister en un acte législatif ou réglementaire, mais ce n'est pas obligatoire. Ainsi, des personnes privées peuvent être chargées de missions de service public sans contrat⁹⁵⁶. Il

⁹⁵¹ Cette mesure ne relève pas des articles 25 CE et 28 CE lorsqu'« en l'absence de toute discrimination à l'égard des produits en provenance d'autres États membres, la mesure par laquelle un État membre prévoit la perception d'une telle taxe et l'attribution d'une partie importante du produit de cette taxe à une entreprise publique, sans que le montant attribué corresponde à un service effectivement rendu par celle-ci, n'enfreint pas les dispositions dudit article 95 CE. L'entreprise qui en profite n'est pas en situation d'abus de position dominante en fonction des articles 90 §1 et 86 du Traité CE ».

⁹⁵² REZENTHEL Robert, « Note sous arrêt, L'attribution par l'Etat d'une partie d'une taxe portuaire à une entreprise de manutention au regard du droit de la concurrence », *op. cit.*

⁹⁵³ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c / SABAM*, aff. n° C-127/73, Rec. CJCE, *op. cit.* p. 313.

⁹⁵⁴ CJCE, 23 octobre 1997, aff. n° C- 159/94, *COM c/ France*, Rec, CJCE, 1997, I, p, 5815.

⁹⁵⁵ CHAMINADE André, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵⁶ CE, sect., 6 avril 2007, commune d'Aix-en-Provence, n° 284736. « lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part de la personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ».

faut cependant veiller, dans le cadre de l'établissement de cet acte, à ne pas produire un effet anticoncurrentiel, notamment en constituant une entente interdite au sens du droit de la concurrence⁹⁵⁷. Le Conseil de la concurrence a considéré dans cette décision que les comportements de la collectivité territoriale de Corse et de l'Office des transports de la Corse qui « *auraient, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la SNCM [entreprise de transport maritime à laquelle était confiée la délégation de service public] cherché à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu "sur mesure" pour elle et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les "boycottant", n'étaient pas détachables des actes de puissance publique* »⁹⁵⁸. La sécurité portuaire étant un élément d'intérêt général, le **GPM** peut imposer, dans le cadre des conventions de terminal, des obligations liées à cet impératif, tout en conservant le caractère d'une « gestion privative »⁹⁵⁹.

478. En plus de conditions liées aux avantages financiers, les autorisations administratives préalables ne doivent pas être utilisées par l'autorité publique, afin de priver les règles issues du droit de l'UE, notamment celles liées aux libertés fondamentales, de leur effet utile⁹⁶⁰. Dans cet arrêt, la Cour précise que les critères doivent être objectifs et transparents et qu'il convient que l'obligation soit proportionnelle à cet objectif, ce qui correspond, dans les ports français, aux agréments et autorisations appliqués aux activités nautiques⁹⁶¹.

479. En matière portuaire, la contractualisation semble cependant constituer en France un moyen permettant d'inclure des obligations de service public dans un contrat entre l'autorité portuaire et un opérateur dans le port. Un arrêt du Conseil d'Etat confirme la conformité des dispositions d'un cahier de charge qui imposent des spécifications techniques plus sévères par rapport à ce qui est prévu dans la réglementation applicable au secteur d'activité, mais à condition qu'elles « *doivent être justifiées par les nécessités propres au service public faisant*

⁹⁵⁷ Cons. conc., déc. n° 09-D-10, 27 févr. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010, *Sté Nationale Corse Méditerranée*, n° 2009/07930 : JurisData n° 2010-014802.

⁹⁵⁸ Comme il a été précisé dans le paragraphe précédent sur la compétence juridictionnelle, dans « la mesure où ce sont des actes de puissance publique qui sont en cause, le contentieux ne peut évidemment être porté que devant les juridictions administratives. » v. CHARBIT. N, « Fasc 120 : Droit de la concurrence et secteur public.- Applicabilité et compétence », *op. cit.*

⁹⁵⁹ FEDI Laurent et REZENTHEL Robert, « L'exploitation des terminaux portuaires face aux enjeux maritimes du 21^{ème} siècle », *DMF*, n° 685, 1^{er} octobre 2007, p. 5.

⁹⁶⁰ CJCE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits, épouse Geraets c/ Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, aff. n° C-157/99, Rec. p. I-5473, point 90.

⁹⁶¹ V. LE MONNIER DE GOUVILLE Antoine, « Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence. Le pilotage, le remorquage et le lamanage sur les voies de la réforme. », *op. cit.*

l'objet de la délégation »⁹⁶². La convention de terminal peut comprendre des obligations liées à la sécurité ou à la protection de l'environnement même si cette activité n'est plus dans le giron du service public portuaire. Ces obligations doivent être définies précisément⁹⁶³.

480. En plus de clarifier les services relevant des obligations du service public, la mise en place préalable du principe de transparence peut instaurer un cadre plus clair pour ce régime dérogatoire.

C- La réglementation européenne pour une harmonisation a priori : entre hésitation et pragmatisme

481. L'interprétation libérale⁹⁶⁴ de la jurisprudence de l'UE concernant les dispositions du traité CE à l'égard de la gestion portuaire a été accompagnée d'une hésitation dans la décision par rapport à une législation européenne concernant l'accès aux services portuaires. Il y a eu deux rejets par le Parlement européen des projets de directives, le premier concernant l'accès au marché des services portuaires a été rejeté en 2003⁹⁶⁵, le second, qui concernait la transparence et les conditions équitables de concurrence entre les ports⁹⁶⁶, a été rejeté en 2006. L'importance de ces deux propositions de directives européennes émanait du fait qu'il s'agissait du premier texte spécifique aux ports au niveau européen et ayant une valeur normative. Le *Livre vert* de 1997 relatif aux ports et aux infrastructures maritimes avait préconisé comme objectif à mettre en place dans les ports une « *libéralisation plus systématique* ». En 2008, une *résolution sur une politique portuaire européenne* a été adoptée⁹⁶⁷. Presque dix ans après la

⁹⁶² CE, 05 juin 2007, *Sté Corsica Ferries*, n° 30528, sur la procédure propre à la passation d'une convention de DSP.

⁹⁶³ CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c/ Giuseppe Calafiori*, aff. n° C-451/03, *op. cit.*, pt 62 qui fait référence à l'arrêt CJCE du 24 juillet 2003, aff. n° C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, (CJCE, 24 juillet 2003, aff. n° C-280/00 Rec. p. I-7747), *op. cit.*

⁹⁶⁴ REZENTHEL Robert, « Note sous arrêt, L'attribution par l'Etat d'une partie d'une taxe portuaire à une entreprise de manutention au regard du droit de la concurrence », *op. cit.*

⁹⁶⁵ Proposition de la Commission de directive du Parlement et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, 13 février 2001, COM (2001) 35 final - E1702 - 2001/0047 (COD). La Commission a, après un vote du Parlement pour amender le projet, présenté une proposition modifiée le 19 février 2002 (COM (2002) 101 final - 2001/0047 (COD)). Lors du Conseil du Transport / Télécommunications, Luxembourg, un accord politique des quinze ministres a été mis en place, le 17-18 juin 2002, 9903/02.

*Avec Communication au Parlement européen et au Conseil : Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe.

⁹⁶⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, COM (2004) 654 final du 13/10/2004.

⁹⁶⁷ Résolution du Parlement du 4 septembre 2008 sur une politique portuaire européenne : JOUE C 295 E du 04/12/2009 p. 74-79 en réponse à la communication de la Commission sur ce propos COM (2007)616 final.

première proposition de la directive, est émise une proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports⁹⁶⁸, mais elle n'aboutira qu'en 2017⁹⁶⁹ et est ainsi obligatoire et directement applicable sans aucune mesure de transposition.

482.L'importance de ce texte de « consensus »⁹⁷⁰ consiste alors à s'appliquer directement et dans tous ses éléments, mais également à présenter un certain pragmatisme par rapport aux textes des directives rejetées, ainsi il « *ne libéralise pas le secteur portuaire. Plus modestement, il entend établir un cadre pour la fourniture des services portuaires et définir des règles communes relatives à la transparence financière des ports.* »⁹⁷¹. Le principe d'une « concurrence régulée » par la consécration d'une marge d'appréciation pour les Etats membres et d'une certaine autonomie⁹⁷² des ports a été adopté dans la mesure consistant à réaliser une « boîte à outils »⁹⁷³. La perspective très libéralisatrice des services portuaires a été ainsi encadrée par la mise en place de possibilités précises concernant la limitation d'accès aux services portuaires, ainsi le règlement, comme le précise E. Van Hooydonk, dans sa brève introduction,

« autorise explicitement le gestionnaire du port et l'autorité compétente à limiter le nombre de prestataires de services portuaires pour un service portuaire donné en s'appuyant sur un ou plusieurs des cinq motifs suivants, énumérés limitativement (1) : 1° la rareté ou l'affectation réservée des terres ou de l'espace navigable, à condition que la limitation soit conforme aux décisions ou aux plans ; 2° l'exécution des obligations de service public, y compris lorsque cette absence de limitation accroît de façon excessive les coûts afférents à l'exécution de ces obligations que doivent supporter le gestionnaire du port, l'autorité compétente ou les utilisateurs du port ; 3° l'exécution des opérations portuaires sûres, sécurisées ou durables sur le plan environnemental ; 4° l'impossibilité d'exécuter des

⁹⁶⁸ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 23/05/2013 établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports (COM/2013/0296 final - 2013/0157 (COD)).

⁹⁶⁹ Règlement (UE) n° 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports JOUE L 57/1 du 3 mars 2017. Son application a été prévue à partir du 24 mars 2019.

⁹⁷⁰ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports », *op. cit.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² Ce principe accordait aux États une marge d'appréciation pour limiter la libéralisation, tout en présentant des raisons objectives et transparentes et avec une variante renforçant l'autonomie des ports, mais il présentait des dispositions pour renforcer l'autonomie des ports.

⁹⁷³ « Les termes libéralisation et même libre prestation de services ont été soigneusement occultés, des services cruciaux sont exclus et certaines dispositions sont non contraignantes. A bien des égards, le règlement s'apparente à une boîte à outils » GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports », *op. cit.*

opérations par plusieurs prestataires de services portuaires en raison des caractéristiques de l'infrastructure portuaire ou de la nature du trafic portuaire ; et 5° la reconnaissance formelle par la Commission du caractère concurrentiel d'un secteur ou sous-secteur portuaire, avec les services portuaires assurés dans ce cadre »⁹⁷⁴.

483. La transparence est un principe consacré en soi, ou consacrant le principe de « l'exploitant interne », puisque « *le gestionnaire du port ou l'autorité compétente peut décider soit de fournir un service portuaire lui-même ou elle-même, soit de le faire par l'intermédiaire d'une entité juridiquement distincte sur laquelle il ou elle exerce un degré de contrôle analogue à celui qu'il ou elle exerce sur ses propres services* » ; mais il convient, dans ce cas-là, dans l'objectif d'éviter un conflit d'intérêts, que « *des mesures soient prises afin d'éviter des conflits d'intérêts et de garantir un accès équitable et transparent au marché des services portuaires lorsque le nombre de prestataires de services portuaires est limité. Ces mesures pourraient notamment consister à charger une autorité nationale compétente indépendante du gestionnaire du port ou de l'autorité compétente d'adopter la décision de limiter le nombre de prestataires de services portuaires* »⁹⁷⁵.

484. La transparence apparaît également comme un principe à respecter à la lumière des principes généraux résultant de ce texte, c'est-à-dire la publicité et la transparence, mais également ceux résultant de la jurisprudence de la Cour⁹⁷⁶. Il s'agit des activités, notamment de la manutention portuaire, exclues du champ d'application de ce règlement, ou tout du moins, qui n'y sont pas obligatoirement soumises⁹⁷⁷. Cependant, ce règlement met l'accent sur le principe de confidentialité dans les relations commerciales, puisque, selon le considérant 48 de ce texte⁹⁷⁸, « *Le présent règlement ne devrait pas porter atteinte aux droits éventuels des ports et de leurs clients de s'entendre sur des remises commerciales confidentielles. Il n'a pas pour objet d'exiger la communication de telles remises au public ou à des tierces parties. Toutefois, le gestionnaire du port ou l'autorité compétente devrait au moins publier les niveaux usuels des redevances avant de pratiquer toute différenciation des prix* ».

⁹⁷⁴ VAN HOOYDONK Éric, « Le règlement européen sur les ports maritimes - une brève introduction », *DMF*, n° 818, 1er novembre 2019, p. 928-938.

⁹⁷⁵ Article 27 du Règlement (UE) n° 2017/352.

⁹⁷⁶ Considérant 38 du règlement.

⁹⁷⁷ Article 10 : « 1. Le présent chapitre et l'article 21* ne s'appliquent pas à la manutention des marchandises, aux services passagers ni au pilotage. ; 2. Les États membres peuvent décider d'appliquer le présent chapitre et l'article 21 au pilotage. Les États membres informent la Commission de cette décision.

*Chapitre II « La fourniture des services portuaires » alors que l'article 21 du chapitre IV correspond à des mesures transitoires.

⁹⁷⁸ Mais également concernant l'application de l'article 4 du Règlement concernant la consultation et la mise à disposition des usagers du port des informations adéquates.

485. D'autres textes européens présentant un cadre sur la transparence dans les relations financières peuvent compléter le cadre juridique découlant de ce règlement, comme le Règlement (UE) n° 1407/2013 sur l'aide de minimis pour l'aide d'Etat, ou bien la Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises. Toutefois, comme l'a précisé G. Gueguen-Hallouët, « *La Commission répondant là encore aux revendications des représentants du secteur portuaire ouvre la possibilité d'une exclusion de l'application de la directive 2014/25/UE, appelée directive concession, au secteur portuaire. Il conviendra alors que l'État ou l'entité adjudicatrice démontre que, dans l'État membre où l'activité est exercée, celle-ci est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité* »⁹⁷⁹.

486. La « fertilité contentieuse » du secteur portuaire n'est que la conséquence de l'absence de régulation a priori, mais la politique européenne concernant les ports s'affirme au niveau juridique par deux portées jurisprudentielle et législative, qui adaptent l'idéologie européenne au domaine portuaire, à l'intérêt général y persistant et aux cultures portuaires⁹⁸⁰ dans certains États membres, bien que, selon certains juristes portuaires, cette prise en compte soit regrettable dans la mesure où cette démarche aurait pour effet de porter atteinte à l'harmonisation souhaitée⁹⁸¹.

⁹⁷⁹ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports », *op. cit.* Concernant la Directive n° 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive n° 2004/17/CE, JOUE L 94/243 du 28.3.2014.

⁹⁸⁰ Sur les droits des travailleurs et la soumission aux syndicats concernant l'exclusion de la manutention de ce règlement.

⁹⁸¹ Sur l'exclusion de l'activité de manutention portuaire des dispositions de ce règlement. Les pays membres peuvent cependant l'appliquer à leur régime de manutention, dans ce sens, ce régime peut être assimilable, selon l'auteur, à une boîte à outils. GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports », *op. cit.*

Conclusion du chapitre II

487. La notion d'intérêt général est confirmée en ce qui concerne l'application logique et la modernisation du service public dans le droit administratif. Cet intérêt, défini par de nouveaux impératifs, caractérise la nouvelle trajectoire vers laquelle les missions de l'autorité portuaire doivent s'orienter. Cette trajectoire englobe une connotation économique significative, et l'action administrative dans l'économie portuaire doit en tenir compte. Cette action ne se limite pas à ses pouvoirs unilatéraux, mais intègre le nouvel aspect caractérisant les nouvelles relations entre les acteurs dans le port. L'intérêt général s'érige dans un cadre d'équité et de *droit souple*, cherchant à équilibrer les intérêts des différents acteurs par le biais de négociations. Cela ne serait pas sans conséquence sur l'évolution d'une grande théorie organisant la contractualisation par l'administration. En outre, cela concerne étroitement l'action du GPM, dont les missions font l'objet d'une large contractualisation tout en devant assurer un ensemble de principes d'intérêt national persistant dans les ports.

488. Le droit européen influence le droit du service public en harmonisant également ses principes autour de ses valeurs, où « l'interdépendance sociale »⁹⁸² et l'intérêt économique créent deux piliers qui alternent pour dégager une notion spécifique de ce droit : l'« intérêt économique général ». Les ports, en raison notamment de leur importance économique pour l'Union, sollicitent une application et une interprétation accrues, en particulier en ce qui concerne les services exercés dans leurs enceintes, de la dimension économique.

489.

⁹⁸² LOMBARD Martine, « Mots et valeurs du service public », *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE II

490. La notion d'intérêt général occupe une place déterminante dans la qualification de ce qui est une constante du régime du service public, en France, après l'adoption d'un critère étroitement lié à la réalisation de cette notion dans les services organisés par une personne publique. La seule qualité de cette dernière ne serait suffisante ni pour soumettre le régime d'exploitation de ces services à un régime exorbitant du droit commun, ni pour qualifier les contrats qu'elle conclut afin de réaliser ces services.

491. Dans le **GPM**, la privatisation vient ajuster le statut du port aux impératifs économiques et aux sollicitations européennes, résultant des interprétations jurisprudentielles sur le « caractère spécifique »⁹⁸³ de l'activité industrielle et commerciale portuaire. Elle découle également des orientations émanant d'une politique européenne qui n'était pas contraignante jusqu'à la réforme de 2008, démontrant ainsi l'existence d'une adaptation logique du régime des activités portuaires à ces différents éléments. Il serait difficile d'évaluer l'efficacité de cette démarche sans prendre en compte d'autres éléments extérieurs, tant sur le plan juridique qu'économique⁹⁸⁴.

492. Au sein du droit de l'UE, un cadre s'est développé pour permettre aux États membres de défendre un intérêt considéré comme étroitement lié à une « particularité », accessible à tous les États membres. Cependant, ces derniers doivent orienter leurs législations, réglementations, ainsi que la mise en place de divers textes à tous les niveaux, en conformité avec le régime conditionnant les instruments dérogatoires. La transparence et une clarification des missions de service public à l'égard de ce régime constituent des conditions incontournables, surtout lorsque les États membres adoptent des modes de gestion pour leurs services présentant un tel intérêt économique, pouvant entraîner un contrôle de la part des institutions de l'UE, comme c'est le cas avec l'établissement public portuaire conservé par la gestion des **GPM**. La privatisation partielle met certes en conformité le régime de la manutention portuaire avec ces règles, mais le lien fort entre le service public et le domaine public, ainsi que les accords effectués dans un cadre de liberté accentuée entre le port et les entreprises privées, ne laissent aucun doute sur la nécessité de respecter cette transparence, sous peine de se voir contrevenir aux règles de la

⁹⁸³ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali porto di Genova* - aff. n° C-179/90., *op. cit.*

⁹⁸⁴ V. *infra*, 2^{ème} partie.

concurrence⁹⁸⁵. L'ensemble de ces actes est réalisé dans le cadre de la réglementation européenne qui est confirmée à l'égard de cette notion, et d'un contrôle qui « cherche ses juges », mais il y en a plusieurs, pour examiner de potentielles infractions aux règles de la concurrence. Malgré toutes ces démarches, il est toutefois souhaitable d'espérer une certaine harmonisation pour le régime applicable aux services portuaires, que plusieurs auteurs estiment devoir relever du droit de la concurrence en raison des enjeux économiques importants au niveau international⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ La décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

⁹⁸⁶ REZENTHEL Robert, « Le service public portuaire dans une économie de marché », *op. cit.*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

493. Malgré une confirmation du statut d'établissement public dans le domaine portuaire, les adaptations de ce dernier introduisent une modernisation de la gestion portuaire par une entité publique. Les « remèdes »⁹⁸⁷ ne sont pas forcément exogènes. L'enjeu de la transformation de l'action publique tient à ce qui est connu comme le « nouveau management public » (**NMP**), surtout dans le domaine portuaire, où des éléments liés à celui-ci sont caractérisés, notamment du point de vue de la divergence des intérêts et de la présence de différents types d'organisation et d'intervention⁹⁸⁸.

494. La mise en place de l'établissement public, à l'instar de ce qui a été réalisé dans les **GPM**, confère à ces derniers un caractère où convergent des notions de droit public et privé. Alors que chacune de ces sphères juridiques subit ses propres évolutions, elles introduisent des changements juridiques dans le secteur portuaire, rendant le droit portuaire certes encore plus composite qu'il ne l'était, mais également plus clarifié par rapport au statut des anciens ports autonomes. L'aspect administratif de la gestion portuaire est confirmé dans un cadre d'application des règles du droit public, notamment celles émanant de la domanialité publique.

495. Cependant, si d'importantes mutations caractérisent ces ports, cela coïncide avec une volonté de moderniser ces infrastructures. Certes, cette volonté est guidée par une politique européenne visant la libéralisation des activités portuaires, mais elle reflète également une tendance à mobiliser d'autres instruments juridiques de la personne publique dans l'économie. Cela se fait non seulement pour compenser les déficits financiers, mais aussi pour renforcer la performance des ports de commerce, dynamiser leur organisation, et repenser les associations et les partenariats avec les acteurs portuaires.

496. Cela a pu introduire, au sein d'un droit qui ne donne pas forcément de définitions claires des notions constituant son objet, un renforcement de l'interprétation des règles du droit dans les différents domaines tels que le service public et la domanialité publique. Cette interprétation du port relève principalement d'une conception de la liberté de gestion attribuée

⁹⁸⁷ V. G. GUERLET, « *la gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux* », thèse en droit, Littorla Côte d'Opale, 2013, *op.cit.*

⁹⁸⁸ BOVAIRD Tony, « La gouvernance publique : comment maintenir un juste équilibre entre le pouvoir des intervenants dans une société en réseau ? », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2005/2 (Vol. 71), p. 223-235.

à l'administration portuaire. Selon cette conception, cette dernière devrait être en mesure de remplir les missions légales, mais également de s'adapter aux situations nécessitant que soient menées des réflexions d'arbitrage entre les intérêts. La gouvernance portuaire doit garantir, plus que jamais, une impartialité d'intérêts, lors de la prise de décisions, et une prise en compte de ces enjeux.

497. Le service public, en tant qu'élément matériel de la gestion portuaire, ne se limite pas simplement à un rôle de police. Actuellement, il est étroitement lié à des aspects économiques, ce qui confère au gestionnaire d'un Grand Port Maritime (**GPM**) une mission considérable. En effet, celle-ci englobe non seulement le pilotage général du port, mais également d'autres responsabilités subsidiaires, principalement d'ordre administratif, mais toujours liées à la dynamique de la production économique portuaire. Ces responsabilités ne sont pas exclusivement régies par les règles du régime du Service Public Industriel et Commercial (**SPIC**), mais plutôt par le cadre conceptuel européen des Services d'Intérêt Économique Général (**SIEG**), ainsi que par les règles de droit européen et français de la concurrence. Cette mission, qui comprend à la fois le pilotage et la régulation, s'étend désormais à un rôle de "gardien", impliquant la surveillance et l'assurance du respect des normes juridiques de plus en plus rigoureuses au XXI^e siècle. Ces exigences reflètent les défis auxquels tout gestionnaire d'une grande infrastructure est confronté.

DEUXIEME PARTIE : LES ENJEUX JURIDIQUES DE LA TRANSFORMATION PORTUAIRE

498. La réforme portuaire de 2008, bien qu'ayant des objectifs économiques, représente également une transposition indirecte du droit européen⁸. Une partie pratique relevant d'un aspect économique a été touchée par cette réforme, mais elle a introduit des conséquences juridiques multiples. Si le régime du service public portuaire et l'organisation portuaire, incluant la gestion du domaine public, constituent des aspects traditionnels de la gestion portuaire, de nouveaux défis émergent lors de l'exploitation portuaire, nécessitant de nouvelles missions. Ainsi, lors de l'élaboration d'une politique d'exploitation portuaire, des défis liés à la *conciliation des intérêts* se posent pour le gestionnaire portuaire, ainsi qu'à l'évaluation des réglementations en vigueur et des modèles adoptés.

499. La remise en question des modèles adoptés peut être analysée à travers les instruments mis en place par les Grand Ports Maritimes (**GPM**) pour assumer leur rôle d'aménageur et de partenaire, et pour mettre en place une autre dimension de conciliation des intérêts, à savoir les intérêts publics et privés. Cela pourrait conduire à une plus grande prise en compte de l'aspect conventionnel dans la gestion et l'exploitation portuaires, ainsi qu'à une transformation statutaire vers une gouvernance davantage inspirée du droit privé (**Titre I**).

500. Le conflit d'intérêts semble présenter, dans les ports, un enjeu essentiel lors de l'exploitation des services portuaires, notamment à l'égard des nouvelles données qui émergent. La protection de l'environnement grâce au recours à des transports moins polluants constitue, par exemple, une limite juridique à une exploitation économique avancée en termes de production, mais qui trouve sa réelle justification dans plusieurs fonds juridiques et éthiques.». Ainsi, il incombe au port d'agir en tant que régulateur pour assurer le respect de ces réglementations, tout en jouant un rôle de partenaire dans la mise en place de l'intermodalité des transports, en assurant ce que l'on appelle le « port aménageur » (**Titre II**).

TITRE I : L'ADAPTATION PORTUAIRE AUX EXIGENCES D'UNE EXPLOITATION ECONOMIQUE

501.L'expression "partenariat public-privé" en droit public économique peut désigner spécifiquement ce type de collaboration dans le cadre contractuel établi par le contrat administratif, notamment pour la mise en place de ce partenariat⁹⁸⁹. Cependant, cette expression englobe également des notions plus larges qui peuvent être pertinentes dans le contexte de la gestion portuaire, sans nécessairement être liées à un tel contrat. Ainsi, dans la gestion des ports autonomes, ce partenariat correspond à une finalité dans l'exploitation portuaire⁹⁹⁰, et ne définit pas forcément le mécanisme contractuel identifié comme le Contrat **PPP**⁹⁹¹. L'objectif principal est d'inciter les investisseurs privés à participer au financement de l'exploitation portuaire, en mettant en place une stratégie et un cadre juridique garantissant l'équilibre des intérêts en jeu. Le partenariat public-privé représente également une finalité de la politique économique de la Commission européenne, qui a émis plusieurs communications actualisant sa vision du partenariat entre les secteurs public et privé pour le financement de projets. Cette approche vise principalement à stimuler la croissance et le développement économique⁹⁹², notamment dans le domaine des infrastructures de transport en Europe⁹⁹³.

502.Dans le secteur portuaire, ce régime de partenariat peut être considéré tantôt comme faisant partie des instruments établis pour définir le cadre juridique de cette collaboration, tantôt comme un aspect organisationnel qui rapproche de plus en plus le statut du gestionnaire portuaire (public) de celui des acteurs privés impliqués dans les questions de financement portuaire.

⁹⁸⁹ Notamment à l'égard de l'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, de l'Ordonnance 2015-899 et du Décret n° 2016-360. Ces deux deniers consistent dans la transformation des contrats de PPP en marché de partenariat. V. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op.cit, p. 742.

⁹⁹⁰ V. R. REZENTHEL, « Le partenariat public-privé dans les ports maritimes », *la revue de Trésor*, n°1, janvier 2007, p. 252-254.

⁹⁹¹ En ce sens, une étude consacrée aux GPM a été menée en sciences de gestion : S.M. OULD MOHAMED MOCTAR, *Stratégies de développement des grands ports maritimes français : l'apport des partenariats public-privé*, thèse en sciences de gestion, Le Havre, 2012.

⁹⁹² Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO C 121 du 29.4.2000, p. 2-13 ; *Partenariats public-privé dans le cadre de l'Horizon 2020 : un outil puissant pour atteindre les objectifs d'innovation et de croissance en Europe*, (COM (2013) 494, final du 10 juillet 2013).

⁹⁹³ Communication relative au renforcement de projets de réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé. (COM (1997), 453 final, 10 septembre 1997, p.13).

503. Le changement dans l'application du régime de service public dans l'exploitation portuaire a entraîné une focalisation sur un objectif d'intérêt général économique, qui serait juridiquement protégé par la combinaison des règles du service public administratif, du droit de la concurrence et du droit privé. Cette combinaison se traduit souvent, dans la pratique, par l'utilisation d'instruments empruntés au droit privé, qui consistent à mutualiser les droits, les obligations et les volontés. L'objectif est d'optimiser les partenariats émergents dans la gestion portuaire d'une part, et de moderniser les relations déjà établies d'autre part (**Chapitre I**).

504. L'optimisation de ce partenariat peut également être envisagée dans le cadre d'une rénovation statutaire. Celle-ci peut être partielle ou totale et implique en fin de compte une révision de la conception de l'établissement public ainsi que de ses différentes transformations, qu'elles soient internes ou externes. Cela conduit à un rapprochement plus étroit de la gestion portuaire avec celle des entreprises privées (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LE PORT PARTENAIRE : LA GESTION PORTUAIRE DES GPM VERS UNE CONTRACTUALISATION DE FACTO

505. Nous avons vu que la gestion portuaire relève traditionnellement d'une organisation unilatérale, agissant sur « *les comportements sociaux par voie d'autorité et de contrainte* »⁹⁹⁴. Cette dimension de la gestion s'attache notamment à la présence de deux notions liées à l'exercice des prérogatives de la puissance publique : celles de service public et de domaine public portuaires. Cependant, ces notions ont évolué pour s'adapter aux exigences économiques et juridiques changeantes⁹⁹⁵. Par conséquent, le régime de leur gestion et de leur exploitation a dû évoluer pour trouver un équilibre, en tenant compte des nouvelles règles applicables et des nouveaux rapports de force⁹⁹⁶.

506. Dans ce contexte, la contractualisation de l'action publique peut être définie comme une « *intrusion du contrat dans les domaines de la vie sociale traditionnellement soumis aux règles impératives et décisions unilatérales, et qui échappaient jusqu'alors au libre jeu des volontés* »⁹⁹⁷. Il s'agit donc de moderniser l'action économique de l'administration publique. Les contrats publics, bien qu'étant un instrument traditionnel de l'administration⁹⁹⁸, ont également évolué pour devenir un élément constitutif d'un « *nouveau style* »⁹⁹⁹ d'action publique. Les juristes¹⁰⁰⁰ ont largement étudié les enjeux et les caractéristiques de cette évolution dans de nombreuses études¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁴ PONTIER Jean-Marie, « Contractualisation et libre administration », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 201-208.

⁹⁹⁵ Les exigences économiques sont celles résultant de la concurrence accrue dans les secteurs économiques, quant aux exigences juridiques, elles résultent de la pression de l'Union européenne pour la mise en place du marché intérieur et l'application des règles de la concurrence.

⁹⁹⁶ V. RESENTHÉL Robert, « Les ports maritimes entre le rapport de force et le rapport de droit », *DMF*, n° 830, 1 décembre 2020, p. 1027-1035.

⁹⁹⁷ HIEZ David et CHASSAGNARD-PINET Sandrine, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation in La contractualisation de la production normative*, Dalloz-Sirey, 2008.

⁹⁹⁸ Nicolas Boulouis précise en ce sens que « Dans la terminologie usuelle des praticiens, l'emploi du mot « contrat » est plutôt récent. On parlait plus volontiers de marchés et concessions. » « Réforme du droit des contrats - Contrats publics, contrats privés Convergences et divergences après la réforme du droit des contrats - Entretien avec Nicolas BOULOUIIS et Fabrice MELLERAY et Rozen NOGUELLOU et Sébastien PIMONT », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 5 septembre 2018.

⁹⁹⁹ CHEVALLIER Jacques, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 209-213.

¹⁰⁰⁰ Notamment le dossier : « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives (1) », *RFDA*, n° 2, 09 mai 2018, p. 201.

¹⁰⁰¹ J. Chevallier précise par exemple que « *Le nouveau contexte dans lequel l'État est placé conduit ainsi à l'émergence d'un nouveau style d'action publique, à la fois pluraliste et consensuel : prenant acte de la complexité des problèmes à résoudre et de la diversité des acteurs en présence, il s'agit de substituer aux anciens procédés de commandement des mécanismes plus souples de coordination et d'intégration* », CHEVALLIER Jacques, « Contractualisation(s) et action publique », *op. cit.*

507. Il résulte de l'article 1101 du code civil que « *Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le champ d'action relatif à la contractualisation des obligations joue un rôle crucial dans le domaine portuaire à divers niveaux. Dans cette perspective, la contractualisation apparaît comme une réponse indispensable à la question pressante de l'organisation portuaire. Nous allons explorer comment cette approche permet de moderniser les relations entre l'autorité portuaire, les pouvoirs publics impliqués dans la gestion portuaire au niveau centralisé, ainsi que les « usagers » des services portuaires. Il s'agit donc d'analyser la contractualisation dans le contexte de la gestion portuaire, en examinant les liens contractuels entre le port et les différentes parties prenantes, et en soulignant son implication dans plusieurs missions de gestion. **(Sections 1).**

508. Néanmoins, cette nécessité résultant du contexte imposant la modernisation de l'action publique se retrouve confrontée avec des intérêts divergents, émanant de la multitude des acteurs influents dans le domaine portuaire, ainsi que de l'attachement continu de l'exploitation portuaire à des composants de l'intérêt général. Est-ce que la contractualisation dans ce sens pourrait, sous certaines garanties, présenter des perspectives de conciliation, ou des solutions vraisemblables ? **(Section 2).**

Section 1. Contractualisation et gestion portuaire : une valorisation nécessaire

509.L'exploitation portuaire se caractérise par une certaine libéralisation à la suite de la réforme de 2008, ce qui a influencé le choix des instruments mis en place par le **GPM** dans son implication économique. Cela suppose une adaptation vers un régime se rapprochant du droit commun pour organiser cette implication économique (§2). Dans ce contexte, la gestion portuaire nécessite une clarification des modèles organisationnels adoptés. La contractualisation pourrait ainsi constituer un remède et une modernisation pour répondre aux besoins des parties impliquées dans la bonne gestion portuaire (§1).

§1. La contractualisation : un instrument confirmé d'organisation portuaire

510.La gestion des **GPM** s'organise sous la tutelle étatique centralisée. Cependant, étant donné que le contrôle exercé par l'État sur ses établissements publics semble évoluer vers une forme renouvelée, il est envisageable que la contractualisation puisse offrir le cadre approprié pour réaliser ce contrôle (A). La modernisation de la relation entre les établissements publics et l'autorité de tutelle, consécutive à une réforme des relations entre les administrations publiques¹⁰⁰², s'accompagne d'un certain manque de précision du régime juridique existant entre les **GPM** et certaines catégories d'acteurs, qui ont émergé davantage suite à la réforme portuaire (B).

A- La contractualisation entre l'Etat et les établissements publics portuaires : une tutelle modernisée

511.La contractualisation entre l'Etat et les **GPM** constitue, selon la proposition de loi sur la modernisation de la gouvernance de ces derniers en 2020¹⁰⁰³, un moyen nécessaire pour améliorer l'attractivité et la compétitivité des **GPM**. Il faut, à cette fin, créer des contrats

¹⁰⁰² V. PONTIER Jean-Marie, « Contractualisation et libre administration », *op. cit.* Pour le lien entre la contractualisation et la libre administration et la confirmation de l'autonomie.

¹⁰⁰³ Proposition de loi relative à l'amélioration de la gouvernance et au renforcement de la performance des ports maritimes français, *op. cit.*

d'objectifs et de performance (**COP**)¹⁰⁰⁴. L'objectif essentiel de ces derniers, comme cela a été annoncé par M. Vaspert, est d'améliorer « *la visibilité des GPM sur leurs ressources et sur le soutien financier de l'Etat.* ». Or, cette contractualisation entre l'Etat et ses établissements publics n'est pas complètement un apport nouveau dans l'organisation de la relation entre les administrations publiques. Dans quelle mesure la contractualisation entre les administrations publiques peut-elle présenter des évolutions à l'heure actuelle ? La loi de 1982¹⁰⁰⁵ prévoit que « *L'Etat peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires.* ». Selon G. Kalflèche, le phénomène de la contractualisation était un facteur de modernité de l'action publique et non un facteur de libéralisme¹⁰⁰⁶. S'agit-il, actuellement, d'une confirmation de ce lien d'engagement réciproque entre l'Etat et les entreprises dans un cadre libéral loin de toute notion d'interventionnisme ? La loi de 2001 relative aux nouvelles régulations économiques établit le fondement de ces contrats, lorsqu'elle prévoit que « *L'Etat peut conclure, avec les entreprises du secteur public placées sous sa tutelle ou celles dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public, des contrats d'entreprise pluriannuels. Ceux-ci déterminent les objectifs liés à l'exercice de la mission de service public assignée à l'entreprise, les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre, le cas échéant par l'intermédiaire de filiales, et les relations financières entre l'Etat et l'entreprise* »¹⁰⁰⁷. Or, l'appellation en contrats de plan n'est plus référencée, s'agit-il alors d'une évolution de la perspective interventionniste représentant l'objectif des contrats de plans ? Selon G. Kalflèche, ce sont plutôt des « *contrats encadrant les missions de service public et leurs compensations que des contrats d'interventionnisme économique* ».

512. Cette contractualisation peut s'adapter à la spécificité des entreprises publiques et aux évolutions de leur organisation. Tel fut le cas, par exemple, concernant les contrats que l'Etat a signés avec le groupe public d'infrastructure ferroviaire établi en 2014. Ainsi, la contractualisation, telle qu'elle est organisée, que ce soit législativement ou réglementairement,

¹⁰⁰⁴ Contrats pluriannuels prévus dans l'article 7 de la loi sur la modernisation de la gouvernance, et ce « *entre chaque grand port maritime, l'Etat et les collectivités territoriales intéressées ou leurs groupements, et création des chartes villes-ports* ».

¹⁰⁰⁵ Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification (JORF n° 0175 du 30 juillet 1982), article 11.

¹⁰⁰⁶ KALFLECHE Grégory, « Contractualisation et interventionnisme économique », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 214-220.

¹⁰⁰⁷ Article 140 alinéa 1 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

tient compte des spécificités de l'organisation du groupe **SNCF**¹⁰⁰⁸, en multipliant les catégories des contrats¹⁰⁰⁹. Il s'agit des contrats opérationnels conclus avec **SNCF** réseau¹⁰¹⁰, ainsi que des contrats stratégiques, « pour l'ensemble du groupe public ferroviaire », intégrant ainsi des contrats opérationnels¹⁰¹¹.

513. Si la confirmation de l'autonomie des institutions portuaires constitue un trait commun de la gestion de plusieurs ports européens, notamment de ceux de la Méditerranée, celle-ci semble s'accompagner, de la même technique contractuelle de tutelle. Une distinction se dégage cependant concernant la forme de cette contractualisation. En France, cette dernière revêt la forme de contrats stratégiques. En revanche, en Grèce, l'Etat conclut des contrats de concession¹⁰¹² avec l'autorité portuaire lui accordant un droit exclusif portant sur l'exploitation des infrastructures portuaires¹⁰¹³. En Italie et en Espagne il s'agit des plans entre les autorités portuaires et l'Etat¹⁰¹⁴. Dans un champ plus étendu que celui lié au régime portuaire des ports méditerranéens, nous notons que la contractualisation caractérise le régime autonome des ports européens à statuts variés, comme en Belgique¹⁰¹⁵ ou aux Pays-Bas, qui relèvent de la gestion

¹⁰⁰⁸ Marc de MONSEMBERNARD, « La constitution d'un groupe public ferroviaire : la réforme continue », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n° 4, 1 avril 2015, p. 15-21.

¹⁰⁰⁹ « Ce sont, en effet, trois contrats que l'État signe avec les entités du groupe. Un premier contrat, qualifié de « contrat-cadre stratégique », est signé avec la seule SNCF, mais « pour l'ensemble du groupe public ferroviaire ». Compte tenu de son caractère stratégique, il est conclu pour une longue durée, dix ans, mais tient compte des évolutions du secteur ferroviaire et de la nécessité de s'y adapter, l'article L. 2102-5 du Code des transports imposant son actualisation tous les trois ans : la durée de dix ans est ainsi, en quelque sorte, glissante, mettant la contractualisation de l'État et du groupe ferroviaire à l'abri des aléas du court terme. Ce sont les grandes orientations que l'État et la SNCF fixent d'un commun accord par la conclusion du contrat-cadre stratégique, en termes de qualité de service au profit de l'ensemble des entreprises ferroviaires, des autorités organisatrices de transport ferroviaire et des usagers, concernant, notamment, en vertu de l'article 8 du décret SNCF, le développement durable du mode ferroviaire, la politique sociale, la contribution financière au développement de la filière industrielle française et l'action internationale. Le contrat, surtout, fixe la trajectoire financière du groupe », M. DE MONSEMBERNARD, « La constitution d'un groupe public ferroviaire : la réforme continue », *ibid.*

¹⁰¹⁰ Article L 2111-10 du Code des transports.

¹⁰¹¹ En fonction de l'article L 2102-5 du Code des transports. Ce contrat détermine « les objectifs assignés par l'Etat à l'entreprise et au groupe en termes de qualité de service au profit de l'ensemble des entreprises ferroviaires, des autorités organisatrices de transport ferroviaire et des usagers. Il consolide les trajectoires financières et le développement durable et humain des contrats ». Cet article a été abrogé par l'article 2 de l'Ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.

¹⁰¹² PALLIS Athanasios A., « Chapter 7 Port Governance in Greece », *Research in Transportation Economics*, n° 17, 1 janvier 2006, coll. « Devolution, Port Governance and Port Performance », p. 155-169.

¹⁰¹³ Le grand port en Grèce : le Pirée a été vendu au groupe chinois asiatique Coscou le 8 avril 2016, transaction qui constitue une manifestation importante de l'intérêt que portent certains pays à d'autres ports dans le monde. V. B. HARRIS et P. SIMON, « 40 ans de maritime : y a-t-il eu progrès ? », *DMF*, n°408, 2018.

¹⁰¹⁴ Plan triennal en Italie et plans d'investissements quinquennaux en Espagne. V. L. Fedi, et I. PIGNATEL, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens, enjeux et limites d'une nouvelle gouvernance » *op.cit.*

¹⁰¹⁵ VAN DE VOORDE Eddy et VERHOEVEN Patrick, « Port governance and policy changes in Belgium 2006–2016: A comprehensive assessment of process and impact », *Research in Transportation Business & Management*, n° 22, 1 mars 2017, coll. « Revisiting Port Governance and Port Reform: A Multi-country Examination », p. 123-134.

directe des autorités locales, ou, comme dans le cas des ports du Royaume-Uni¹⁰¹⁶, qui dépendent de la gestion privée,

514. Cette question se pose concernant l'évaluation du modèle relationnel mis en place entre l'Etat et ses entreprises publiques. La contractualisation entre ces deux derniers peut en ce sens caractériser l'évolution du rôle de l'Etat de tuteur à actionnaire¹⁰¹⁷, mais qui peut se faire d'un point de vue organisationnel. Cette contractualisation par le biais de contrats d'objectifs et de moyens permet, selon G. Kalflèche¹⁰¹⁸, une « décentralisation fonctionnelle (en lieu et place de la tutelle classique.) ». Selon ce dernier auteur, c'est l'État qui organise contractuellement l'intervention des entreprises » et il n'intervient pas économiquement de manière directe¹⁰¹⁹.

Elle caractérise également une modernisation de l'action publique dans le domaine économique. G. Kalflèche¹⁰²⁰ précise que « *les autres interventions économiques contractuelles¹⁰²¹ des personnes publiques passent par des contrats classiques de marchés publics, de subvention ou d'occupation. Ils rentrent alors dans des cadres contractuels classiques et sont donc limités de manière tout à fait logique par un droit de la concurrence limitant l'action publique, exercée de manière désormais classique* ». C'est une garantie de transparence dans les relations, lorsqu'elle permet une visibilité¹⁰²² améliorée du soutien financier de l'Etat.

515. Or, la contractualisation, en tant que forme juridique d'intervention économique indirecte, peut également constituer un outil pour compléter le régime juridique réglementaire et législatif, lorsque ce dernier présente certaines lacunes. Et ce notamment dans un terrain d'activités organisé par des pratiques convenues entre parties.

¹⁰¹⁶ V. BAIRD Alfred J. et VALENTINE Vincent F., « Chapter 3 Port Privatisation in the United Kingdom », *Research in Transportation Economics*, vol. 17, 1 janvier 2006, coll. « Devolution, Port Governance and Port Performance », p. 55-84.

¹⁰¹⁷ DELION André G., « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *Revue française d'administration publique*, n° 124, 2007, p. 537-572.

¹⁰¹⁸ KALFLECHE Grégory, « Contractualisation et interventionnisme économique », *op. cit.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ Autres que les contrats de plans dont le rôle actuel se limite, selon cet auteur, à organiser les obligations de service public et leurs financements.

¹⁰²² Le second axe de la proposition de loi relative à la gouvernance et de la performance des ports maritimes en 2020, présentée par VASPART Michel (Sénat).

B- Le contrat : remède aux lacunes juridiques dans les relations Autorité portuaire-usagers

516. Les rapports émergeant dans le port nécessitent la recherche d'un régime juridique adéquat et qui réussisse à mieux accompagner la dynamique qui caractérise l'interaction en pratique entre les acteurs. La question qui se pose consiste à savoir si le régime réglementaire et législatif, issu de plusieurs branches du droit, se suffit à lui-même pour encadrer ces rapports.

Nous notons que trois types essentiels de rapports peuvent être dégagés : entre l'autorité portuaire et les acteurs dans les ports, il existe le Port-opérateur de manutention, le port-armateur et le port-manutentionnaires salariés.

517. Au fil de cette présentation, nous pouvons, tout d'abord, nous interroger au sujet du rapport commercial existant entre l'opérateur de manutention et l'armateur. Un phénomène qui est de plus en plus caractéristique du secteur économique portuaire est celui de la concentration des grands armateurs dans certains secteurs et l'intégration des métiers portuaires dans les activités des compagnies maritimes¹⁰²³, comme celle des terminaux à conteneurs. Cette concentration, pourrait présenter des avantages à court terme, et ce par l'augmentation de la productivité et la professionnalisation des secteurs, s'étant longtemps caractérisés par la faible surface financière d'entreprises familiales. Néanmoins, elle pourrait engendrer à long terme un risque pour le développement économique des régions portuaires¹⁰²⁴ et constituer ainsi des monopoles de fait rendant l'équilibre des rapports, entre les différentes parties, plus difficile à mettre en place. De ce fait, il semble que l'adoption d'un régime juridique qui détermine les rôles de chaque partie en vue de protéger les acteurs affaiblis et d'identifier clairement le rôle du port, est une exigence démontrable. Y-a-t-il un régime juridique identifié concernant ce rapport ?

518. Il est possible d'étudier ce rapport à l'égard du régime des contrats d'affrètements. Or, cette relation n'est pas encadrée par la loi sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes de 1966¹⁰²⁵. L. Fedi précise en ce sens que « *Les dispositions relatives aux entreprises de manutention témoignent que le législateur n'a pas occulté les opérations en cause effectuées grâce aux installations portuaires, mais l'opérateur du terminal proprement*

¹⁰²³ V. CORRUBLE Philippe, « Les autorités de concurrence face aux alliances maritimes mondiales », *DMF*, n° 798, 1 janvier 2018, p. 3-14.

¹⁰²⁴ REVET Charles, *Projet de loi portant réforme portuaire*. Rapport du Sénat, Commission des affaires économiques, n°331, 2008.

¹⁰²⁵ Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes.

*dit, a été quelque peu oublié. Il faut dire que dans les années 1970, les notions de « terminal » et « d'opérateur de terminal » ne sont pas encore vraiment développées »*¹⁰²⁶. Il précise à cette occasion que l'opération de manutention, qui fait partie intégrante du contrat de transport maritime sous connaissance¹⁰²⁷, est une opération de nature commerciale reconnue dans le code de commerce, ce qui confirme le caractère privé de la relation entre le gestionnaire de terminal et le navire. Il évoque également, dans le sens où cette relation n'est pas formalisée par écrit, la question de savoir si un « quasi-contrat »¹⁰²⁸ serait ou non le cadre qui lie les gestionnaires des terminaux aux armateurs.

Cette dernière hypothèse a été écartée par les juristes de droit portuaire¹⁰²⁹. Ces derniers s'appuient notamment sur des règles issues du régime des contrats administratif qui façonnent à titre principal le droit portuaire, et ce notamment concernant la responsabilité des gestionnaires portuaires des blocages causés par des grèves¹⁰³⁰. Cet avis a été confirmé par la jurisprudence, lorsque la responsabilité d'un port autonome a été écartée à la suite d'un mouvement de grève des équipages d'une société de remorquage, qui n'avait pas permis à des navires d'accéder à un quai de déchargement. Le juge administratif¹⁰³¹ a retenu le critère de la sécurité de la navigation maritime dont l'autorité portuaire est chargée, il a ainsi considéré, en l'espèce, que cette dernière n'était pas compromise, et que par conséquent, l'autorité portuaire « *n'était pas tenue de mettre en œuvre des moyens de substitution permettant de pallier la défaillance de la société privée chargée du remorquage* »¹⁰³².

La précision du régime détermine d'ailleurs la juridiction compétente pour le cas contentieux. En 2013, un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-En-Provence¹⁰³³ a également démontré l'absence de lien contractuel entre le **GPMM** et la société requérante *Northrock*. Il a fallu déterminer si la responsabilité de l'autorité portuaire dans la grève de ses employés était basée sur un manquement à l'obligation de la continuité de service public, ou constituait une

¹⁰²⁶ FEDI Laurent, « Le régime de la responsabilité de l'opérateur de terminal pétrolier avant la mise en œuvre de la réforme portuaire : perspectives d'évolution », *DMF*, n° 706, 1er septembre 2009, p. 731-743.

¹⁰²⁷ Convention de Bruxelles du 25 août 1924 relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissance, Article 3.2.

¹⁰²⁸ Au sens de l'article 1370 du Code civil, notamment premier alinéa : « *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.* ».

¹⁰²⁹ REZENTHEL Robert, « Le blocage des ports de l'État de droit », *DMF*, n° 579, 1er janvier 1998, p. 75-91.

¹⁰³⁰ « *Les navires dans les ports ne sont pas dans une situation contractuelle à l'égard de l'autorité portuaire, ni des autres navires (sauf dans certains cas comme le remorquage).* ». R. REZENTHEL, « Le blocage des ports de l'État de droit », *ibid.*

¹⁰³¹ CAA. Nancy (2ème ch.) 8 octobre 1992 - *port autonome de Dunkerque c/ société Sollac* - n° 91NC00216.

¹⁰³² Il en résulte que l'action en responsabilité devait pour ce cas être engagée directement à l'encontre de l'entreprise de remorquage.

¹⁰³³ Cour d'Appel d'Aix-en Provence (2ème Ch.) - 18 juillet 2013, *Navire Illusion*, n° 11.19567. Note, REZENTHEL, *Responsabilité contractuelle du gestionnaire de l'outillage public portuaire pour faits de grève*, *DMF* n°745, 2013.

responsabilité contractuelle. Dans le premier cas, c'est la juridiction administrative qui est compétente, alors que dans le second, c'est bel et bien la juridiction judiciaire qui l'est. La Cour d'appel, en écartant le caractère contractuel du lien entre le GPMM et la société requérante, a déclaré l'incompétence du juge judiciaire. Cependant, la Cour de cassation, à la suite d'un grief fait à la *Northrock*, a jugé que la décision de la Cour d'Appel était dépourvue de base légale¹⁰³⁴, lorsqu'elle a précisé que le **GPMM** avait manqué à son obligation d'information, et que cela ne concernait en rien l'organisation du service public portuaire, ainsi, la Cour d'appel devait chercher la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de l'action en responsabilité¹⁰³⁵. La Cour de cassation n'a cependant pas mentionné l'existence d'un lien contractuel entre le port et la société propriétaire du navire¹⁰³⁶. Néanmoins, dans cette espèce, un « contrat d'échouage » a été conclu entre le **GPMM** et la société de réparation navale *Nautech*, qui a demandé l'engagement de la responsabilité de celui-ci en garantie¹⁰³⁷.

519. En fait, afin de comprendre les nouveaux enjeux relationnels, il faut clarifier l'évolution de la situation après la réforme de 2008. Avant la réforme portuaire de 2008, l'armateur était considéré comme un usager de service public géré, ou dont la gestion était encadrée, par l'autorité portuaire¹⁰³⁸. Il s'agissait d'un service public industriel et commercial. Mais en raison de ladite réforme et de la mise en place de la convention de terminal, le paramètre du service public a été transformé, lorsque l'autorité portuaire, en tant qu'établissement public, en est venue à être uniquement chargée de missions de services publics de nature administrative, liées à la réalisation de l'intérêt général du port, dans ses dimensions de sécurité et sûreté, ainsi que de développement durable. La transformation des concessions et des autorisations d'outillages privés en conventions de terminal¹⁰³⁹ par cette loi aurait pour effet d'établir un « *alignement par rapport aux modèles d'exploitation portuaire existant depuis plusieurs années en Europe et à l'étranger* », et qui présenteraient une marge plus importante de liberté dans le contenu des contrats conclus. Les juristes du droit privé, eux aussi favorables aux armateurs, sont partisans d'une consécration de la relation contractuelle entre l'armateur et l'autorité

¹⁰³⁴ Au regard de la loi des 16-24 août 1790, et de l'article 92 du code de procédure civile.

¹⁰³⁵ Cour. Cass. 16 juin 2015, *GPMM*, n° 13-24.698 13-25.742.

¹⁰³⁶ V. DELIANCOURT Samuel, « Responsabilité en cas d'impossibilité d'utiliser les outillages dans un port autonome lors d'un mouvement de grève », *DMF*, n° 781, 1 juin 2016, p. 547-562.

¹⁰³⁷ Le contrat prévoyait la remise en eau de la forme de radoub à une date prévue, mais en raison de la grève, le GPMM n'était pas en mesure de remplir cette condition. Il convient de noter que dans cette espèce la Cour d'appel a considéré qu'il ne s'agissait pas là d'un cas de force majeure écartant la responsabilité de GPMM, car le mouvement de grève, même s'il n'était pas résistible, était prévisible.

¹⁰³⁸ Lorsque l'autorité portuaire déléguait la gestion en fonction des titres d'occupation privative avec obligation de service public et des concessions.

¹⁰³⁹ L'art. 9 du décret no 2008-1032 du 9 octobre 2008, *op. cit.*, JORF no 0237 du 10 octobre 2008.

portuaire¹⁰⁴⁰. Nous pouvons nous demander si la responsabilité des **GPM** et, à l'instar de la clarification de l'arrêt précité en cas de blocage¹⁰⁴¹, ne pourrait être basée sur l'obligation constitutionnelle de conciliation entre continuité de service public et grève¹⁰⁴².

Or, il semble que l'alignement sur une perspective de l'UE du droit commun privilégie une privatisation des relations entre acteurs portuaires, introduisant une orientation vers l'analyse des contentieux portuaires sous l'angle d'une approche contractuelle. Il serait donc préférable d'instruire en amont un régime plus adéquat de la procédure contractuelle dans l'exploitation portuaire.

520.En ce qui concerne la relation entre le port et l'opérateur du terminal, elle est censée être clarifiée en vertu de la convention de terminal, instrument établi par la réforme portuaire et qui pourrait être synonyme d'un certain équilibre entre les différents intérêts¹⁰⁴³.

521.Enfin, en termes de contractualisation, l'organisation des rapports entre gestionnaires portuaires et ouvriers portuaires, depuis la loi sur la manutention de 1992, se caractérise par une volonté d'alignement de ces liens avec le droit commun du travail, et ce par la mensualisation des ouvriers portuaires. Ces derniers bénéficient d'un régime spécifique.

522.La mise en place de la technique contractuelle semble constituer l'instauration d'un nouvel « agir juridique »¹⁰⁴⁴, mais représente surtout un remède à la caractérisation d'un régime juridique qui, dans ses dimensions issues de la norme impérative, n'est pas suffisamment établi. Il convient à cette fin d'essayer d'étudier le champ contractuel de l'autorité portuaire.

§2. Le champ contractuel de l'autorité portuaire

523.Le contrat est un instrument à la disposition de l'autorité portuaire. Il convient ainsi d'explorer les catégories principales des contrats conclus par cette dernière, en commençant par ceux établis pour l'exploitation portuaire (**A**). Toutefois, lorsqu'on évoque la contractualisation,

¹⁰⁴⁰ FEDI Laurent, « Le régime de la responsabilité de l'opérateur de terminal pétrolier avant la mise en oeuvre de la réforme portuaire », *op. cit.* L. Fédi précise en ce sens que : « En l'absence de service public portuaire, nous pouvons donc considérer que l'armateur ou l'ayant droit à la marchandise qui paye en contrepartie de l'utilisation des installations de manutention est dans une situation contractuelle avec l'exploitant du terminal ».

¹⁰⁴¹ Cour d'Appel d'Aix-en Provence (2ème Ch.) - 18 juillet 2013, *op. cit.*

¹⁰⁴² Cons. Const. décis. n° 2008-569 du 7 août 2008, JORF 21 août 2008 p. 13089. Sur la loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.

¹⁰⁴³ V, *infra*, §2.

¹⁰⁴⁴ CHEVALLIER Jacques, « Contractualisation(s) et action publique », *op. cit.*

notamment dans un contexte qui ne relève pas exclusivement du domaine des libertés du droit privé, il est inévitable de se questionner sur les limites de cette liberté dans sa dimension portuaire, qui est principalement régie par les règles du droit public **(B)**. Enfin, il serait intéressant d'examiner comment ces évolutions contractuelles observées dans le domaine portuaire s'alignent sur le droit du travail **(C)**.

A- Les contrats conclus pour l'exploitation portuaire : un champ plus élargi de la contractualisation

524. Pour l'exploitation des services portuaire, les **GPM** disposent principalement de deux types de contrats : la convention de terminal, et la concession de service. Il convient de noter que le décret pour l'application de la loi portant réforme portuaire a prévu la transformation de toutes les autorisations d'outillages privés avec obligation de service public, mais également les concessions, en conventions de terminal. La loi avait prévu cependant le maintien des concessions en vigueur (de la mise en place de la loi), jusqu'à leur terme¹⁰⁴⁵.

525. Le lien qui marque la différence entre ces deux contrats a fait l'objet de plusieurs interrogations, et ce notamment après un arrêt du Conseil d'Etat en 2017¹⁰⁴⁶, lorsqu'il a qualifié une convention de terminal en concession en service. La question se pose alors à propos du critère pris en compte par le Conseil pour rendre sa décision. Celui-ci a, en effet, pris en compte le fait que l'opérateur privé, lors de la définition des engagements réciproques, répondait en réalité à des besoins exprimés par la personne publique.

Or, ce résultat de requalification jurisprudentielle a été jugé comme susceptible de menacer la sécurité juridique des contrats, lorsque la loi de 2008 a qualifié ces conventions en conventions domaniales. Elle pourrait également menacer l'attractivité domaniale¹⁰⁴⁷. De ce fait, le Conseil d'Etat a précisé la nécessité de définir le régime juridique de ces conventions, en énonçant que cette définition permettrait à l'autorité domaniale « *de renforcer l'attractivité du port concerné et de s'assurer de la prise en compte de considérations d'intérêt général, sans interférer avec la gestion des installations par l'exploitant* »¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Article 9 VI de la loi 2008-660 de 29 juillet 2008, et ce sauf accord contraire des parties.

¹⁰⁴⁶ CE, 14 février 2017, n°405157, *Société de Manutention portuaire d'Aquitaine*, *op. cit.*, (rendue sous les conclusions du rapporteur public Gilles PELLISSIER).

¹⁰⁴⁷ ERSTEIN Lucienne, « Une convention de terminal dans l'impasse », *op. cit.* ; REZENTHEL Robert, « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ Conseil d'état, avis du 15 novembre 2018, n° 395.539 sur le projet de loi d'orientation des mobilités (LOM), JORF n°0299 du 26 décembre 2019.

526. La loi d'Orientation et de mobilité **LOM** constitue en effet un pas important dans le régime juridique de l'exploitation portuaire en recourant au concept de contractualisation. Celle-ci a confirmé le caractère domanial des conventions de terminal, en donnant ainsi une réponse de nature législative aux multiples interrogations concernant le régime incertain. Cette loi aligne le régime de ces conventions sur le Code de la propriété des personnes publiques et de l'Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017¹⁰⁴⁹.

527. Or, un intérêt économique portuaire général a été aménagé par cette loi, également par le biais du régime contractuel. Il s'agit de créer un critère variable de qualification. Ainsi, dans le même article de requalification en convention domaniale, le législateur prévoit la possibilité, dès lors que le contrat répond à un besoin spécifique de l'autorité portuaire, de le qualifier en contrat de concession, et de le rattacher dans ce cas au code de la commande publique.

528. Néanmoins, si le recours aux contrats par les **GPM** constitue un moyen à la portée de ces dernières afin d'assurer la gestion et l'exploitation portuaire, la possibilité d'y recourir est conditionnée par la nature du service. Or, la liberté contractuelle est de plus en plus consacrée comme un principe constitutionnel, notamment en s'appuyant sur l'article 4 de la Déclaration de droits de l'Homme et du Citoyen. Cette liberté n'a cependant pas une valeur constitutionnelle générale et absolue, c'est-à-dire que, dans la pratique, elle doit être conciliée avec les autres droits et libertés à valeur constitutionnelle ou avec l'intérêt général poursuivi par le législateur. Une loi qui porte atteinte à la liberté contractuelle n'est pas nécessairement inconstitutionnelle, elle le devient cependant si la disposition législative en cause « *porte une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle au regard de l'objectif poursuivi* »¹⁰⁵⁰. Où sont donc marquées les limites de cette liberté dans la contractualisation pour exploiter les services portuaires ? Nous pouvons également nous interroger sur l'effet de la réduction de paramètre du **SPIC** et nous demander si celle-ci engendrerait une augmentation de la liberté contractuelle.

529. Les **GPM** sont recentrés sur leurs missions administratives, ces dernières relèvent d'un régime exorbitant du droit commun, qui est celui du service public administratif. La question qui peut se poser consiste à savoir si ces missions peuvent être déléguées, et faire ainsi l'objet d'une procédure contractuelle. Lorsque ces activités relèvent du régime du service public

¹⁰⁴⁹ Article 25 de LOM.

¹⁰⁵⁰ Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC sur l'Association Temps de Vie. (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise).

administratif, leur exploitation suit un régime plus réglementé. Il convient de noter que, selon la jurisprudence, ce régime peut varier selon la nature des services portuaires ou celle des activités des usagers. Par exemple, le Tribunal des Conflits avait, concernant les autorisations accordées à un navire de commerce ou de pêche, confirmé que ces dernières relevaient d'une mission de service public à caractère administratif¹⁰⁵¹. Cette qualification décline la possibilité de conclure des conventions avec l'autorité chargée de la police portuaire afin d'obtenir ces autorisations. Tel n'est pas le cas concernant les navires de plaisance, lorsque, selon le Conseil d'Etat¹⁰⁵², l'amarrage d'un navire de plaisance dans un port entraîne la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public portuaire.

Le Tribunal de conflits¹⁰⁵³ a considéré que « *le refus d'attribution d'une place d'amarrage, ne met en cause aucune prérogative de puissance publique* », ce qui signifie, pour R. Rézenthel¹⁰⁵⁴, que le rapport ainsi caractérisé entre l'autorité portuaire et l'utilisateur¹⁰⁵⁵ relève du droit privé. La nature de l'activité influe ainsi sur la possibilité de recourir ou non à un contrat pour l'exploiter.

La liberté contractuelle est accentuée dans le cadre juridique de la convention de terminal. La loi, portant réforme portuaire, écarte la remise en place de la « convention-type », qui avait été initialement adoptée lors de la création de la convention d'exploitation de terminal¹⁰⁵⁶. Le cadre réglementaire de la nouvelle convention se limite aux rubriques mentionnées dans un arrêté ministériel¹⁰⁵⁷, celles-ci doivent être « développées » dans la convention.

530. La question qui se pose concerne l'opportunité des contrats de partenariat, comme prévu par l'ordonnance 2004 dans les **GPM**, mais également dans les ports maritimes relevant des collectivités territoriales. R. Rézenthel précise que ce genre de contrat « public-privé » ne

¹⁰⁵¹ T. Confl. 11 décembre 1972, *Spathis c/ port autonome de Bordeaux*, JCP G. 1974, II, 17669 note F. Moderne, *DMF* 1973 p. 269 note J.M. Auby, *op. cit.*

¹⁰⁵² CE, 14 juin 2010, *SAS Fayolle marine*, n° 329188 ; CE, 3 février 2010, *commune de Cannes*, n° 330184 ; CE 4 octobre 2004, *SARL CHT*, n° 259525.

¹⁰⁵³ T. Confl. 22 juin 1998, *A. Corbusie*, req n° 3102, *op. cit.*

¹⁰⁵⁴ REZENTHEL Robert, « Les spécificités du régime juridique des ports de plaisance », *Neptunus*, vol. 22, n° 1, 1 mars 2016, p. 6.

¹⁰⁵⁵ Comme le précise R. Rézenthel, « *la particularité des plaisanciers fréquentant les ports de plaisance est qu'ils ont la qualité de consommateur, c'est-à-dire qu'ils sont protégés par le droit de la consommation, ce qui n'est pas le cas des usagers des ports de commerce et de pêche puisque ce sont des professionnels.* », *Ibid.*, p. 1 ; R. Rézenthel, « Plaisance et droit de la consommation », *DMF*, n°654, 1^{er} décembre 2004.

¹⁰⁵⁶ Décret n° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le code des ports maritimes, JORF 21 juillet 2000, p. 11203.

¹⁰⁵⁷ Arrêté du 20 mars 2009 pris en application de l'article R. 105-4 du code des ports maritimes (Art R 5312-86 du code des transports) JORF 28 mars 2009, p. 5508.

présente qu'un intérêt très limité pour les ports maritimes¹⁰⁵⁸. Il semble que la conciliation des intérêts entre les partenaires privés et les autorités portuaires s'avère difficile à réaliser, car, en fonction de ces derniers contrats, les premiers cherchent un intérêt financier, alors que les gestionnaires portuaires doivent pour leur part assurer une pérennité dans le développement économique des ports, par le biais d'un développement du trafic maritime, ils sont ainsi, avant tout, à la recherche d'opérateurs capables de développer le trafic maritime. Le partenariat peut alors adopter des formes, ou des montages spécifiques au droit portuaire. Un **GPM** peut prendre des participations dans des **GIE** dans lesquels il y a des opérateurs privés¹⁰⁵⁹. Ces derniers, disposent souvent d'une convention de terminal afin de réaliser les investissements nécessaires¹⁰⁶⁰.

531. En plus des contrats que le **GPM** peut conclure pour l'exploitation portuaire, sans ou avec des besoins spécifiques, celui-ci peut aussi en conclure afin de réaliser des services pour d'autres opérateurs portuaires, voire d'autres ports, le port devient alors un prestataire des services commerciaux. Cependant, en comparaison des contrats de concession et de la convention de terminal, la nature juridique de ces contrats relèverait du droit privé. C'est ce qu'a jugé le Tribunal des conflits en 2019 concernant un contrat conclu entre un port et une société pour la surveillance et le gardiennage de terminal¹⁰⁶¹.

L'avantage de cette contractualisation est qu'elle permet aux autorités portuaires, notamment après la limitation du périmètre du **SPIC**, un contrôle, même s'il est indirect, sur le respect de l'intérêt général dans l'exploitation portuaire. Elle permettrait également un élargissement du champ de l'implication économique des **GPM**. Ces derniers peuvent alors agir dans une situation comparable à celle d'une personne sous un régime du droit privé.

L'arrêt précité du Tribunal des conflits rappelle cependant que les mesures prises pour assurer la sûreté sont par principe à la charge de l'exploitant portuaire. Des commentaires ont souligné l'enjeu d'une telle mesure¹⁰⁶², qui a été initialement prévue dans le Code des

¹⁰⁵⁸ REZENTHEL Robert, « Le partenariat public-privé dans les ports maritimes », *La revue du trésor*, 2007, p. 253.

¹⁰⁵⁹ Nous citons : « Parmi les premières utilisations de la contractualisation, l'exploitation portuaire repose sur la mise en place de la relative souplesse que la jurisprudence administrative a permis aux gestionnaires de domaine portuaire, et ce par l'intégration des opérateurs dans cette gestion par le biais des actionnariats ou prise de participation dans des GIE » *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Le port autonome de Dunkerque a adhéré au GIE « Sea Bulk », qui est titulaire d'une convention d'exploitation de terminal (Arrêté du 18 septembre 2020 approuvant la prise de participation du grand port maritime de Dunkerque au capital du groupement d'intérêt économique SEA-Bulk).

¹⁰⁶¹ T. confl., 8 avril 2019, *CNMP Port Havre*, n° C4157, *op. cit.* Rev. Droit de la voirie 2019, n° 208, p. 117 note R. Rézenthel.

¹⁰⁶² « I. Institution générales du droit maritime. C. Institutions nationales ». Sur la décision du T. confl. 2019, *ibid*, *DMF*, n° HS24, 1er juin 2020, p. 26-42.

transports¹⁰⁶³. Ces prestations s'exercent sous l'autorité de l'Etat, mais ne sont pas assumées par ce dernier, dès lors, il n'existe pas de clauses exorbitantes de droit commun et même si c'est le port qui est prestataire, le contrat relève du régime du droit commun.

B- Conventions d'occupation du domaine portuaire

532. Le gestionnaire portuaire dispose de divers outils contractuels pour gérer l'utilisation de son domaine portuaire (1), tout en s'efforçant de garantir une gestion qui concilie liberté et transparence (2).

1) Les conventions domaniales

533. De manière générale, plusieurs types de contrats sont prévus afin d'organiser l'utilisation du domaine portuaire. Les garanties que représentent ces conventions aux titulaires se différencient selon que le domaine est public ou privé, et ce même si le régime de la domanialité publique a évolué dans ce sens¹⁰⁶⁴. G. Gueguen-Hallouët, précise que la gestion domaniale constitue, pour l'établissement public portuaire, un « véritable exercice d'équilibriste¹⁰⁶⁵ », ainsi le choix du contrat d'occupation pourrait, en fonction du régime du domaine portuaire, représenter cet élément d'équilibre.

534. En ce qui concerne l'occupation du domaine public portuaire, le Conseil d'État considère qu'elle doit impérativement donner lieu à un titre¹⁰⁶⁶. Il avait jugé que ces titres devaient être compatibles avec la destination du domaine¹⁰⁶⁷, mais également conciliables avec l'usage normal que le public est en droit d'exercer sur celui-ci¹⁰⁶⁸. D'ailleurs, l'obligation d'avoir un titre, ainsi que les conditions liées à l'occupation comme définies par la

¹⁰⁶³ Article L 5332-4 du Code des transports.

¹⁰⁶⁴ V. *supra*, 1^{ère} Partie, 1^{er} Titre, 1^{er} Chapitre, 2^{ème} : sur les évolutions de la domanialité publique.

¹⁰⁶⁵ GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, « Admission sous conditions d'un bail à construction sur le domaine public maritime », *DMF*, n° 792, 1er juin 2017, p. 16.

¹⁰⁶⁶ CE, sect., 19 juin 2015, *société immobilière du port de Boulogne-sur-mer*, n° 369558, *DMF* n° 785, p. 936 2016 observ. R. Rézenthel.

¹⁰⁶⁷ CE, 18 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, D.H. 1931, p. 449.

¹⁰⁶⁸ CE, sect., 3 mai 1963, *ministre des Travaux publics et des transports c/ Cne de St Brévin-les-Pins et autres*, n°45478, rec. Lebon p.259 (AJADA, 1963, II, p. 356).

jurisprudence, correspondent à celles précisées par le législateur, et notamment à ce qui est énoncé à l'article L. 2122-1 du **CGPPP**¹⁰⁶⁹.

535. La question qui se pose est celle de savoir si un occupant qui ne dispose pas d'un titre lui permettant cette occupation, demeure malgré tout redevable envers l'autorité propriétaire dudit domaine. Le Conseil d'Etat précise que « *la redevance est due alors même que les occupants n'utilisent pas effectivement l'autorisation dont ils sont titulaires* »¹⁰⁷⁰. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé cette position concernant également une occupation, sans document écrit, d'une dépendance du domaine public d'un port de plaisance¹⁰⁷¹. Il s'agit de la caractérisation d'une procédure règlementée au sein du Code des transports¹⁰⁷², fixant les redevances domaniales, qui constitue le fondement public de cette obligation. Ainsi que le précise L. Henri¹⁰⁷³, l'intérêt de cette décision de la Cour est qu'elle renferme « *un fondement consensualiste alors que cette obligation est fondamentalement due en contrepartie de l'occupation du domaine public portuaire* »¹⁰⁷⁴. Selon R. Rézenthel, et en ce qui concerne les ports de plaisance, le contrat peut être verbal, en l'absence de texte imposant un écrit, et ce dès lors que les conditions d'occupation d'un poste sont publiées¹⁰⁷⁵.

536. Les barèmes de fixation sont des actes administratifs, en cas de contentieux, c'est la jurisprudence administrative qui est compétente. Pour la même raison, ils doivent faire l'objet d'une publicité adéquate. Ainsi, les barèmes domaniaux peuvent être annulés si la publicité se relève insuffisante¹⁰⁷⁶. La question se pose concernant la publication par voie électronique et s'il s'agit là d'une mesure suffisante et adéquate. Dans un arrêt de la Cour administrative de

¹⁰⁶⁹ « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique ... ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.* »

¹⁰⁷⁰ CE, 29 novembre 2002, *Commune de Barcarès c/ M. Attal et a.* n° 219244-219245 ; R. REZENTHEL et A. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Nature de la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'amarrage », *DMF* 638, 2003, p. 617.

¹⁰⁷¹ CAA., Aix-En-Provence (11ème Ch.) - 10 décembre 2015, *SA Nouveau Port de Saint Jean Cap Ferrat c/ Robert x*, n° 14-20955.

¹⁰⁷² Art. R5314-8 Code des transports.

¹⁰⁷³ HENRY Laurence, « L'absence de contrat écrit pour l'occupation d'un poste d'amarrage ne dispense pas le plaisancier de s'acquitter de la redevance pour occupation du DPM », *DMF*, n° 780, 1er mai 2016, p. 474-480.

¹⁰⁷⁴ Il ajoute concernant cet arrêt que : « *l'obligation de payer la redevance domaniale a d'abord été formalisée dans un contrat entre le concessionnaire, gestionnaire du Port de plaisance de Saint Jean Cap Ferrat et le plaisancier. Ainsi, le contrat est privé parce qu'il est conclu entre deux personnes privées et relève des relations entre un gestionnaire de SPIC et un usager. Cependant, le contrat est public par son objet, le paiement d'une redevance en contrepartie de l'occupation du domaine portuaire.* ». Il s'agit alors d'un **dualisme juridique**.

¹⁰⁷⁵ REZENTHEL Robert, « La liberté contractuelle et les activités portuaires », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷⁶ CAA., Bordeaux 8 mars 2007, *VNF c/ Mme Charentenay et autre*, s. req. n° 03BX00197, Les juges ont considéré que les formalités minimales de publicité n'avaient pas été assurées puisqu'elles n'avaient pas été publiées au recueil des actes administratifs des préfectures des départements traversés par la voie d'eau confiée à VNF. V. Thèse, A.-C. NAUDIN, *le régime juridique de l'exploitation portuaire*, *op. cit.*, p. 291.

Douai, en 2008¹⁰⁷⁷, cette dernière précise que la publication d'une décision réglementaire fixant les tarifs d'occupation ne peut être opposable aux intéressés (occupants du domaine fluvial), qu'à condition, *« d'une part, que l'information ainsi diffusée puisse être regardée, compte tenu notamment de sa durée, comme suffisante et, d'autre part, que le mode de publicité par voie électronique et les effets juridiques qui lui sont attachés aient été précisés par un acte réglementaire ayant lui-même été régulièrement publié »*.

537. Les contrats dont l'objet est l'occupation du domaine public, portent la confusion avec les autorisations¹⁰⁷⁸. Ces contrats contiennent souvent un autre objet, comme l'exploitation des services portuaires. Quand ces derniers relèvent d'un service public, le contrat, ou l'autorisation, prévoient des obligations de service public à la charge de l'occupant. La question se pose sur la nature juridique de ces contrats. Selon la jurisprudence, un contrat, portant occupation du domaine public, n'est administratif que dans la seule mesure où *« son objet même, et non son effet »*, est cette occupation elle-même¹⁰⁷⁹.

Certains contrats, ou protocoles entre les parties, ont pour objet de définir les modalités de l'octroi futur des autorisations d'occupation du domaine public¹⁰⁸⁰. G. Eckert¹⁰⁸¹ précise que le protocole d'accord *« ayant été conclu par ADP alors qu'il avait la qualité d'établissement public, afin de définir les conditions dans lesquelles les sociétés seraient autorisées à occuper une dépendance du domaine public aéroportuaire pour réaliser et exploiter un centre commercial, il constitue un contrat administratif »*.

Si un contrat, dont l'objet n'est pas l'occupation du domaine public, peut être considéré comme *« l'accessoire »* d'une autre convention dont l'objectif est directement lié à une occupation de ce domaine, il est possible de le qualifier en contrat administratif ; c'est tout du

¹⁰⁷⁷ CCA Douai 28 février 2008, *Mme Melloni-Quemar et Mme Melloni*, n° 07DA01276.

¹⁰⁷⁸ *« L'article L. 84 du code du domaine de l'État utilisait une expression générique pour désigner les autorisations conventionnelles d'occupation privative du domaine public. Il évoquait en effet « les contrats comportant occupation du domaine public », plus généralement désignés « contrats d'occupation du domaine public ». Cette expression n'a pas été reprise, au moins de manière aussi explicite dans le code général de la propriété des personnes publiques, qui pour désigner les formes de l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public oppose les « décisions unilatérales » aux « conventions » sans autres précisions (CGPPP, art. R. 2122-1). Les contrats d'occupation du domaine public se reconnaissent à trois éléments qui les identifient ». Lamy droit public des affaires : « 4518- définition du contrat d'occupation du domaine public ».* MAJ 2023.

¹⁰⁷⁹ T. confl., 21 mai 2007, n° C3609, SA Codiam, AJDA 2008, p. 200, ainsi que le note J. ROBBE : *« un contrat portant sur la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils de télévision mis à la disposition des malades et autorisant le prestataire à occuper un local spécialement aménagé dans l'hôpital n'a pas pour effet de lui conférer la nature d'un contrat d'occupation du domaine public. »*

¹⁰⁸⁰ T. confl., 4 juill. 2016, *Sté JSC Investissement*, n° C4055, *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. n° 231, note G. ECKERT.

¹⁰⁸¹ Concernant le protocole d'accord entre l'établissement public (Aéroports de Paris) et des sociétés en vue de la réalisation, par celles-ci, d'un centre commercial sur l'emprise de l'aéroport (Roissy-Charles de Gaulle). G. ECKERT, *ibid.*

moins ce qui résulte de la décision du Tribunal des conflits¹⁰⁸² concernant des conventions entre le port du Havre et une société de manutention. Le Tribunal précise, au terme d'une « motivation laconique »¹⁰⁸³, et pour écarter la qualification en contrat administratif, que « *ce contrat ne comporte pas, par lui-même, occupation du domaine public et n'est pas l'accessoire de la convention du 3 juin 2004 ayant autorisé la société CNMP à occuper des dépendances du domaine public portuaire situées au terminal de l'Atlantique* ».

538. Les contrats qui ont pour seul objet l'occupation du domaine privé sont des contrats de droit privé¹⁰⁸⁴. Néanmoins, certains portent tout à la fois sur des parcelles du domaine public et du domaine privé, donc la question qui se pose concerne le régime applicable. Un arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1957¹⁰⁸⁵ a retenu, concernant des litiges portant sur des contrats touchant tout à la fois au domaine public et à celui privé, que c'est le droit public qui doit s'appliquer.

539. Les contrats portant sur le domaine privé présentent des garanties qui ne sont pas identiques à celles accordées aux occupants du domaine public. Par exemple, les baux commerciaux¹⁰⁸⁶, comparés aux conventions portant sur le domaine public, ne sont pas révocables, le preneur dispose également d'un droit d'indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement¹⁰⁸⁷.

Une autre convention porte sur l'occupation du domaine privé, il s'agit de la convention d'occupation précaire (**COP**)¹⁰⁸⁸, qui ne présente pas les mêmes garanties que le bail commercial. Cette convention est de création jurisprudentielle¹⁰⁸⁹. L'occupant paye une

¹⁰⁸² T. confl., 8 avr. 2019, *Sté Cie nouvelle de manutentions portuaires (CNMP) c/ Port le Havre*, n° C4157. *op.cit.*

¹⁰⁸³ Lamy droit public des affaires. « 1185- Qualification de contrat administratif et Exigence tenant à l'objet du contrat d'occupation du domaine public », 2023.

¹⁰⁸⁴ CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, *SA Ingénierie Gestion Industrie Commerce [IGIC]*, n°s 17BX04004 et 18BX04275. Il s'agit des parcelles privées de la Commune d'Aulus-les-Bains, les créances nées de la convention (conclue avec une entreprise privée, et portant sur la réalisation et l'exploitation d'une centrale hydroélectrique sur le domaine privé de la commune) sont, selon la Cour d'Appel, du domaine du droit privé et la juridiction administrative n'est pas compétente.

¹⁰⁸⁵ CE, 11 décembre 1957, *Sieurs Buffière et autres*, rec. Lebon, p. 666.

¹⁰⁸⁶ Statut prévu au code du commerce (articles L 145-1 à L 145-60).

¹⁰⁸⁷ Décret n° 59-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JORF du 1^{er} octobre 1953, p.8618.

¹⁰⁸⁸ La loi n°65-356 du 12 mai 1965 (modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal. JORF du 13 mai 1965, p. 3755) prévoit le statut de bail commercial dérogatoire, qui se distingue de celui de COP. Ainsi, par exemple, puisque la convention d'occupation précaire n'est pas soumise au statut des baux commerciaux, le maintien dans les lieux de l'occupant au-delà de la date d'expiration contractuellement prévue n'aura pas pour effet de soumettre cet occupant à ce statut, contrairement à ce qui peut arriver dans le cadre d'un bail dérogatoire. V. *Lamy Baux commerciaux*.

¹⁰⁸⁹ CA Paris 2^e ch. 29 avril 1950 (D. 1950, jp p.399).

redevance et non un loyer et n'a aucun droit à une indemnité pour la perte de ses locaux. Cependant les parties peuvent se mettre d'accord pour verser une indemnité en cas de résiliation. Dans le grand port maritime de Marseille, il existe plusieurs cas de conclusion de **COP**.

Le bail à construction est une troisième forme contractuelle utilisée dans le cadre de l'occupation du domaine privé des ports maritimes. Il s'agit d'« *un bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur, et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail* »¹⁰⁹⁰. L'avantage de ce contrat réside dans la liberté d'exploitation des constructions, ce qui génère un « *équilibre économique du contrat. Le preneur ne peut réaliser de lourds projets de constructions que tout autant qu'il pourra en réaliser un amortissement en exploitant les lieux loués* »¹⁰⁹¹.

L'équilibre est également assuré pour l'autorité portuaire, car le bailleur se voit par principe s'approprier toutes les constructions, et ce avec les améliorations y apportées¹⁰⁹².

540. Le souhait de valoriser le domaine public portuaire a constitué la raison d'un arrêt du Conseil d'Etat, en 2016, qui a tenu à étendre le domaine public concernant des zones foncières portuaires où s'exécutent des services d'incinération. L'enjeu est alors de contrôler, d'un côté, un service considéré comme relevant du service public¹⁰⁹³, et, de l'autre, d'encadrer la liberté contractuelle du **GPMM**. C'est le bail à construction qui, dans l'objectif de réaliser ces instructions nécessaires au traitement des déchets, a produit cet effet d'affectation des dits terrains au service public (de traitement des déchets). La position précitée du Conseil a permis d'adapter cette convention au droit public, puisqu'elle doit respecter ses règles et, en même temps, régulariser une convention déjà mise en place depuis 2005.

La Cour de cassation avait admis que le bailleur puisse insérer une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur d'un bail à construction¹⁰⁹⁴. Selon V. Perruchot-Triboulet, cette décision n'est pas cohérente avec la position également adoptée par la Cour de cassation

¹⁰⁹⁰ Article L 251-1 du Code de la construction et de l'habitation. Cette durée est comprise entre 18 et 99 ans et la tacite reconduction est interdite.

¹⁰⁹¹ NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse, op. cit., p. 214.

¹⁰⁹² Article L. 251-2 CCH.

¹⁰⁹³ Le Conseil d'Etat juge que la condition d'affectation au service public est considérée comme remplie alors même que le service public en cause est géré par une collectivité publique différente de la collectivité publique propriétaire (Considérant 12).

¹⁰⁹⁴ Cass. 3e civ., 7 avr. 2004, n° 02-16.283, Bull. civ. III, n° 70.

dix ans plus tard¹⁰⁹⁵, et qui conclut à la nullité de la clause soumettant la cession du bail à construction à l'agrément du bailleur¹⁰⁹⁶.

2) La liberté contractuelle et les contrats domaniaux : une liberté de disposition sous l'angle des données porto-concurrentielles ?

541. En ce qui concerne la gestion domaniale, la liberté contractuelle relève d'un principe différent de celui concernant la liberté contractuelle pour l'exploitation des services portuaires. Il s'agit de la liberté de disposition découlant du droit de la propriété, et ce au regard de l'article 544 du Code civil¹⁰⁹⁷. La Cour de cassation a reconnu à ce principe une valeur constitutionnelle¹⁰⁹⁸. S'agissant du domaine public portuaire, depuis la mise en place du **CGPPP**, la propriété de la personne publique de son domaine a été confirmée. La loi créant les **GPM** a prévu le transfert de la propriété dudit domaine aux nouvelles institutions portuaires. Une liberté est alors assurée par la loi au profit du propriétaire portuaire pour accorder des titres d'occupation. Ainsi, et concernant la gestion domaniale, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires expresses, il est possible pour le gestionnaire du domaine public portuaire d'accorder des autorisations d'occupation sous la forme contractuelle. Mais la personne publique peut-elle recourir librement à la conclusion des contrats pour l'attribution des titres d'occupations ? Le conseil d'Etat a jugé que « *Les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'opposent à ce qu'une autorité investie d'un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d'exercer cette compétence dans l'intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s'engage, par la voie d'un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré* »¹⁰⁹⁹.

542. Une personne de droit public ne dispose pas de la liberté absolue de choisir entre le recours au contrat et la voie réglementaire. Il convient de noter que les autorisations domaniales

¹⁰⁹⁵ Cass. 3e civ., 24 sept. 2014, n° 13-22.357.

¹⁰⁹⁶ PERRUCHOT-TRIBOULET Vincent « Faculté de rétractation de l'article L.271-1 du CCH pour les sociétés et rapport direct avec son objet social », *Revue Lamy droit civil*, n° 124, 01/03/2015, p 65-66.

¹⁰⁹⁷ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

¹⁰⁹⁸ Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, *Caisse des Dépôts et Consignations (CDC)*, n° 04-13.772, RLDC 2007, no 34, p. 61, note G. Pillet ; RTD civ. 2006, p. 557.

¹⁰⁹⁹ CE, 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux*, req n° 375542.

accordées de manière unilatérale constituent un acte administratif¹¹⁰⁰ qui n'est pas susceptible de produire un effet rétroactif¹¹⁰¹.

543. La conclusion des conventions domaniales a fait l'objet d'un débat sur la nécessité ou non d'organiser une mise en concurrence, conformément aux dispositions impératives de la commande publique. Mais quoi qu'il en soit, la liberté contractuelle est limitée, dans le cadre de l'attribution des titres domaniaux, par le principe de la transparence. Pour les conventions de terminal, l'article R. 5312-85 du code des transports disposait que « *L'attribution des conventions de terminal ne doit pas avoir pour effet d'altérer les conditions de la concurrence. Celle-ci est analysée en fonction du marché pertinent pour chaque type de trafic.* ». Celui-ci a été cependant modifié par un décret en 2020, la conclusion de la convention de terminal est, par la loi, exclue de l'application des dispositions liées à la commande publique¹¹⁰², et ce notamment en faisant référence au Code de la commande publique¹¹⁰³. L'article R. 5312-84, par ailleurs, disposait que cette convention devait être conclue à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Mais le décret visant à adapter les conditions de l'exploitation des terminaux portuaires modifie cet article pour référencer les conditions d'attribution au seul Code de la propriété des personnes publiques, et ce notamment à l'article L 2122-1-1 qui dispose, concernant l'attribution des conventions domaniales, que « *l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.* ».

Il semble que ce décret a, par ailleurs, augmenté la marge de la liberté contractuelle entre les parties, puisque l'article mentionné ci-dessus (R 5312-84) prévoyait que les conventions de terminal « *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 liées aux navires. Elles peuvent aussi*

¹¹⁰⁰ GAUDEMET Yves, « Traité de droit administratif : Tome 2. Droit administratif des biens », 2014, 15^{ème} édition, p. 277.

¹¹⁰¹ CE, 19 décembre 1973, *S.C.I la Tour Blanche c/ Perrière*, req n° 87556, *Rec Tables* p. 885, 997 et 1081. Il s'agit d'une annulation d'une autorisation d'occupation donnée en vue de régulariser la situation créée par l'annulation contentieuse d'une précédente autorisation, cette annulation du Conseil d'Etat a été justifiée par le motif que la décision a un caractère rétroactif et que « *cette rétroactivité est de nature à l'entacher d'illégalité dans son intégralité* ».

¹¹⁰² Décret n° 2020-1559 du 9 décembre 2020 relatif à l'exploitation des terminaux des grands ports maritimes. L'article est devenu ainsi : « *Lorsque le grand port maritime conclut un contrat de concession dans les conditions prévues au II de l'article L. 5312-14-1, la troisième partie de la partie réglementaire du code de la commande publique y est applicable, à l'exception de l'article R. 3131-1.* »

¹¹⁰³ Issu de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, et du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018. Entré en vigueur le 1er avril 2019.

comprendre la réalisation de quais ou d'apponnements 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. »¹¹⁰⁴, alors qu'en fonction du décret portant modification des conditions d'exploitation du terminal¹¹⁰⁵, aucune mention ne peut être portée sur ces matières dans la convention de terminal, ni sur la possibilité de prévoir des clauses de résiliation sans indemnité.

544.Or, en ce qui concerne les contrats de concession et en matière portuaire, la conclusion de ces contrats est soumise à une procédure préalable¹¹⁰⁶ conformément aux dispositions du Code de la commande publique.

Les autorisations d'outillages privés avec obligation de service public sont également régies par les dispositions de la commande publique¹¹⁰⁷.

545. Les ports maritimes peuvent prendre des participations dans les sociétés qui disposent d'un titre d'occupation de leur domaine. Dans ce cas-là il faut s'assurer du respect du principe de neutralité, qui découle par ailleurs de celui de la transparence en tant que principe du service public. Il convient alors de respecter « *la neutralité de service public par rapport aux relations contractuelles nées entre les autorités portuaires et les sociétés dans lesquelles ces autorités sont actionnaires* »¹¹⁰⁸. L'objectif étant la réalisation d'un équilibre contractuel, ce dernier peut être réalisable, selon C. Naudin, dans le respect du libre jeu de la concurrence¹¹⁰⁹.

546.Signalons qu'il existe une perspective de création d'un cadre de partenariat et de négociation au sein des pratiques commerciales développées dans le secteur portuaire, et ce par le recours à des montages contractuels complexes. Il s'agit de recourir à des contrats globaux en fonction desquels le contractant avec l'autorité portuaire dispose d'une autorisation d'occupation domaniale, mais également des droits d'exploitation. D'autres conditions liées

¹¹⁰⁴ Dans la version issue du Décret 2014-1670 du 30 décembre 2014, relatif aux dispositions du livre III de la cinquième partie réglementaire du code des transports et à leur adaptation à l'outre-mer.

¹¹⁰⁵ Décret n° 2020-1559 du 9 décembre 2020 relatif à l'exploitation des terminaux des grands ports maritimes.

¹¹⁰⁶ La concession est fréquemment utilisée dans les ports de plaisance, mais également dans le cas où le grand port maritime a recours à cet instrument contractuel en fonction de l'article R 5312-83 du Code des transports, qui prévoit que « *les terminaux du grand port maritime sont exploités dans le cadre de conventions de terminal, ou, lorsque le contrat a pour objet de répondre aux besoins spécifiques exprimés par le port, de contrats de concession, conclus dans les conditions prévues par la présente sous-section (art R 5312-85)* ».

¹¹⁰⁷ Art. R. 5313-66 et R 5313-81 du code des transports.

¹¹⁰⁸ REZENTHEL Robert, « La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire », *AJDA*, n° 11, 22 mars 2004, p. 573-578.

¹¹⁰⁹ NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse, op. cit., p. 294.

aux financements, des modalités d'exploitation seront mentionnées et organisées dans le contrat, ce dans un cadre présentant davantage de liberté par rapport aux actions relevant de l'autorité unilatérale. La convention de terminal constitue un exemple perfectionné de ces montages dans les **GPM**.

C- La contractualisation découlant de l'organisation du travail

547. La troisième catégorie renforcée de la contractualisation dans les ports est celle découlant de l'organisation du travail depuis la réforme de 1992, mise en œuvre par la loi n°92-496 du 9 juin 1992 modifiant le régime du travail dans les ports maritimes¹¹¹⁰. Avant cette réforme, les dockers étaient titulaires d'une carte professionnelle et concluaient avec les entreprises de manutention des contrats de travail de nature variable selon leur statut¹¹¹¹. Cette normalisation des relations de travail s'est ensuite poursuivie par l'adoption d'une convention collective nationale, devenue en 2011, par suite du transfert des grutiers et portiqueurs des grands ports maritimes aux entreprises exploitant des terminaux portuaires, la Convention collective nationale unifiée « Ports & Manutention ». Dans cette perspective, la contractualisation semble exclure le lien entre l'autorité portuaire et les ouvriers chargés des missions de manutention, ces missions étant attribuées aux entreprises portuaires¹¹¹².

¹¹¹⁰ JORF n°0133 du 10 juin 1992.

¹¹¹¹ Contrats de travail à durée indéterminée pour la catégorie des ouvriers dockers professionnels intermittents en fonction de l'article L 5343-3 du code des transports, et à durée déterminée pour la catégorie des ouvriers dockers occasionnels sur la base de l'article L 5343-6 du même code.

¹¹¹² Sur ce sujet v. *supra*, 1^{ère} partie, 2^{ème} titre, 1^{er} chapitre ; 2^{ème} section, § B : L'harmonisation du régime du travail des manutentionnaires portuaires sous l'angle du droit commun.

Section 2. La contractualisation pour une conciliation des intérêts lors de l'exploitation portuaire

548. La contractualisation, en ce qui concerne l'implication de l'autorité portuaire, inclut deux aspects remarquables. Le premier concerne la gestion du domaine public. S'agissant de ce dernier, il faut assurer une attractivité des partenaires et, à cette fin, adapter son régime aux principes découlant du régime contractuel. Cette adaptation permettrait une valorisation du domaine par le biais de la contractualisation (§1). Le second aspect se caractérise par la réalisation des objectifs économiques dans le respect de l'intérêt général. Comment la contractualisation peut-elle assurer un contrôle en amont de l'application des impératifs découlant de l'intérêt général et du service public lié à la gestion générale du port, et ce dans un contexte d'exploitation de plus en plus libéralisé ? (§2).

§1. L'intérêt privé et la contractualisation portuaire : la spécificité de la convention de terminal

549. La liberté contractuelle constitue un principe que l'autorité portuaire peut utiliser, dans les limites imposées par la jurisprudence et les lois, afin de rendre ce domaine plus attractif. L'objectif est d'industrialiser le domaine portuaire et de créer des partenariats plus pérennes. Des mesures législatives ont récemment renforcé ce cadre de négociation (A). Même si la domanialité publique et l'exploitation portuaire sont traditionnellement liées, le régime juridique portuaire conclut *in fine* à un détachement « conditionné » entre les deux (B).

A- L'adaptation de la convention de terminal CT : une convention à un régime spécifique

550. Afin de comprendre la spécificité du régime de la CT, il faut l'analyser à la lumière du concept de terminal. L. Fedi¹¹¹³ tente d'entourer les significations que peut dégager ce « concept juridique » du « terminal maritime »¹¹¹⁴. Selon lui, cette notion n'a pas de définition

¹¹¹³ FEDI Laurent, « La notion de “terminal” : entre incertitude de jure et certitudes de facto. », *DMF*, n° 692, 1^{er} mai 2008, p. 455-463.

¹¹¹⁴ L. FEDI précise que le mot « terminal » diffère de l'adjectif d'origine latine qui signifie l'extrémité, et que le nom « terminal » trouve ses racines étymologiques dans la langue anglo-saxonne et signifie un « ensemble des réservoirs de stockage de pétrole, ou des pompes ; un dépôt situé à l'extrémité d'un oléoduc ».

juridique certaine au sein du droit maritime international. Il analyse son contenu à la lumière de ses deux notions : matérielle et juridique. Matériellement, le terminal représente « *une emprise artificielle en milieu marin, constituant un espace réservé et délimité, dédié également à un trafic spécifique.* », alors que juridiquement, la question qui se pose est celle de la nature mobilière ou immobilière des terminaux portuaires. Il est difficile d’appréhender les outillages du terminal portuaire sur la seule catégorie juridique de droit commun¹¹¹⁵. L. Fedi conclut que ces « installations » sont donc des « outillages » ou des « ouvrages portuaires » dotés de leur propre régime juridique, elles sont, de ce fait, régies par les dispositions liées aux ports maritimes, et notamment par celles découlant de la domanialité publique. La création de la CT en guise d’instrument de contractualisation vise à créer un cadre spécifique de partenariat portuaire. Le recours à ce modèle pourrait assurer une industrialisation des terminaux portuaires, raison pour laquelle il constitue « *L’outil contractuel majeur en France dans l’exploitation des ports* »¹¹¹⁶, et ce notamment, de manière explicite, dans les **GPM**, notamment à la suite de sa modernisation.

551. En fonction de la modernisation de la convention de terminal, une vraie dynamique a été créée concernant les contrats conclus entre les **GPM** et les opérateurs de terminaux. Cette dynamique influe notamment sur le statut et le sort des biens construits par les occupants opérateurs des terminaux, ce qui engendre également des conséquences sur les droits de ces derniers. Ainsi, une possibilité d’indemnisation a été prévue au profit des cocontractants « *pour les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés pour l’exercice de l’activité autorisée par les conventions* »¹¹¹⁷.

Concernant les biens meubles (corporels ou incorporels), le contrat peut prévoir la reprise¹¹¹⁸ de ces équipements par l’autorité portuaire à une valeur¹¹¹⁹ vénale. Cette « avance » permettra aux occupants de s’investir dans de nouveaux projets, ce même en fin d’occupation,

¹¹¹⁵ Article 516 du code civil : « tous les biens sont meubles ou immeubles ».

¹¹¹⁶ MERLIN Claire, « L’outil contractuel majeur en France dans l’exploitation des ports : la convention de terminal », *Scapel-revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, n° 3, 1^{er} juillet 2013, p. 179-189.

¹¹¹⁷ Article 131 de la Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d’orientation des mobilités (JORF n°0299 du 26 décembre 2019). Rapport annexe, priorité 4°. Cette mesure correspond à l’article L 5312-14-1 du code des transports.

¹¹¹⁸ L’article L5312-14-1 du code des transports prévoit, en effet, que le GPM peut acquérir « *certaines 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* ».

* Cet article précise les cas où les GPM peuvent continuer à exploiter les outillages publics. Ces dispositions ne sont pas applicables au secteur fluvial du Grand Port Fluvio-maritime.

¹¹¹⁹ D’après Hervé DEISS, selon cette conciliation des intérêts économiques de l’autorité portuaire et des opérateurs des terminaux, il « *est fort à parier que cette disposition sera jalousée par les collectivités locales et autres propriétaires publics qui ne disposent pas d’une telle latitude* ». V. Deiss, H., « [Loi d’Orientation des Mobilités: l’analyse des articles 35 et 35 bis](#) » *Ports et Corridors*, 26/08/2019.

car la démolition de ces biens ne constituerait plus la meilleure possibilité devant l'autorité portuaire¹¹²⁰. De ce fait, les opérateurs de terminal craignent moins que leurs « *efforts financiers ne soient réduits à néant par une déconstruction rendue obligatoire ou une indemnisation plafonnée à un amortissement résiduel.* »¹¹²¹. Un décret¹¹²² relatif à l'exploitation des terminaux des **GPM** éclaire le déroulement de cette mesure¹¹²³. Cette dernière pourrait constituer un bon élément juridique pour attirer les investissements portuaires.

552. Le second élément de cette dynamique vise à encourager de nouveaux opérateurs à prendre des investissements dans le domaine public portuaire, car le cadre juridique modernisé de la **CT** prévoit la possibilité, pour les **GPM**, de céder des biens à un nouvel entrant. Il s'agit, une fois encore, de concilier les intérêts de l'autorité propriétaire avec ceux des nouveaux entrants, car ces derniers devront s'acquitter d'un droit d'entrée au titre d'indemnisation des **GPM** des financements opérés au profit de leurs prédécesseurs. En contrepartie, ces nouveaux investisseurs peuvent se prévaloir de certains droits au titre des biens et des ouvrages qu'ils n'ont pas édifiés. Cela ne se limite pas à une possibilité de se prévaloir de ces ouvrages, mais constitue également une certaine refonte du régime des droits réels en fonction des titres domaniaux. Nous pouvons dès lors nous interroger sur les points que présente cette refonte. Jusqu'alors, les occupants des dépendances du domaine public pouvaient se voir bénéficier des droits réels pour les seuls ouvrages qu'ils avaient édifiés, mais depuis l'entrée en vigueur de l'article 131 de la **LOM**, et afin de permettre à l'opérateur entrant de rassurer d'éventuels créanciers, celui-ci peut bénéficier de droits réels sur ces ouvrages en contrepartie du droit d'entrée. Nous constatons qu'une pérennité de l'investissement peut résulter de cette mesure juridique mise en place par ladite loi.

L'élargissement du champ desdits droits prend également une ampleur géographique, mais qui demeure néanmoins limitée au niveau d'un seul **GPM**. Le principe général imposé par le **CGPPP** est que le « *droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peut être hypothéqué que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de*

¹¹²⁰ Le régime de la domanialité publique impose un principe concernant le sort des biens immobiliers existant dans le domaine public occupé et ce à l'issue de ce contrat d'occupation. Ce principe est basé sur la démolition de ces biens, hormis dans certaines conditions. Art. L2122-9 du CGPPP.

¹¹²¹ V. Deiss, H., « [Loi d'Orientation des Mobilités: l'analyse des articles 35 et 35 bis](#) », *op. cit.*

¹¹²² Décret n° 2020-1559 du 9 décembre 2020 relatif à l'exploitation des terminaux des grands ports maritimes. JORF n°0298 du 10 décembre 2020, *op. cit.*

¹¹²³ Article R 5312-84 du Code des transports : « *le grand port maritime informe le titulaire de l'autorisation de son choix, prévu à l'article L. 2122-9 du code général de la propriété des personnes publiques, de renoncer ou non à la démolition des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée, dans un délai tenant compte de la durée de la convention, de la nature des ouvrages et de la difficulté de leur éventuelle démolition.* ».

l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée »¹¹²⁴. L'article 131 de **LOM** permet de changer cette donne, car l'occupant peut désormais utiliser ses droits réels pour garantir des investissements (réalisation, acquisition, modification ou extension d'autres équipements mobiliers, constructions et installations à caractère immobilier) et ce, y compris si ceux-ci sont situés dans une autre dépendance du même grand port maritime. L'interaction dans le financement peut s'avérer efficace au sein d'un seul **GPM**, par exemple, il est possible pour un opérateur de garantir le financement d'un équipement mobilier dans un terminal en utilisant un droit réel sur un autre équipement qu'il a construit.

553. Malgré la nature « non concessive » des **CT**, une liberté contractuelle laisse des traces attachées à la notion de concession. Ainsi, la **LOM**¹¹²⁵ crée la possibilité de prévoir des redevances dégressives au profit du titulaire de l'autorisation et ce lorsqu'il répond à des objectifs de trafic ou liés à des exigences environnementales. Nous pouvons signaler que cette possibilité marque sa spécificité par la confirmation de la nature domaniale de cette convention en fonction de la même loi. La possibilité de prévoir des objectifs de trafics était, en effet, l'une des caractéristiques de cette convention, depuis sa mise en place par la loi de 2008, néanmoins, c'est cette même possibilité qui a amené le Conseil d'Etat à juger ladite convention comme une concession¹¹²⁶. Ainsi, avec la confirmation législative, tout à la fois, de la nature domaniale de la **CT** et de la possibilité de mettre en place un équilibre financier entre l'autorité portuaire et l'occupant domanial, nous pouvons constater que celle-ci se distingue bel et bien des autres contrats domaniaux. Or, le **CGPPP** énonce 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* »¹¹²⁷. L'apport de l'article 131 de **LOM** est qu'il permet de prendre en compte, non seulement les avantages procurés aux occupants, mais aussi ceux dont bénéficie le **GPM**, car selon celui-ci, « *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

¹¹²⁴ Art. L2122-8 CGPPP.

¹¹²⁵ Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JORF n°0299 du 26 décembre 2019.

¹¹²⁶ CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, req n° 405157 et 405183, *op.cit.*

¹¹²⁷ Art. L.2125-3 CGPPP.

logique rapproche la convention de terminal de la logique de concession qui prévoit des clauses équivalentes¹¹²⁸.

B- L'indépendance consacrée entre la domanialité publique et l'exploitation portuaire

554. Dans le cadre des partenariats publics-privés pour la réalisation des investissements, les contrats conclus concernent également, et pour la majorité des cas, une occupation du domaine public, car les personnes publiques sont propriétaires des domaines dont les opérateurs doivent disposer afin de réaliser leurs projets. La recherche d'un remède aux limites de la domanialité publique a été concrétisée dans le secteur portuaire, et ce notamment par le biais des dispositions de la **CT**, ou, de manière générale, dans le régime de la domanialité publique. En tout cas, nous pouvons noter que l'évolution encourue aurait pour effet de consacrer une indépendance entre l'occupation du domaine public et l'exploitation qui prend celui-ci pour support. Tout d'abord, en ce qui concerne le secteur portuaire, une « tendance »¹¹²⁹ a consisté en l'adoption de choix de contrats les plus attirants pour les opérateurs. Il s'agit d'une remise en cause de certains contrats domaniaux au profit d'autres qui sont attributifs de droits réels sur le domaine public portuaire. Cette perspective a été démontrée dans un litige relatif aux conditions de l'utilisation privative d'un poste d'amarrage dans un port de plaisance¹¹³⁰. Cependant, malgré l'existence des contrats attributifs de droits réels, des contraintes liées à la domanialité publique sont susceptibles de freiner les relations commerciales lors de l'exploitation portuaire¹¹³¹. Il est donc possible de trouver une solution dans la perspective de réduire la dépendance entre ces deux notions. Nous avons constaté qu'une certaine distinction a été opérée entre le service public et le domaine public¹¹³² ; mais comment la **CT**, en tant qu'instrument contractuel portuaire, présenterait-elle une certaine indépendance entre domanialité publique et exploitation commerciale et, à cette fin, engendrerait-elle une clarification des liens entre l'occupant privé et le gestionnaire public propriétaire ?

¹¹²⁸ V. DELAUNEY-RISSETTO Paul, *La question de la requalification des conventions de terminal*. Sous la direction de M. le professeur Cyril BLOCH, Mémoire, Université d'Aix-Marseille. CDMT, 2020.

¹¹²⁹ YOLKA Philippe, « Ports de plaisance : après l'amodiation, "sécuriser" les postes d'amarrage grâce aux droits réels ? », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 40, 5 octobre 2020, p. 24-25.

¹¹³⁰ CAA Marseille, 15 juin 2020, B. c/ Régie des ports raphaëlois, n° 18MA01339.

¹¹³¹ V. REZENTHEL Robert, « Manutention portuaire et interdépendance des contrats », *op. cit.* Sur l'impact qu'auront les contrats domaniaux sur les contrats privés entre l'occupant du domaine public et sa propre clientèle commerciale.

¹¹³² Par une décision du Conseil Constitutionnel : Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *op. cit.*

555. La jurisprudence a contribué à la réalisation de cette clarification, en prenant en compte comme critère le principal objectif du contrat. Ainsi, selon un arrêt du Conseil d'Etat en 2020, les liens occupant-gestionnaire portuaire sont susceptibles d'être nuancés suivant la finalité de l'occupation. La jurisprudence consacre par cet arrêt une indépendance entre les contrats dont le principal objectif n'est pas l'occupation du domaine public portuaire et ceux s'appuyant sur cette occupation, lorsque le Conseil d'Etat précise que « *la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public mais dont le lieu de réalisation se situe sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance n'a pas pour effet de rendre illicite le contenu du contrat et d'entacher ce dernier d'une irrégularité de nature à justifier que soit écartée, dans le cadre d'un litige entre les parties, l'application des stipulations contractuelles qui les lient.* »¹¹³³. Il en résulte que l'indépendance entre la gestion domaniale et la contractualisation est consacrée et confirmée¹¹³⁴.

556. Nous avons vu que le législateur a confirmé la nature domaniale de la CT, cependant, qu'il a procédé, et en même temps, à une réduction des liens entre exploitation et occupation. Cette adaptation a été principalement accordée par la LOM¹¹³⁵. Mais en quoi consiste concrètement cette différenciation avec le régime domanial ? Tout d'abord, les obligations que l'administration portuaire devait mettre en place lors de l'attribution des titres d'occupation sont désormais devenues, et ce par rapport aux concessions des services, moins contraignantes. Deuxièmement, c'est la consécration d'un régime spécifique de la CT par rapport au régime domanial général. La LOM adapte le droit de la propriété des personnes publiques, en permettant ainsi un assouplissement du droit portuaire et ce notamment en ce qui concerne le sort des biens de l'exploitation à la fin de la convention. C'est le I de l'article 131 de LOM qui prévoit, tout en respectant les règles issues du CGPPP¹¹³⁶, que les conventions peuvent prévoir « *qu'à leur échéance et dans des conditions qu'elles définissent, le grand port*

¹¹³³ CE, (Ch. réu.) 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains (SMEG)*, n° 427216. DMF 04/2021.

¹¹³⁴ LOMBARD Frédéric, « Liens entre le droit domanial et le droit contractuel », DMF, n° 834, 1er avril 2021, p. 375-379.

¹¹³⁵ Cette loi a confirmé la convention de terminal en convention domaniale (article 35).

¹¹³⁶ Ledit article précise que cela se fait « *sans préjudice de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 2122-6 du même code (CGPPP)* ». Ce dernier prévoit qu'une « *autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.* ».

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 acquière 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. ». Enfin, l'importance de cet apport législatif fait qu'il s'applique à toutes les CT, peu importe la façon dont la jurisprudence peut qualifier cette convention¹¹³⁷, c'est-à-dire de concession de service ou de convention domaniale¹¹³⁸.

Cette différenciation permet au domaine portuaire, comme le précise H. Deiss, de prendre « très clairement ses distances avec le régime domanial général »¹¹³⁹. Les avantages de cette mesure législative ont également été détaillés par R. Rézenthel¹¹⁴⁰, qui précise ainsi que :¹¹⁴¹ : « 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 équipements, même s'ils ont été établis dans le cadre d'une convention d'occupation temporaire du domaine public ».

557. Il existe une tendance à identifier l'interdépendance entre les clauses contractuelles et la conséquence en cas d'illégalité de certaines d'entre elles. Ainsi, la question s'est posée de savoir si, en cas de litige, les clauses d'indemnité prévues dans un contrat d'occupation auront à s'appliquer. Une clarification à ce sujet a également été apportée par la jurisprudence, qui confirme la primauté du contrat pour la définition des droits à indemnité. Selon le Conseil d'Etat en 2009, la définition des droits à indemnité des contractants, en cas de litige relatif à l'exécution, est en principe déterminée en référence aux dispositions du contrat¹¹⁴². En vertu de cette décision, le juge confirme la primauté du contrat pour régler le différend entre les parties, puisque seules certaines conditions d'illégalité justifient que le contrat soit écarté. Ce n'est donc « que si le contrat comporte une irrégularité tenant au contenu illicite du contrat ou un vice d'une particulière gravité relative notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont

¹¹³⁷ A l'instar de la décision du Conseil d'Etat en 2017 concernant le **GPM** de Bordeaux, *op. cit.*

¹¹³⁸ Paul DELAUNEY-RISSETTO, *La question de la requalification des conventions de terminal*, mémoire, *op. cit.*, Aix-Marseille, 2019/2020.

¹¹³⁹ DEISS Hervé, « Loi d'Orientation des Mobilités : l'analyse des articles 35 et 35 bis », [<https://portsetcorridors.com/2019/loi-dorientation-des-mobilites-lanalyse-des-articles-35-et-35-bis/>].

¹¹⁴⁰ REZENTHEL Robert, « Le maintien par le législateur de la convention de terminal portuaire », *Revue droit de la voirie*, n° 212, février 2020, p. 23.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

donné leur consentement, que le contrat doit être écarté. Le litige, souvent indemnitaire, se résout alors sur un terrain extra-contractuel (en termes de responsabilité quasi-délictuelle et quasi-contractuelle) »¹¹⁴³. Selon F. Lombard, cela « modifie en profondeur le contentieux contractuel »¹¹⁴⁴. Cela implique une distinction en ce qui concerne les contrats domaniaux contenant un autre objet. Si l'occupation domaniale ne constitue pas le cœur du contrat entre les deux contractants, ni le but principal, autrement dit, si elle ne constitue qu'une condition d'exécution, dans ce cas-là, l'occupation sans titre ne peut entacher le contrat d'illicéité.

558. La contractualisation privilégie, tout au moins théoriquement, la position de l'opérateur privé et ce en consacrant, par la loi, le principe de la liberté contractuelle dans l'exploitation portuaire. Néanmoins, si un équilibre économique est possible entre les deux parties de l'exploitation (public-privé) dans le port et en phase d'établissement par la **CT**, un autre équilibre d'intérêts doit être vérifié, celui-ci sera étudié entre l'intérêt général, persistant toujours dans les **GPM**, et dont le gestionnaire portuaire a la charge, et un intérêt privé, purement économique

§2. La contractualisation en garantie de l'intérêt général dans l'exploitation portuaire

559. Si la contractualisation constitue un instrument moderne de tutelle de l'Etat sur ses entreprises publiques, elle est également un instrument de contrôle de ces dernières sur la mise en place des principes qu'elles doivent assumer, ou dont il leur faut contrôler le respect. Il est crucial d'examiner comment ce contrôle pourrait systématiquement faire partie de la contractualisation dans les ports. Cela nécessite un éclairage des perspectives de l'intégration des enjeux de développement durable dans les contrats **(A)**, ainsi que de la normalisation de certains contrats pour assurer un meilleur contrôle en amont **(B)**.

¹¹⁴³ LOMBARD Frédéric, « Liens entre le droit domanial et le droit contractuel », *op. cit.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

A- La protection de l'environnement intégré au mouvement contractuel

560. Le droit environnemental, comme nous l'avons déjà démontré, relève d'un volet assez règlementé, alors que le régime contractuel réside en un « *acte volontariste créant des effets de droit entre les personnes et a priori ne semblant pas avoir sa place dans un droit imposé* »¹¹⁴⁵. La question se pose alors de savoir si le contrat peut constituer un instrument juridique contribuant à la réalisation des objectifs de la protection de l'environnement. Selon O. Cachard, et concernant des chartes-parties maritimes¹¹⁴⁶, « *l'approche impérative et répressive, si elle est nécessaire, ne produit pourtant que des résultats limités en droit de l'environnement. La pratique contractuelle constitue une voie complémentaire d'incitation au respect de la norme environnementale* »¹¹⁴⁷. Mais comment la contractualisation peut-elle constituer un instrument complémentaire, ou « du renforcement d'efficacité »¹¹⁴⁸ du droit de l'environnement ?

561. Les études juridiques montrent, en effet, qu'il existe une prise en compte accrue des données environnementales en droit commun des contrats¹¹⁴⁹. Le contrat constitue « un vecteur de diffusion » de droit de l'environnement¹¹⁵⁰. Par exemple, la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages¹¹⁵¹ a introduit dans le droit la faculté, pour tout propriétaire de bien immobilier, de créer de nouvelles « *obligations réelles environnementales* » : **(ORE)**¹¹⁵². Ce nouvel outil juridique offre un cadre juridique aux

¹¹⁴⁵ HERRNBERGER Olivier et TREBULLE François-GUY, « Atelier Contrat et environnement : un mariage réussi ? 14 avril 2016, Conseil Supérieur du Notariat », ATELIER. Ghttp://lamyline.lamy.fr.

¹¹⁴⁶ « Contrat d'affrètement par lequel le propriétaire d'un navire loue celui-ci à d'autres personnes en vue du transport d'une cargaison. Dans la charte-partie, le propriétaire garde le contrôle de la navigation et de la gestion du navire, mais l'affrèteur est responsable de la cargaison ». Consultable sur : Universalis.fr/encyclopedie/charte-partie-droit-maritime

¹¹⁴⁷ CACHARD Olivier, « Les chartes-parties, vecteurs de la contractualisation du risque environnemental dans le transport maritime », DMF, n° 823, 1^{er} avril 2020, p. 291-301.

¹¹⁴⁸ HERRNBERGER Olivier et TREBULLE François-GUY, « Atelier Contrat et environnement », *op. cit.*

¹¹⁴⁹ Mais également dans certains régimes spéciaux, comme celui du bail rural. Ce bail est assez règlementé, lorsque les parties n'ont pas la possibilité d'y déroger. V. V. MONTEILLET, « Bonne exécution du contrat et exigences environnementales - Exemple du bail rural », in *Rubrique de droit civil contractuel- Bulletin de droit de l'environnement industriel* n° 90, 1/11/2020.

¹¹⁵⁰ MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses 168, 2017, p. 33.

¹¹⁵¹ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

¹¹⁵² Baptisés ORE. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement prévoit que les propriétaires peuvent « conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ».

propriétaires « *souhaitant participer à la protection de l'environnement* »¹¹⁵³. Ce contrat a pour objet¹¹⁵⁴ la persévération en tant que telle¹¹⁵⁵.

562. On retrouve ce droit de l'environnement « contractualisé », surtout actuellement, dans les contrats privés, ce qui peut être dû à un esprit enclin à encadrer la liberté contractuelle pleinement concrétisée dans les relations entre les parties relevant du droit des contrats privés. Mais, dans le secteur portuaire, en ce qui concerne la relation entre l'autorité portuaire et les exploitants privés, ce vecteur environnemental pourrait-il constituer un élément de négociation ? Ou plutôt d'encadrement ? Nous avons constaté que le législateur, lors de la mise en place de la **convention de terminal**, n'a pas choisi d'adopter une convention type, comme celle mise en place pour la convention d'exploitation de terminal, cette convention ne constitue donc en rien un dispositif impératif.

563. Les dispositions de la **CT** peuvent, et notamment suite à une confirmation par la **LOM**, constituer des mesures à l'initiative de la protection de l'environnement. Les faits peuvent être détaillés de la façon suivante : le législateur définit, premièrement, la responsabilité de l'autorité portuaire dans la réalisation des enjeux de développement durable, deuxièmement, il lui offre une grande marge de liberté contractuelle, pour instaurer, troisièmement, un instrument contractuel à sa disposition, dont la **CT**, tout en définissant des lignes directrices afin d'atteindre certains objectifs dans le respect de la protection de l'environnement. Ainsi, l'article 131 de **LOM** précise que « *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.* ».

564. L'incitation que le gestionnaire portuaire est susceptible de mettre en place peut être étudiée dans la trajectoire des « potentialités environnementales du droit des contrats »¹¹⁵⁶. La protection de l'environnement appréhendée dans la sphère contractuelle relève davantage d'un libre jeu des volontés, ce que dégage par exemple A. Cayol concernant les **ORE**, et ce d'autant plus que la détermination du contenu du contrat demeure soumise à la volonté des parties

¹¹⁵³ LE GUYADER Christophe, « L'obligation réelle environnementale », *Bulletin de Droit de l'Environnement Industriel (BDEI)*, n° 75, 1^{er} mai 2018, p. 38-41.

¹¹⁵⁴ Les contrats de l'environnement ont pour objet soit la gestion des risques, soit la préservation de l'environnement en tant que tel.

¹¹⁵⁵ HAUTEREAU-BOUONNET Mathilde, *Le contrat et l'environnement: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit(s) et développement durable, 2015, p. XIV.

¹¹⁵⁶ CAYOL Amandine, « L'obligation réelle environnementale ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *Les petites affiches*, n° 94, 10/05/2018, p 98-104. Base Lextenso.

concernant « *la durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation* ». Il s'agit alors d'une « *mise en valeur d'une logique partenariale dans l'action publique* »¹¹⁵⁷. Si cette liberté contractuelle appliquée dans le cas des **ORE** joue pleinement au profit d'une protection renforcée de l'environnement, il faut cependant noter qu'elle se joue entre deux parties qui ne sont pas concernées par la réalisation des objectifs de l'intérêt général. Or, tel n'est pas le cas concernant les autorités gestionnaires des ports maritimes. La contractualisation des objectifs de protection de l'environnement peut alors être envisagée comme une modernisation du statut de la personne publique dans son partenariat négocié avec le secteur privé, et ce afin de mettre en place les objectifs de la protection de l'environnement.

La liberté contractuelle réalise, par ailleurs, une certaine expansion en faveur de la protection de l'environnement. Le juge peut résilier un contrat lorsque des clauses, liées à celle-ci, ne sont pas respectées lors de son exécution¹¹⁵⁸.

565. La question de la liberté contractuelle peut en dégager une autre liée à la possibilité de définir un champ de l'ordre écologique environnemental. En effet, il est possible de constater que l'intégration de la protection de l'environnement s'imbrique à différentes étapes de la chaîne contractuelle, débutant dès la passation et se poursuivant jusqu'à son exécution. Ainsi, certaines clauses peuvent être impérativement prévues lors de la conclusion des contrats. En ce sens, l'ordre public écologique¹¹⁵⁹ conduit à imposer des obligations environnementales accessoires dans certains contrats, telles que, dans celui des contrats d'habitation, les obligations d'information que les vendeurs et bailleurs doivent supporter concernant les diagnostics techniques¹¹⁶⁰. En d'autres termes, y aurait-il un champ règlementé lié à la protection de l'environnement que les autorités portuaires doivent prendre en compte lors de la conclusion des contrats avec les opérateurs portuaires ? En matière contractuelle¹¹⁶¹, l'ordre public peut être compris comme « *une atteinte nécessaire à la liberté contractuelle fondée sur un intérêt supérieur. Cet intérêt supérieur correspond souvent à l'intérêt général* »¹¹⁶². En pratique, «

¹¹⁵⁷ MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, op. cit., p. 59.

¹¹⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ., 6 février 2020, n° 18-25460, sur la résiliation des baux ruraux et l'agriculture biologique.

¹¹⁵⁹ BOUTELET-BLOCAILLE Marguerite, FRITZ Jean-Claude, et GROUPE INTERDISCIPLINAIRE DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, *L'ordre public écologique = Towards an ecological public order: actes et débats de colloque*, Dijon, les 6 et 7 février 2003, Bruxelles, Bruylant, 2005.

¹¹⁶⁰ Article L134-3-1 (abrogé) du Code de la construction et de l'habitation.

¹¹⁶¹ MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 411, 2004.

¹¹⁶² Lamy, Droit des contrats. « 1138- Première approche de l'ordre public », (Maj novembre 2022).

l'ordre public n'apparaît que par les atteintes qui lui sont portées »¹¹⁶³. Cela peut induire dans la pratique que les contrats signés avec les opérateurs ne peuvent prévoir de clauses contraires aux réglementations environnementales en vigueur. La mise en place de cet ordre peut néanmoins se traduire juridiquement par des mesures différentes¹¹⁶⁴, classiques découlant de la police ou du régime de service public, ou novatrices, comme celles engendrées par l'étude d'impact.

566. Un autre aspect intégrant les volets environnement/contractualisation peut être jugé caractéristique du secteur portuaire, celui-ci relève d'un partenariat avec des acteurs spécialisés dans la prévention des risques environnementaux. C'est un exemple qui concerne une convention signée entre **HAROPA** et le Service Départemental d'Incendie et de Secours de la Seine Maritime - SDIS 76¹¹⁶⁵. En fonction de cette convention, le **GPM** apporte un soutien financier au SDIS 76 en participant aux dépenses d'équipements et de fonctionnement nautiques et terrestres mis en œuvre sur le port, et ce afin de répondre aux nouveaux besoins identifiés, notamment à ceux liés à la lutte contre les sinistres terrestres survenant sur le port. Ce type de contrats peut alors être considéré, en ce qui concerne l'intérêt général¹¹⁶⁶ « environnemental »¹¹⁶⁷, comme faisant partie des catégories des contrats de gestion de risques.

567. En ce qui concerne le domaine maritime, la contractualisation du droit de l'environnement se caractérise surtout par la gestion des risques. Par exemple, les chartes parties présentent un aspect impératif, notamment celles liées à la conformité des navires avec les conditions de navigabilité. La relation entre le navire et l'autorité portuaire prise sous l'angle environnemental se base principalement sur un aspect de partenariat non formel, le gestionnaire du port accompagne l'armateur et l'encourage à anticiper les réglementations en matière de protection de l'environnement, notamment celles liées à une teneur en soufre à 0,5% maximum pour tous les navires¹¹⁶⁸. Il doit équiper l'infrastructure en points de branchements électriques

¹¹⁶³ MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat: étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.* Tome premier, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953, p. 105.

¹¹⁶⁴ MONEDIAIRE Gérard, « « L'ordre public écologique (Towards an Ecological Public Order) », sous la direction de Marguerite Boutelet et Jean-Claude Fritz, 2005 », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 30, n° 4, 2005, p. 505-506.

¹¹⁶⁵ Consultable sur le site de [SDIS 76](#)

¹¹⁶⁶ HAUTEREAU-BOUONNET Mathilde, MARTIN Gilles et MEKKI Mustapha, *Le contrat et l'environnement: étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit[s] de l'environnement », 2014, p. 208.

¹¹⁶⁷ Ce n'est pas l'environnement au sens général qui est visé, mais seulement certaines de ses composantes. *Ibid.*

¹¹⁶⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2020, il existe une nouvelle réglementation de l'organisation maritime internationale OMI. La teneur autorisée en soufre du fuel-oil utilisé à bord des navires devrait être réduite de 3,5 % à 0,5 % à partir de l'entrée en vigueur de cette réglementation.

des navires à quai. Le port Marseille-Fos a par exemple anticipé cette réglementation en étant le premier à installer ces branchements, et ce notamment avec le soutien de l'Etat et des collectivités territoriales¹¹⁶⁹.

568. Au-delà de la considération de l'approche préventive adoptée pour la protection de l'environnement, qui est intégrée dès la phase de passation des contrats, il devient envisageable d'incorporer cet objectif en tant qu'élément d'un intérêt général plus global. En effet, cette intégration permet une surveillance significative en aval par les autorités compétentes. Dans ce contexte, le rôle du juge gagne en importance, particulièrement suite à l'extension, d'origine jurisprudentielle, de sa compétence dans le domaine contractuel. Ainsi, dans le domaine du contrat administratif, les pouvoirs du juge du contrat ont connu une extension générale grâce aux jurisprudences marquantes émanant du Conseil d'État, telle que celles de la Commune de Béziers¹¹⁷⁰ en 2009 et celle de Tarn-et-Garonne¹¹⁷¹ en 2014. En vertu de la première jurisprudence, les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge en recours de plein contentieux afin d'en contester la validité, par la suite, il revient au juge d'arbitrer entre les différentes solutions conciliant plusieurs intérêts¹¹⁷². Quant à la seconde jurisprudence, elle offre la possibilité à des parties extérieures au contrat administratif de contester, également en recours de plein contentieux, la validité d'un contrat. Cette situation pourrait engendrer des conséquences significatives sur le plan environnemental. Si une partie, tier au contrat, démontre un intérêt lié à la protection de l'environnement pour contester le contrat, il devient envisageable de suspendre l'exécution de ce dernier, voire d'annuler le contrat, selon les circonstances. De plus, le juge peut ordonner la mise en conformité du contrat avec les différentes règles concernées¹¹⁷³.

569. De la question de la protection de l'environnement, notamment dans le sens de la prévention des risques, résultent les problèmes de la détermination des enjeux de sécurité dans

¹¹⁶⁹ Consultable sur le site du port de [Marseille Fos. Port responsable](#).

¹¹⁷⁰ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

¹¹⁷¹ CE, ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

¹¹⁷² « ...qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de **stabilité des relations contractuelles**, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ». CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

¹¹⁷³ Ces possibilités découlent des compétences élargies accordées par la jurisprudence administrative. CE, ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

certains terminaux portuaires, et les relations, contractuelles ou non, qui lient les autorités et les agents portuaires aux opérateurs de ces derniers.

B- Le dirigisme contractuel face à une application étendue des règles du droit privé : le cas particulier des terminaux pétroliers

570. Les causes génératrices des accidents dans les terminaux pétroliers sont souvent liées à un manque de sécurité des activités portuaires, notamment en ce qui concerne l'amarrage. Ces manquements résultent normalement de négligences humaines dans la surveillance de l'amarrage. La définition des responsabilités relève tout d'abord d'un élément lié à la nature de l'exploitation des terminaux pétroliers. La sécurité représente un enjeu important dans les infrastructures portuaires de ces derniers, car les accidents qui peuvent y survenir sont susceptibles de constituer une grande menace pour l'environnement et la sécurité des personnes. A la suite d'accidents ayant eu de graves incidences sur la mer, des conventions internationales ont été mises en place et ont ainsi permis la construction d'un régime d'indemnisation par les armateurs. A titre d'exemple, la convention **FIPOL** en 1971¹¹⁷⁴, a institué une indemnisation complémentaire et subsidiaire, constituée de fonds alimentés par le milieu pétrolier. Les conventions internationales qui se sont ensuivies présentent une réponse juridique à des catastrophes écologiques¹¹⁷⁵ causées par la pollution par hydrocarbure. La leçon la plus importante que l'on a pu tirer de ces sinistres est qu'il s'avère important de définir

¹¹⁷⁴ Cette création au niveau international a été la réponse apportée au désastre écologique causé par le sinistre du *Torrey Canyon*, en 1967.

¹¹⁷⁵ Et ce notamment en fonction de ce qui est qualifié d'« apprentissage des marées noires ». V. REMOND-GOUILLOUD Martine, « Pollution accidentelle et responsabilités », *DMF*, n° 717, 1^{er} septembre 2010.

clairement les responsabilités, ce afin d'éviter les conséquences coûteuses et complexes des conflits litigieux au niveau international¹¹⁷⁶.

571. En droit français, il semble que l'encadrement de la relation entre les parties concernées par l'exploitation des terminaux pétroliers dans les ports s'avère nécessaire. Ce constat est d'autant plus important qu'une certaine ambiguïté caractérise l'organisation de la police de l'exploitation portuaire, or, il convient de noter que c'est précisément celle-ci qui détermine l'organisation de l'ordre d'accostage des navires aux terminaux. En fonction de l'ancienne convention de l'exploitation de terminal¹¹⁷⁷, cette responsabilité relève de l'entreprise exploitante en fonction de la convention. Cette ambiguïté résulte, en effet, d'une contradiction dans la division des missions, puisqu'en principe, la police d'exploitation relève de l'autorité portuaire, mais les exploitants de terminaux disposent, en fonction de la convention, d'une priorité d'usage des quais. L'exploitant portuaire de terminal se voit alors attribuer une priorité qui rend nécessaire de définir un encadrement de la relation avec les autres parties, notamment avec l'armateur qui utilise ses quais.

572. Entre le port et le navire, il faut qu'il existe un certain niveau de collaboration afin d'éviter ce genre d'accidents. Selon R. Rézenthel¹¹⁷⁸, en ce qui concerne la sécurité maritime, il « est constaté une étroite collaboration entre les services de l'État et les acteurs de toute la

¹¹⁷⁶ Comme l'*Amoco-Cadiz* en 1978, *Exxon Valdez* en 1989 et *Erika* en 1999. Concernant ce dernier, il s'agissait d'un pétrolier qui a sombré au large de la Bretagne en laissant s'échapper 2000 tonnes de fioul, ce qui a engendré un vaste procès. En ce sens M. REMOND-GOUILLOUD a commenté les effets de ce procès en précisant que « De cette dernière affaire majeure, dont le retentissement en France a alerté à la fois l'opinion et bousculé le droit, trois points méritent attention. On relève d'abord que, pour la première fois dans une affaire de cette importance, la jurisprudence française se prononce en vertu du seul droit français, sans aucune influence américaine ; on se rappelle que le procès de l'*Amoco-Cadiz*, mené aux États-Unis, sous influence, et conformément aux principes et à la culture judiciaire des États-Unis, s'en était trouvé fortement perverti. Un deuxième trait saillant de la procédure diligentée à propos du naufrage de l'*Erika* - nous ne retiendrons ici que les solutions de la Cour d'appel (C.A Paris 30 mars 2010) - réside dans la prise en compte explicite du préjudice écologique lié à la dégradation du milieu marin - en vertu de l'article L. 124-4 du Code de l'environnement. Des demandes de dommages et intérêts présentées à ce titre ont été reconnues à des collectivités territoriales et à des associations de protection de la nature, ce indépendamment de leur préjudice moral. Un troisième aspect de cette décision, affectant plus directement le droit maritime doit être souligné, quant aux responsabilités encourues. Au vu du pouvoir de contrôle effectivement exercé sur la conduite du navire par la S.A TOTAL, la Cour d'appel a retenu sa responsabilité, confirmant ici la décision des premiers juges, en dépit de sa qualité juridique d'affrèteur au voyage, c'est-à-dire en principe de simple utilisateur de volume affrété. Cette décision majeure, pourrait marquer un tournant dans le droit maritime, la vérité des rapports de puissance économique ne s'y laissant plus occulter derrière des constructions juridiques factices ». M. REMOND-GOUILLOUD, « Pollutions accidentelles et responsabilités », *ibid.*

¹¹⁷⁷ Issue de la directive 2000-682 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le code des ports maritimes, *op.cit.*

¹¹⁷⁸ V. la recension faite par R. Rézenthel sur CROS Sophie et LERIQUE Florence, *Les ports de France, quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?*, *op. cit.*, DMF, n°834, 1^{er} avril 2021.

chaîne du transport maritime industriel »¹¹⁷⁹. Mais la problématique prend une dimension différente lors de la définition des responsabilités, notamment après le transfert des terminaux aux opérateurs privés. Il s'agit alors de clarifier les règles applicables en cas de litige. Par exemple, en ce qui concerne la relation entre le pilote du port et le capitaine du navire, la notion de gardien semble déterminante¹¹⁸⁰. Ainsi, en cas d'accident survenu par la faute du pilote, la responsabilité de celui-ci serait engagée en raison des dommages. Il s'agit là des conventions internationales transposées dans le droit interne et abordant la responsabilité pénale des pilotes des ports.

573. L'ambiguïté résulte également du changement des paramètres des relations à la suite de la réforme portuaire de 2008. L. Fédi a évoqué le changement de la situation entre les acteurs en fonction de celle-ci. Avant la réforme, l'armateur était considéré comme un usager du **SPIC**, il devait respecter les consignes de sécurité et de sûreté dont la gestion relevait du service public administratif. Cependant, et depuis le déclin du **SPIC** dans la gestion portuaire, le rôle de l'exploitant de terminal portuaire a été renforcé, ses relations avec l'armateur se cristallisent davantage dans un cadre de droit privé, c'est-à-dire des conventions « synallagmatiques et onéreuses », l'obligation de sécurité pour ces anciens usagers doit donc trouver une autre base juridique. Le problème étudié sous un angle relevant d'un régime contractuel peut alors être défini ainsi : si la prestation des services « libéralisés » par la réforme peut entrer ou non dans le cadre de cet aspect de la liberté contractuelle. La problématique persiste concernant la sûreté/sécurité, il est possible de se demander si l'appréciation de ces deux éléments pourrait être laissée à la libre organisation des acteurs parties de ces conventions, ou si elle devrait plutôt relever d'un ordre plus réglementé. En ce sens, L. Fédi a évoqué la possibilité d'instituer, ce dans la recherche d'une clarification des responsabilités entre les parties, des « contrats types sécurité ». En ce sens, la rédaction d'un contrat type est uniformisée par une « *démarche conjointe de la pratique et du législateur* »¹¹⁸¹. L'enjeu lié à la sécurité permettrait alors d'assurer un certain dirigisme contractuel¹¹⁸². La mise en place d'un contrat type sécurité dans les terminaux pétroliers « *permettrait de donner une force juridique à des prescriptions de*

¹¹⁷⁹ V. LISSILLOUR Raphaël, FULCONIS François et BONET FERNANDEZ Dominique, « "Maritime safety beyond ports: an issue of global governance between land and sea", Chapitre 12, in Sophie CROS et Florence LERIQUE (Coordonné par) », *Les ports en France - Quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?*, 2021, p. Collection Stratégie, Management et Organisation, Editions ESKA, Paris, p. 157-187.

¹¹⁸⁰ LAFFOUCRIERE François, « La responsabilité disciplinaire et pénale du pilote maritime », *DMF*, n° 722, 1^{er} février 2011, p. 103-114.

¹¹⁸¹ CHANTEPIE Gaël, « De la nature contractuelle des contrats-types », *Revue des contrats*, n° 2009/3, 1^{er} juillet 2009, p. 1233-1254.

¹¹⁸² JOSSERAND Lois, « Le contrat dirigé », *Dalloz hebdomadaire*, 1933.

sécurité élémentaires qui sont en vigueur dans la plupart des terminaux pétroliers français mais qui, en l'absence de valeur juridique, ne sont pas toujours respectées. »¹¹⁸³. Ces contrats peuvent contenir des clauses limitatives de la responsabilité de l'opérateur portuaire¹¹⁸⁴, et ce dans le cadre d'opérations qui ne relèvent plus de la mission de service public de ce dernier. Selon L. Fédi, cette démarche permettrait de définir plus clairement le paramètre des services relevant du régime des services publics et de ceux dont tel n'est pas le cas. Par exemple, les opérations de police de mouvement demeurent sous le contrôle de l'autorité portuaire.

574.A l'instar de cette proposition de contrats spécifiques déterminant le cadre des relations entre les nouveaux opérateurs dans leur gestion d'ensemble des terminaux, nous pouvons imaginer l'établissement de conventions types comparables à celles proposées dans l'organisation des relations émergeant lors de l'exploitation portuaire. Cette perspective pourrait assurer une conciliation entre liberté contractuelle et libéralisation d'un côté, et un intérêt général attaché à la gestion des infrastructures portuaires, de l'autre. Cela permettrait également la protection *de jure* des parties subissant davantage les conséquences des rapports de force cristallisés *de facto*, et qui sont liés à des raisons purement économiques.

¹¹⁸³ FEDI Laurent, « Le régime de la responsabilité de l'opérateur de terminal pétrolier avant la mise en œuvre de la réforme portuaire », *op. cit.*

¹¹⁸⁴ Selon L. FEDI, cette typologie de clauses a été formalisée depuis longtemps par les opérateurs privés de terminaux à conteneurs, et ceux de terminaux à vrac liquides dangereux.

Conclusion du chapitre I

575. Les réformes juridiques touchant le statut des ports maritimes orientent la gestion des ports vers un renforcement de l'application du droit commun¹¹⁸⁵. Il s'agit d'un rapprochement du régime portuaire du droit commun, relevant de plus en plus des règles du droit commercial, tout en conservant des caractéristiques distinctes du droit public économique (telles que le service public et la domanialité publique). La contractualisation constitue à la fois un élément de cet alignement du droit portuaire sur les règles du droit privé et une caractéristique de la modernisation de l'action publique dans le domaine économique. De cette manière, elle peut servir d'intermédiaire entre ces deux branches du droit, permettant de moderniser et de compléter le régime lorsque nécessaire. Le choix d'une mise en place de ce libre jeu de volonté est donc déterminé par l'évolution économique des ports, influencée par plusieurs facteurs : - juridique, issu du droit de l'UE, - financier, s'agissant du cas des « *contraintes budgétaires et de raréfaction des deniers publics* »¹¹⁸⁶, - économique, lié aux enjeux commerciaux mondialisés.

576. Nous supposons que le recours au contrat, en remplacement d'un régime impératif et unilatéral, exige de la part de la personne publique contractante une attention particulière à la technique contractuelle et une prise en compte à long terme des conséquences des engagements contractuels avec les acteurs et les opérateurs portuaires. Cela est d'autant plus important pour les **GPM**, agissant à la fois dans l'intérêt économique national et dans l'intérêt général non économique, notamment en ce qui concerne les objectifs de développement durable. Le contrat peut ainsi être utilisé en tant qu'instrument de contrôle, en imposant des clauses spécifiques en conformité avec les lois et règlements, mais également comme un instrument de promotion, grâce à l'intégration de clauses incitatives. Dans l'ensemble, il s'agit d'une perspective juridique intéressante pour les **GPM**.

577. L'établissement des contrats types pourrait également constituer un intermédiaire dans la transition du droit portuaire vers le droit privé, afin de prévenir les déséquilibres résultant des nouvelles règles applicables. Bien que le dirigisme contractuel puisse parfois être

¹¹⁸⁵ V. REZENTHEL Robert, « Le droit portuaire : une évolution du droit public vers le droit privé », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 26, 1^{er} janvier 2008, p. 647-657.

¹¹⁸⁶ PONTIER Jean-Marie, « Contractualisation et libre administration », *op. cit.*

considéré comme un moyen de protection¹¹⁸⁷ des parties vulnérables¹¹⁸⁸ dans un cadre de libre jeu des volontés, l'enjeu, dans le cas des relations entre parties prenantes dans l'exploitation portuaire, demeure lié à un maintien de contrôle jusqu'à l'instauration d'un régime sûr et éprouvé, ainsi que la négociation des meilleures conditions commerciales pour valoriser économiquement les ports maritimes.

¹¹⁸⁷ C'est le cas, par exemple, dans les contrats agricoles. Ainsi, des textes sont prévus en la matière afin de protéger la rémunération des agriculteurs, leur objectif est la mise en œuvre d'une « juste rémunération des agriculteurs » et ce en rééquilibrant les relations commerciales entre les différents maillons de la chaîne alimentaire et agro-alimentaire. Ces lois dites « EGAlim » 1 et 2. (Lois : n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, et n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs.).

¹¹⁸⁸ V. LEUZZI-LOUCHART Coralie, « Contractualisation et l'utilisateur vulnérable », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 243-248.

CHAPITRE II : LE PORT PARTENAIRE : LA PERSPECTIVE D'UNE PRIVATISATION DES GPM

578.A la suite de la transformation du régime des activités et de la gouvernance portuaire, le maintien du statut de l'établissement public lors de la réforme portuaire de 2008 n'empêche pas de constater l'insertion progressive d'instruments inspirés du droit privé dans la gestion portuaire. En effet, à l'instar de la mise en place d'une organisation inspirée de celle de l'entreprise, l'hypothèse d'une privatisation des **GPM** se présente, notamment au regard des éléments ayant émergé ces dernières années. Ceux-ci peuvent être analysés au niveau du régime juridique portuaire, mais également d'un point de vue plus général, lié à la transformation de l'intervention des opérateurs publics dans l'économie.

579.J. Grosdidier De Matons¹¹⁸⁹ a relevé que : « *La privatisation des ports n'est ... pas une nouveauté révolutionnaire de la fin du XXème siècle, c'est un vieux concept qu'on a ressuscité* »¹¹⁹⁰. Or, cette privatisation, qui a une valeur de règle de droit, a subi certaines oscillations, surtout à partir de 1986¹¹⁹¹. Néanmoins, cela n'a pas empêché la constitution d'« interpénétrations pragmatiques »¹¹⁹² des capitaux « au coup par coup » entre groupes publics et groupes privés. Il est donc pertinent d'étudier l'évolution juridique de la privatisation des entreprises publiques, tant dans le cadre du droit français que du droit européen. Cette analyse permettrait de délimiter le champ de la privatisation dans le secteur portuaire et d'évaluer les applications de ce principe, afin de comprendre comment divers facteurs liés à la gestion portuaire interagissent pour susciter une transformation de cette dernière. En France, par exemple, la gestion portuaire est généralement régie par la domanialité publique, avec les établissements publics comme dernier rempart du droit public dans les ports maritimes. Cependant, plusieurs aspects de la gestion et de l'exploitation portuaires ont été révisés dans le cadre du droit privé. Ce changement de paramètre de l'exploitation portuaire, ainsi que

¹¹⁸⁹ Gestion actuelle des ports : concepts et méthodes nouvelles « L'administration publique des ports et l'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire » par J. Grosdidier de Matons - Séminaire organisé par l'I.P.E.R. (Le Havre) du 9 au 19 mai 1995 - tome 1 - p. 28.

¹¹⁹⁰ L'exploitation privée des ports constituait le régime largement adopté au Royaume-Uni avant la Révolution de 1688.

¹¹⁹¹ Après sa réélection à la présidence de la République, M. François Mitterrand a fait suspendre le reste du programme de privatisation lancé en 1986. La moitié de ce programme a été réalisée avant mai 1988. La politique de F. Mitterrand a fait prévaloir ce qui est appelé le dogme du « ni -ni » *. V.A. BIZAGUET, Le secteur public et les privatisations, Que sais-je ? 2414, 1992, p. 5.

* « Ni nationalisation, ni privatisation ».

¹¹⁹² *Ibid.*

l'accentuation du rôle financier des ports, p soulèvent la question de l'opportunité d'une transformation plus significative **GPM (Sections 1)**.

580.Néanmoins, certaines limites se dressent face à la perspective d'une privatisation complète de la gestion portuaire. Ces limites trouvent leurs origines dans plusieurs éléments. D'une part, certaines sont liées à un cadre d'intérêt général qui s'oppose à une gestion orientée exclusivement vers le profit, tandis que d'autres sont liées à la remise en question de la surévaluation de l'efficacité économique et financière de la démarche de privatisation. Parallèlement, des évolutions dans la gestion des ports décentralisés émergent au milieu de ces questions liées à la réforme des **GPM (section 2)**.

Section 1. La gestion portuaire par une entité « publique » sous l'angle élargi de l'application du droit privé

581. La clarification entre le secteur public et privé dans le domaine portuaire revêt une importance cruciale, surtout pour les terminaux à conteneurs qui représentent un enjeu économique majeur ¹¹⁹³. Cette question nécessite une clarification du mode de gestion et de financement des investissements portuaires, particulièrement dans un contexte où le droit européen influence de plus en plus les pratiques **(§1)**. Néanmoins, une transformation dans la gestion publique des **GPM** a bel et bien été précédée par des interactions profondes de techniques émanant du droit privé dans la gestion portuaire. Cela s'inscrit dans un contexte plus large de mutation de l'intervention économique publique en général **(§2)**.

§1. La libéralisation européenne des « services » : vers un changement du régime de propriété

582. Certes, le processus de privatisation implique un changement dans le statut des entreprises publiques, en ce sens qu'il modifie la composition de l'autorité gestionnaire **(B)**. Cependant, il est également observé que cette procédure est souvent précédée d'une modification du périmètre de l'exploitation des services dont ces autorités avaient la charge **(A)**.

A- La distinction entre services et autorités : un trait commun du régime de la gestion des ports européens

583. Les ports en Europe se caractérisent par une certaine variété en ce qui concerne le régime de gestion des services portuaires, qui se présente principalement sous trois formes : monopole de fait, monopole de droit et services libéralisés ¹¹⁹⁴. Cette figuration des régimes des services est déterminée par rapport à plusieurs éléments, dont certains sont intrinsèques, comme c'est le cas concernant le service de pilotage. Ce dernier présente des enjeux incontournables

¹¹⁹³ Yann BESSOULE « Public-privé : une clarification s'impose », *Journal Le Marin*, n° 3132, 20 juillet, 2007, p. 31, 32, 33.

¹¹⁹⁴ V. tableau sur le statut des services portuaires en Europe, en 2001. (Cité dans Rapport d'information N°3507 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, sur la *proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires*, (COM [2001] 35 final/E 1702), Assemblée nationale, décembre 2001, par M. PAUL Daniel).

pour la sécurité portuaire et maritime, il est de ce fait soumis à un régime de police assez strict dans tous les pays européens et son exploitation est réalisée, soit selon un régime de monopole de fait, soit par un opérateur défini par la loi (l'autorité portuaire en France). Les autres éléments sont plutôt extrinsèques, c'est-à-dire que, d'une certaine manière, ils semblent ne pas être dotés de caractéristiques intrinsèques pouvant les dispenser de l'obligation d'adapter les services en question aux éléments extérieurs. Ces derniers consistent essentiellement en la pression du droit européen pour une ouverture à la concurrence des services commerciaux.

584. En ce qui concerne la gestion des ports en Europe, elle se définit selon une perspective différente, car le droit européen est neutre par rapport au choix de propriété des infrastructures dans les Etats membres¹¹⁹⁵, ainsi qu'aux façons dont ces propriétaires disposent de ce droit pour les gérer. En France, par exemple, les propriétaires des ports sont des personnes publiques, lorsque l'Etat a transformé les établissements publics et les collectivités territoriales en fonction des critères liés à la nature des services portuaires, et en application des textes législatifs spécifiques en la matière. Cela a été adopté en fonction des perspectives de gestion décentralisée, de manière fonctionnelle¹¹⁹⁶, ou territoriale¹¹⁹⁷. En Espagne et en Italie, c'est aussi la loi qui définit le régime de l'administration des ports¹¹⁹⁸, ce qui implique la mise en place d'un régime uniforme. Ce dernier, comme celui appliqué en France, confie la gestion des

¹¹⁹⁵ L'article 345 du TFUE.

¹¹⁹⁶ Avec la loi de 65-491 du 29 juin 1965 créant les ports autonomes pour administrer les ports de commerces. Cependant, cette décentralisation fonctionnelle se caractérisant par la création des établissements publics, revêt un certain caractère local, lorsque les prémices des ports autonomes de 1965 sont apparues avec la loi du 12 juin 1920 concernant l'autonomie des ports de commerce, lorsque l'article 1^{er} de cette dernière prévoit la possibilité de confier l'administration des ports de commerces à un « organisme local ».

¹¹⁹⁷ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales et loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat (dite loi Defferre). Ces deux lois ont pour conséquence le transfert de l'administration de certains ports aux collectivités locales.

¹¹⁹⁸ Rapport. Sénat. « Le régime d'administration des ports maritimes », janvier 1998, service d'affaires européennes.

ports d'intérêt général à des personnes publiques¹¹⁹⁹. Cela est établi dans un cadre d'autogestion et d'autonomie et par le biais des entreprises publiques de l'Etat¹²⁰⁰.

585.En ce qui concerne les ports en Allemagne¹²⁰¹, Belgique et aux Pays-Bas, l'organisation portuaire se caractérise par l'importance des niveaux municipaux, car ce sont les collectivités territoriales qui gèrent librement leurs ports, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de régime uniforme.

586.En Europe, la gestion portuaire privative est limitée, et ce dans une dimension claire et correspondant aux éléments caractéristiques de la privatisation¹²⁰², aux ports de Grande-Bretagne. C'est la loi qui prévoit cette privatisation de certains ports anglais, et ce en mettant en place la politique libérale des années 80 et 90. Selon le rapport du Sénat réalisé en 1998, cette importante vague de privatisations a été réalisée en application du *Ports Act* de 1991, et ce concernant six des principaux ports gérés par des *trusts*¹²⁰³, ce qui a été précisé ainsi : « *Le gouvernement conservateur a favorisé la concurrence des ports entre eux, estimant qu'ils devaient fonctionner comme des entreprises commerciales, indépendamment de leur régime d'administration, et qu'ils ne devaient recevoir aucune aide de l'Etat.* ».

587.La libéralisation introduite par le droit européen n'avait donc pas d'effet direct sur la forme des entreprises propriétaires. Cependant, nous pouvons noter, en ce qui concerne les ports italiens, que ceux-ci ont témoigné d'une application renforcée du principe de libéralisation des services portuaires, ce constat est d'autant plus remarquable que ceux-ci ont suivi, en principe, le même concept que celui appliqué en France et en Espagne, concernant la gestion

¹¹⁹⁹ Cela se justifie par l'appartenance de leurs ordres juridiques à la famille romaine. Il en résulte, comme le précise G. Gueguen-Hallouët, « *une certaine conception de l'intérêt général, l'exorbitance des prérogatives de puissance publique, la référence forte au service public et le recours à la concession.* ». GUEGUEN-HALLOUET, Gaëlle. « Libéralisation et nouvelle gouvernance : les défis des ports maritimes français, italiens et espagnols », in : *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : Regards sur les pays d'Europe du Sud* [en ligne]. Paris : CNRS Éditions, 2014.

¹²⁰⁰ La loi d'autonomie des ports espagnols de commerce est celle 27/1992 du 24 novembre 1992 relative aux Ports et à la Marine Marchande, qui introduit le principe d'autonomie financière et économique des cinquante ports d'intérêt général. Ils sont gérés par vingt-sept autorités portuaires sous le contrôle de l'établissement national *Puertos del Estado*. D'autres lois sont intervenues ultérieurement pour apporter des modifications : 33/2010 du 5 août 2010 portant modification de la Loi 48/2003 du 26 novembre 2003. V. Fernando GONZALEZ LAXE « Le modèle portuaire espagnol : le rôle de *Puertos del Estado* », in : *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : Regards sur les pays d'Europe du Sud* [en ligne]. Paris : CNRS Éditions, 2014. *ibid.*

¹²⁰¹ Les ports de l'ex-RDA ont été transférés à des sociétés de droit privé détenues par le Land de Mecklembourg-Poméranie occidentale et par les communes concernées. V. Rapport Sénat sur le régime d'administration des ports maritimes, 1998, *op. cit.* Il s'agit ici d'une privatisation justifiée par des raisons non économiques. V. R. REZENTHEL, « Les régimes portuaires dans le monde », *op.cit.*

¹²⁰² C'est-à-dire une gestion incluant la propriété des ports par une personne de droit privé.

¹²⁰³ Les *trusts* sont des entités commerciales indépendantes, dont les obligations statutaires ont été fixées par un texte législatif.

publique des ports en fonction d'une loi. Cependant, il semble qu'une certaine séparation ait été introduite de bonne heure entre exploitation des services portuaires et gestion, car le texte¹²⁰⁴ qui établit le système portuaire opère une « *nette séparation* » entre les fonctions de régulation et celles d'exploitation. De surcroît, la loi de 1994 interdit aux autorités portuaires publiques de gérer elles-mêmes, même par l'intermédiaire d'une société de droit privé, les opérations portuaires¹²⁰⁵. Si cette donnée a été introduite dans le cadre d'une organisation de la libéralisation des ports italiens, nous pouvons constater que celle-ci doit constituer actuellement un élément essentiel dans la gestion des ports en Europe, et ce indépendamment du régime adopté dans l'Etat membre. La libéralisation des services portuaires portant la qualification d'une activité économique doit être effective et ne peut être réalisée que dans un cadre de transparence. Il semble que cette distinction prenne une ampleur plus importante dans un régime public de gestion, qui implique en effet des prérogatives de puissance publique exorbitantes, susceptibles d'introduire des situations non conformes aux dispositions du droit européen de la concurrence et des règles régissant le marché commun. Cette non-conformité peut apparaître dans la gestion du domaine public nécessaire pour des activités commerciales¹²⁰⁶, dans les caractéristiques de l'entreprise publique¹²⁰⁷ ou dans la police des activités portuaires¹²⁰⁸. La notion d'intérêt général permettrait ainsi de garder des monopoles afin de conserver le contrôle étatique sur les **GPM**.

588. Ainsi, la libéralisation qui a marqué le secteur portuaire au début des années 90 n'était qu'une traduction juridique de la vision économique du marché commun, en donnant lieu à des textes divers, sectoriels ou non¹²⁰⁹. En France par exemple, cette séparation n'a pas été introduite législativement avant la réforme portuaire de 2008, qui a donné lieu à une privatisation partielle dans le secteur portuaire. Ce texte précise que l'autorité portuaire (**EPA**) ne doit pas exploiter les outillages nécessaires pour l'activité de la manutention, et qu'il faut qu'elle les cède aux opérateurs portuaires. Une libéralisation des **GPM** a été établie, lorsqu'il y

¹²⁰⁴ La loi n° 84/94 du 28 janvier 1994. Cette loi a été modifiée, en 2015, par une proposition de loi émanant du gouvernement. V. Ariel F. DUMONT, « La réforme portuaire enfin présentée en Italie », *JMM* n° 5008, 04/11/2015.

¹²⁰⁵ Rapport. Sénat. « Le régime d'administration des ports maritimes », janvier 1998, service d'affaires européennes, *op. cit.*

¹²⁰⁶ REZENTHEL Robert, « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », *DMF*, n° 675, 1^{er} novembre 2006.

¹²⁰⁷ COSSALTER Philippe, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 38, 14 septembre 2009, p. 39-44.

¹²⁰⁸ CORRUBLE Philippe, « Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires », *DMF*, n° 623, 1^{er} février 2002, p. 160-185.

¹²⁰⁹ Comme la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

a eu une « distinction entre services industriels et commerciaux offerts aux transporteurs et organismes de contrôle »¹²¹⁰.

589. Il faut noter que la libéralisation d'une activité n'est pas considérée comme une évolution du marché. La conséquence de cette donnée fait, dans le sens du régime juridique des aides d'Etat, que « les mesures qui deviennent une aide suite à la libéralisation d'une activité par le droit communautaire ne sont pas considérées comme une aide existante après la date fixée pour la libéralisation »¹²¹¹.

590. La libéralisation a ainsi été assurée par le texte, tout en insistant sur le statut public des autorités portuaires des **GPM**. Cependant, à la suite de l'analyse de l'influence du droit européen sur la libéralisation des activités commerciales dans les pays membres, nous pouvons constater que celle-ci pourrait engendrer une refonte des statuts de certaines entités gestionnaires, il convient donc de comprendre les circonstances de cette modification radicale.

B- La libéralisation des services industriels et commerciaux vectrice de l'évolution du régime des entreprises publiques françaises : une certaine variété des traits du droit commun

591. Etant donné que, malgré la neutralité du droit européen concernant le mode de gestion dans les Etats membres, les modifications qu'a subies ce type de gestion montrent l'existence d'une certaine influence du droit européen sur celui-ci, la question qui peut se poser est celle de savoir si la libéralisation des services peut conduire à une privatisation, ou à une transformation des techniques adoptées pour la gestion, le financement et le contrôle.

592. En analysant la position de la Commission, l'on constate que celle-ci semble avoir un certain impact, ne serait-ce qu'indirect, pour influencer le choix des pays membres lors de la détermination du régime de propriété des entreprises gestionnaires des activités industrielles et commerciales. Cette action aurait pour effet, ou même pour objectif, la privatisation des entreprises publiques. Cette incitation se manifeste de plusieurs manières, mais qui revêtent souvent le caractère d'un conditionnement de l'accord de la part de la Commission à des

¹²¹⁰ PAUL Daniel, *Rapport d'information N°3507 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, sur la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires* (COM [2001] 35 final/E 1702), Assemblée nationale, décembre 2001, 2001.

¹²¹¹ Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (lié au régime des aides d'Etat).

opérations avec des démarches auxquelles devront procéder les pays en question au terme de la privatisation¹²¹² de leurs entités gestionnaires des infrastructures de transports¹²¹³. L'engagement de l'Etat de privatiser ses entreprises publiques serait donc « positivement apprécié » de la part de la Commission¹²¹⁴. Il convient ainsi d'indiquer différents exemples d'une libéralisation des services conduisant à un changement du statut de l'autorité gestionnaire, et ce sans qu'il s'avère nécessaire d'opérer ce constat dans d'autres pays membres que la France.

593. La plupart des entreprises publiques en France se sont attribuées ce statut à la suite d'un texte législatif portant leur nationalisation. Cela a été le cas lorsqu'elles relèvent des services publics nationaux en fonction de l'article 9 du Préambule de la Constitution de 1937. Ce dernier énonce que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Dans certains cas, la nationalisation peut résulter d'un acte du pouvoir exécutif, mais sur la base d'une loi qui pose le principe de la nationalisation d'un secteur déterminé¹²¹⁵. Cependant, le statut de différentes entreprises publiques s'est vu révisé sous l'angle du droit de la concurrence, ce qui a conduit à un rapprochement de leur régime de celui des *sociétés commerciales*, et ce à partir du moment où la concurrence est traitée sur une base d'égalité entre les acteurs agissant sur le marché commun de l'Union.

594. Deux vagues de privatisation ont été effectuées par le biais des listes des lois définissant des entreprises visées, à savoir la loi n°86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social et la loi de privatisation n° 93-923 du 19 juillet 1993. Les modalités de cette privatisation sont répertoriées dans un texte

¹²¹² Lors des études liées à des opérations de restructuration des entreprises en difficulté, ou à des demandes d'intégration à l'Union européenne.

¹²¹³ La CJUE a considéré qu'un port « comprend des infrastructures, même de faible importance, dont la fonction est de permettre l'embarquement et le débarquement des marchandises ou des personnes utilisant le transport maritime » (CJCE, 9 mars 2006, aff. C-323/03, Comm. c/ Espagne : Rec. CJCE 2006, p. I-2162, pt 33. Cité dans : REZENDEL, R « Fasc. 1194- Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux. », *op.cit.*

¹²¹⁴ Celle-ci prend ainsi soin de préciser « *qu'elle ne peut imposer elle-même une condition de privatisation à une entreprise qui reçoit une aide à des fins de restructuration* ». Elle indique également que « *l'engagement d'un État membre de privatiser le bénéficiaire de l'aide peut cependant être un élément décisif lors de l'évaluation par la Commission de la future viabilité de la société sans autre aide. Lorsqu'elle a statué sur la compatibilité de l'aide à la restructuration en faveur de la société italienne de fabrication d'engrais Enichem Agricoltura S.p.A., la Commission a tenu compte de l'engagement pris par le gouvernement italien de privatiser l'entreprise.* ». 25^e Rapport sur la politique de concurrence, 1995, n° 214.

¹²¹⁵ Par exemple, la loi du 11 août 1936 donne au gouvernement les pleins pouvoirs pour procéder à la nationalisation des entreprises de fabrication de matériel de guerre. (Loi du 11 août 1936 sur la nationalisation de la fabrication des matériels de guerre : JORF du 12 août 1936).

législatif prévu à cette fin¹²¹⁶. La notion de privatisation s'appuie, comme le précise S. Nicinski, sur le critère de l'entreprise publique, à savoir « *la détention directe ou indirecte de plus de 50% du capital par des personnes publiques ou des personnes morales de droit privé appartenant au secteur public* »¹²¹⁷. Les formes de la privatisation définies par la loi s'attachent ainsi étroitement à un transfert au secteur privé de plus de 50% du capital. Elles peuvent revêtir la forme d'une « *cession de titres, échange contre des actions de titres participatifs, certificats d'investissement ou certificats pétroliers, renonciation au droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital ou vente d'un tel droit, augmentation de capital contre apport de titres ou d'actifs, fusion ou scission, émission de tous titres ou valeurs mobilières assortis ou non d'éléments donnant un droit sur le capital, dissolution ou liquidation d'entreprise ou par transferts de portefeuille tels que prévus aux articles L. 324-1 et suivants du code des assurances.* »¹²¹⁸.

595.Or, la privatisation des entreprises publiques varie, et ce sous deux angles principaux : privatisation du capital et privatisation de la forme juridique. La première catégorie concerne le transfert de propriété visé par les lois de privatisation, alors que la seconde se limite à un changement du statut de l'opérateur public qui prend une forme juridique de droit privé. La question peut se poser de savoir si cette dernière ne constitue qu'une phase transitoire en vue de procéder à une privatisation portant transfert de propriété de l'entreprise publique au secteur privé. Il semble que cela varie en fonction du secteur et des conditions de son exploitation.

596.En ce qui concerne le marché de l'énergie (de l'électricité et du gaz), l'ouverture à la concurrence de ce marché a été établie depuis 1996 par des directives européennes¹²¹⁹ et cette

¹²¹⁶ Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

¹²¹⁷ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 6e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, une marque de Lextenso, coll. « Précis Domat Droit public », 2018, p. 342.

¹²¹⁸ Article 1^{er} de la loi 86-912 relative aux modalités des privatisations (modifié à plusieurs reprises et abrogé par l'article 41 de l'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relatif à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. L'article 22 de cette dernière assimile aux cessions de participation toute opération de transfert de propriété de tout ou partie du capital ou toute opération d'augmentation de capital d'une société produisant le même effet.

¹²¹⁹ Directives 96/92/CE de 1996 (Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité) et Directive 98/30/CE (Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel), complétées par les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE (2003/55/CE du PE et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE).

libéralisation est organisée par une loi depuis 2003¹²²⁰. Cette première étape législative de libéralisation a donné lieu à une privatisation de la forme, lorsque **GDF** et **EDF** ont été transformés en sociétés anonymes, majoritairement détenues par l'Etat¹²²¹. Ces dispositions ont ainsi introduit une séparation dans la gestion de ces deux services historiquement gérés par le même établissement public industriel et commercial¹²²². Néanmoins, cette donne ne résisterait pas aux conditions économiques de l'exploitation dans ce secteur libéralisé, lorsque les nécessités de confronter les rapports de forces créés par cette ouverture à la concurrence incitent à un renforcement de cette privatisation, la détention majoritaire de l'Etat dans **GDF** assurant le contrôle sur ce service ne constituant qu'une seconde priorité après la relance de ce secteur fortement concurrencé. Ainsi, en 2008, une fusion entre **GDF** et le Groupe Suez a été opérée, en réduisant davantage la participation publique dans le capital du nouveau groupe industriel **ENGIE**¹²²³. Il s'agit d'une privatisation de fait qui a été votée en 2006. Cependant, le renforcement de cette privatisation est allé plus loin, lorsqu'en 2020, un nouveau texte a prévu la possibilité de céder les dernières participations publiques de l'Etat dans ce groupe¹²²⁴.

597. La privatisation peut constituer une conséquence de l'ouverture à la concurrence, ce qui est notamment dû à plusieurs éléments. Certains secteurs nécessitent des financements importants et, lorsque l'entité gestionnaire relève du statut d'établissement public¹²²⁵, cela pourrait entraîner, en cas de financement apporté par l'Etat, une qualification en aides d'Etat incompatibles avec le droit européen. Par exemple, en 1996, et à l'occasion de la rétrocession à l'entreprise du réseau de transport de l'électricité, alors propriété de l'Etat, **EDF** s'est vue infliger une amende de 1,2 milliard d'euros lorsque le traitement fiscal, appliqué par l'Etat français, a été considéré comme constituant une aide de l'Etat incompatible avec le droit de la concurrence. Cette condition constitue une pression de **nature financière** sur les entités publiques gestionnaires des secteurs concurrentiels en Europe, et encourage une transformation de la

¹²²⁰ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, modifiée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

¹²²¹ Décret n°2004-1223 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France et Décret n°2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France.

¹²²² Depuis la loi 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

¹²²³ La fusion a été prévue pour « contrer une menace d'OPA hostile de l'Italien Enel sur le groupe privé Suez », V. Pascal PRIESTLEY, « Privatisations : malgré les promesses la France abandonne son gaz », 15 juin 2018. [Tv5 Monde. Info.](#)

¹²²⁴ Articles 140 à 146 de la loi n° 2019-648 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE.

¹²²⁵ GUERLET Grégory, *La gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux*, thèse en droit, op.cit, 2013.

forme d'exploitation afin de profiter des financements établis en conformité avec le droit européen.

598. Dans le secteur ferroviaire, la réponse à cette exigence a été organisée, dans un premier temps, autour d'une séparation institutionnelle entre l'opérateur et le gestionnaire de l'infrastructure, et ce en créant deux établissements publics de caractère industriel et commercial : **SNCF** et **RFF**, en 1997¹²²⁶. Ensuite, pour des raisons financières, la privatisation a relevé d'une augmentation de la participation du secteur privé dans les investissements ferroviaires, même si elle pouvait être réalisée par le biais de nouvelles formes d'investissements, en recourant aux contrats de partenariat. Ainsi, en 2005, l'opérateur **SNCF** engagea des **PPP** pour financer la construction de lignes à grande vitesse. À partir de 2014, la cession opérée à la fin du XXe siècle a revêtu une autre dimension grâce à la mise en place d'un système de spécialisation¹²²⁷, et ce afin de permettre aux entreprises publiques de réinvestir le domaine économique. 2018 a marqué l'avènement d'une nouvelle étape concernant la gestion des infrastructures ferroviaires, il s'agit d'un recours à la sociétisation du groupe¹²²⁸, en conservant l'organisation générale mais en privatisant le régime juridique¹²²⁹. Le maintien de la majorité de la participation publique dans le capital de cette société a cependant été prévu.

599. La sociétisation a donné lieu à une privatisation au plein sens de ce terme (forme juridique, propriété et contrôle). Un cas confirmé de privatisation concerne par exemple le secteur des télécommunications. Depuis 2004, France télécom est passé du statut de service public¹²³⁰ à celui de multinationale privée¹²³¹, alors que la Poste est pour sa part demeurée une société à capitaux détenus à 100% par le secteur public¹²³². La sociétisation de l'**ADP**, en 2005, a aussi abouti à la mise en place d'une loi¹²³³ permettant sa privatisation « effective » en procédant à la cession des participations étatiques au secteur privé.

¹²²⁶ Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire : JORF 15 févr. 1997, p. 2592.

¹²²⁷ Les entreprises ont été regroupées dans un groupe public unique, constitué autour de trois EPIC : un EPIC de tête et deux EPIC spécialisés, SNCF Mobilités et SNCF Réseaux (L. n° 2014-872, 4 août, *op. cit.*)

¹²²⁸ Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire : JO 28 juin 2018, texte n° 1.

¹²²⁹ V. Dossier « Le nouveau pacte ferroviaire », *RFDA*, 2018, p. 857, n° 5.

¹²³⁰ La Poste et France télécom étaient désignés par loi 90-568 comme des exploitants publics. (Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications).

¹²³¹ PELLETIER Willy, « 19. Les privatisations de France Telecom », in : Willy Pelletier éd., *L'État démantelé. Enquête sur une révolution silencieuse*. Paris, La Découverte, « Cahiers libres », 2010, p. 249-259.

¹²³² « Le groupe de la Poste est détenu par deux actionnaires : la Caisse des Dépôts à hauteur de 66%, et l'État à hauteur de 34% ». Site de [la Poste Groupe](https://www.laposte.fr)

¹²³³ Loi 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *op.cit.*

600. Quelle que soit l'étendue de la privatisation, nous tenons à identifier les facteurs qui peuvent, dans le secteur portuaire, favoriser l'orientation vers une privatisation.

§2. Les ports maritimes et l'immixtion du droit privé : d'un simple outil de gestion vers une trajectoire privatisée des autorités portuaires ?

601. Si le droit portuaire représente un espace où se rencontrent le droit public et le droit privé dans de nombreux domaines, celui relatif au financement des investissements et des infrastructures revêt une importance capitale dans l'élaboration d'une politique portuaire favorisant la conciliation des intérêts. En effet, des techniques de gestion inspirées du secteur privé sont de plus en plus intégrées dans la gestion des ports maritimes **(A)**, ce qui soulève la question de l'opportunité de leur privatisation **(B)**.

A- L'intégration progressive de nouveaux moyens inspirés du droit privé dans la gestion portuaire

602. L'imprégnation du droit portuaire en France par le droit privé s'est illustrée de plusieurs manières, certaines d'entre elles remontant au début du XX^e siècle. Le droit portuaire relève essentiellement du droit public, mais peut « se heurter parfois » au droit privé¹²³⁴. Cette première rencontre entre le droit portuaire et celui privé peut être repérée à l'occasion du développement des services industriels et commerciaux, ce qui a même introduit la qualification de l'établissement public portuaire (anciens ports autonomes) comme des établissements publics exerçant tout à la fois des missions de services publics administratifs et de services publics industriels et commerciaux, ou d'établissements publics à double visage. La deuxième caractéristique de cette interaction tient à un élément juridique externe lié à l'obligation de l'application du droit de la concurrence dans l'exploitation des services portuaires relevant d'un aspect concurrentiel, et ce notamment en fonction de l'interprétation de la Cour de justice concernant l'activité de la manutention portuaire. La prise en compte des règles du droit privé est même exigée dans l'exercice des missions administratives de l'autorité portuaire¹²³⁵.

¹²³⁴ REZENTHEL Robert, « Le droit portuaire : une évolution du droit public vers le droit privé », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 26, 1^{er} janvier 2008, p. 647-657.

¹²³⁵ Et ce notamment concernant la gestion du domaine public. CE, sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260, *op. cit*

L'ouverture à la concurrence signifierait une réduction du service public et des monopoles publics. En troisième lieu, il s'agit d'un élément lié à l'association renforcée des acteurs privés dans l'exploitation portuaire, en fonction des contrats relevant du droit public (concessions, **DSP** et conventions de terminal), mais également dans la gouvernance des **GPM**. En quatrième lieu, et dans la ligne de la contractualisation des interventions économiques publiques, il est possible de constater la présence d'un élément lié aux modes de financement utilisés par l'autorité portuaire afin d'associer les opérateurs privés dans la démarche de production portuaire. Ainsi, il s'agit d'une mise en place de la liberté de gestion qui tend à intégrer les modes de gestion inspirés du droit privé. R. Rézenthel précise que « *sans attendre l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat, les gestionnaires des ports maritimes autonomes essentiellement exposés à la concurrence ont imaginé des solutions pour encourager les opérateurs privés à investir sur leur domaine. Ils ont utilisé au mieux la relative souplesse que leur permettait la jurisprudence administrative pour la gestion du domaine portuaire, et ont intégré les opérateurs par le biais de l'actionnariat ou de prise de participation dans des groupements d'intérêt économique.* »¹²³⁶.

Il s'agit donc de renouveler le partenariat entre le gestionnaire public et les opérateurs privés et ce notamment en adoptant des moyens inspirés du droit privé et en introduisant ce qui est connu comme « l'Etat actionnaire »¹²³⁷ Or, la question se pose de savoir comment le régime juridique portuaire en général, et celui des **GPM** en particulier, a pu être adapté aux mutations juridiques en matière d'action économique du secteur public, mais aussi aux pratiques constatées dans la gestion portuaire.

603. En premier lieu, il convient d'étudier le phénomène de la filialisation¹²³⁸ des établissements publics portuaires. De manière générale, la filialisation des établissements publics, notamment de ceux relevant du régime juridique des **EPIC**, remonte aux années soixante¹²³⁹. Il a cependant été démontré le besoin important d'étude juridique à la suite de

¹²³⁶ REZENTHEL Robert, « Le partenariat public-privé dans les ports maritimes », *op. cit.*

¹²³⁷ Comme le soulignait en 1967 le rapport Nora* sur les entreprises publiques : « *L'Etat doit se mettre en mesure de gérer ce secteur (public concurrentiel) en propriétaire exigeant. S'il doit lui apporter les fonds nouveaux qui répondent à sa croissance, il doit aussi obtenir de ses capitaux et de ses prêts la rentabilité normale du marché* ». *Rapport sur les entreprises publiques, par Simon Nora, avril 1967, Groupe de travail du Comité interministériel des entreprises publiques, la Documentation française, 1968.

¹²³⁸ Le chapitre III du Code de commerce (articles L. 233-1 à L. 233-40) est consacré aux filiales, aux participations et aux sociétés contrôlées et donne une approche du groupe de société. Ainsi, l'article 233-1 dudit code précise que « *Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée..., comme filiale de la première.* ».

¹²³⁹ V. GRESH Hani, « Les entreprises publiques et la création de filiales », *Economie et Statistique*, vol. 65, n° 1, 1975, p. 29-43.

l'extension du principe de filialisation en fonction de la loi de nationalisation de 1982¹²⁴⁰. La filialisation des entreprises publiques, caractérisant la détermination des « groupes publics »¹²⁴¹, présente de « véritables spécificités », notamment en ce qui concerne les contrôles lourds et nombreux exercés sur ces groupes, mais également pour ce qui est de leur transfert au secteur privé¹²⁴². Les filiales et sous-filiales des entreprises publiques sont des sociétés de second et troisième rang¹²⁴³. Cette spécificité est notamment analysée au sein du droit européen, et ce en ce qui concerne l'application des règles en matière contractuelle. Des dispositions liées à la commande publique ne seront pas appliquées lorsque la structure, avec laquelle l'entreprise publique effectue des concessions ou des marchés publics, est considérée comme « interne »¹²⁴⁴. Cependant, dès qu'une société est ouverte, ne fût-ce que partiellement aux capitaux privés, elle ne peut pas être considérée ainsi¹²⁴⁵ et doit participer, comme les autres entreprises, à une mise en concurrence pour l'obtention du contrat¹²⁴⁶.

604. En matière de **GPM** et en constatant les apports de la loi portant réforme portuaire, il s'agit de procéder à un « *encouragement à agir par l'intermédiaire de sociétés filiales* ». Les **GPM** peuvent prendre des participations dans le capital social des sociétés, d'ailleurs, cette participation est encouragée. Or, ces opérations se caractérisent par plusieurs particularités, tenant notamment à celle liée à « l'actionnariat public », mais également à celle de la « filialisation des établissements publics » de manière générale.

605. En ce qui concerne l'actionnariat, la définition de ce dernier renvoie à celle de la situation juridique de l'actionnaire, c'est-à-dire qu'il s'agit du « *propriétaire d'actions représentatives d'une fraction du capital d'une société anonyme, dont la responsabilité est limitée au montant de son apport* »¹²⁴⁷. En droit commun, la prise de participation est distincte de la notion de filialisation, puisqu'en fonction de l'article L 233-2 du code de commerce, « *lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10*

¹²⁴⁰ Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation. V. RAPP Lucien, *Les filiales des entreprises publiques*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public Tome 144 », 1983.

¹²⁴¹ Pour un essai sur la définition juridique et opérationnelle de la notion de groupes publics V. THOLLON-POMMEROL Vincent, « Les groupes publics et privés », *Economie et Statistique*, vol. 1, n° 147, 1982, p. 3-19.

¹²⁴² SELLAM-GILLES DE PELICHY Laetitia, *Approche des spécificités des groupes publics*, Thèse, Toulouse 1, 2009.

¹²⁴³ Les sociétés détenues directement par l'Etat sont des sociétés de premier rang.

¹²⁴⁴ Ou opérations « *in house* ». V. RICHER Laurent, « Transparence et opération *in house* », *AJDA*, n° 2, 20 janvier 2020, p. 118-124.

¹²⁴⁵ CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*, *op. cit.*, pt 26, lorsque la Cour précise en ce sens que « *la société qui est ouverte, au moins en partie, au capital privé, ce qui empêche de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef des communes qui en font partie* ».

¹²⁴⁶ Lorsque la commande publique est représentée comme le droit de la mise en concurrence.

¹²⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e édition, 2011.

et 50 %, la première est considérée..., comme ayant une participation dans la seconde »¹²⁴⁸. Or, en ce qui concerne les entreprises publiques, l'article 2 de l'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique précise que : « *Constitue une participation toute fraction du capital d'une société, quel que soit son montant* ». Néanmoins, cet actionnariat témoigne des mutations profondes, certes « discrètes mais réelles », introduisant un impact sur la logique de la propriété, qui se voit éclipsée au profit de celle de la participation¹²⁴⁹. Il convient de noter que la notion « d'entreprise à participation financière publique » ne recouvre pas la catégorie de l'établissement public¹²⁵⁰.

606. La particularité de cet actionnariat présente certaines limites. Cela tient notamment au contrôle renforcé sur les opérations de prise de participations ou de filialisation des **GPM**. En fonction de ce système de contrôle, deux institutions doivent être consultées avant toute participation financière, ainsi, il faut disposer de l'accord du conseil de surveillance¹²⁵¹, ainsi que de l'agrément de l'agence des participations de l'Etat¹²⁵². L'accord préalable du conseil de surveillance peut constituer, comme le précise R. Rézenthel, une limite à « *la réactivité dans le temps de l'établissement, circonstance qui peut le pénaliser face à d'autres investisseurs qui ne connaissent pas cette contrainte.* »¹²⁵³. D'ailleurs, en plus de ce contrôle préalable, une limite intrinsèque au statut de l'établissement public doit être prise en compte lors de cet actionnariat, lorsque les opérations financières dans des filiales et de prise de participations doivent être compatibles avec « *la spécialité de l'établissement, et ne pas avoir une finalité purement spéculative* ».

Le port doit également respecter le droit de la concurrence dans ses relations avec ses filiales. Il ne saurait accorder de soutien matériel à ses filiales que dans le respect des règles de

¹²⁴⁸ Alors que pour la filialisation, il faut avoir plus de la moitié du capital d'une autre société. Art. L. 233-1 du code de commerce, *op.cit.*

¹²⁴⁹ BERNARD Sébastien, « Les mutations de l'actionnariat public », *RFDA*, n° 3, 1^{er} mai 2019, p. 489-497.

¹²⁵⁰ Bien que ce dernier soit considéré comme une entreprise publique ; la notion d'entreprise à participation financière se limite toutefois aux trois catégories de l'entreprise publique : des sociétés à participation publiques minoritaires mais avec un droit de vote du double ou multiple des personnes publiques (Etat ou ses démembrements) ; des sociétés de second ou troisième rang ; et des sociétés d'économie mixte (locales nationales). V. « 399- Typologie des entreprises publiques », Lamy droit public des affaires, 2023.

¹²⁵¹ L'article R 102-12 du Code des ports maritimes.

¹²⁵² Service à vocation nationale du ministère de l'économie et des finances créé par le décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 – (Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'Etat *JO* 10 septembre 2004 p. 15929, *op. cit.*)

¹²⁵³ REZENTHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes français », *DMF*, n° 698, 1^{er} décembre 2008.

l'UE relatives aux aides de l'Etat. Il doit également éviter de créer, notamment avec les sociétés dont il détient des participations, des ententes illicites¹²⁵⁴.

607.Or, la prise de participation dans des sociétés privées n'est pas nouvelle dans les ports autonomes, notamment au sein de sociétés occupant le domaine public portuaire, mais après l'exclusion des **GPM** de l'exploitation des outillages publics, cette possibilité semble opportune pour plusieurs raisons. Elle permettrait, tout d'abord, le maintien d'un certain contrôle sur des activités, anciennement considérées comme des services publics, et toujours effectuées dans le domaine public. Cette possibilité permettrait également aux **GPM** d'investir en partenariat avec des opérateurs spécialisés à une échelle internationale, ce que peut assurer le rôle financier des ports. D'ailleurs, cette prise de participation de la part des **GPM** pourrait présenter d'autres atouts eu égard à des éléments dépassant le seul intérêt économique au sens strict de ce terme. Ceux-ci sont analysés en fonction d'un volet social. R. Rézenthel précise par rapport à une prise de participation du port de Dunkerque dans la société de manutention à laquelle il a cédé les outillages, que : « *le port autonome de Dunkerque a pris des participations dans les entités de droit privé gérant deux de ses terminaux, afin de manifester son soutien au personnel qui acceptait de démissionner de l'établissement public pour être salarié de l'entreprise gérant le terminal.* »¹²⁵⁵.

608.La particularité de cet actionnariat peut être également relevée lorsque deux éléments juridiques s'opposent. Il s'agit de la prise de participation des personnes publiques dans les sociétés occupant leur domaine public¹²⁵⁶. L'autorité portuaire, en tant que gestionnaire du domaine public, doit éviter de générer des situations discriminatoires, notamment en privilégiant les sociétés dans le capital desquelles elle détient des participations. Il s'agit alors de gérer les ports de manière à respecter la distinction juridique entre le droit de la société et la domanialité publique, ce qui permettrait enfin une application optimale du droit de la concurrence. En plus de la prise en compte de ce dernier dans la relation entre les deux parties

¹²⁵⁴ GUEGUEN-HALLOUET Gaëlle, « Les activités portuaires à l'épreuve des règles de la concurrence (A propos de la décision du Conseil de la concurrence numéro 07-D-28 du 13 septembre 2007). », *DMF*, n° 960, 1^{er} mars 2008, p. 280-290.

¹²⁵⁵ REZENTHEL Robert, « Le partenariat public-privé dans les ports maritimes », *op. cit.*

¹²⁵⁶ REZENTHEL Robert, « La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire », *AJDA*, n° 11, 22 mars 2004, p. 573-578.

susvisées, la question de l'impartialité tient également aux principes du service public, parmi lesquels la neutralité et l'égalité de traitement des occupants du domaine public¹²⁵⁷.

609. Le recours à l'actionnariat est lié à une révision des modes de financements, il peut être réalisé indépendamment du statut de l'entité gestionnaire, mais il se différencie en fonction de ce dernier. Plus précisément, lorsqu'il s'agit d'un recours à la transformation de l'établissement public en société, l'actionnariat prend une ampleur plus étendue que ce qui est juridiquement possible concernant l'actionnariat des établissements publics, au sein desquels une ouverture du capital ne serait pas envisageable. Par exemple, dans le secteur aéroportuaire, le choix a consisté à transformer l'**ADP** en société anonyme, et ce en modifiant le statut de l'ancien **EPIC** Aéroports de Paris¹²⁵⁸. A la suite de cette transformation, le pôle de l'actionnariat est donc devenu celui de l'établissement gestionnaire de l'infrastructure, ce qui rend nécessaire le respect du régime des sociétés majoritairement détenues par les personnes publiques. La domination de celles-ci demeure justifiée par l'intérêt général¹²⁵⁹.

610. Néanmoins, concernant les **GPM**, même si le contrôle demeure « lourd », la perspective de l'actionnariat est encouragée pour l'exploitation des activités commerciales, mais elle n'est pas allée jusqu'à concentrer ce mécanisme de droit privé au sein même de l'entreprise chargée de la gestion portuaire, c'est-à-dire de la transformation en société anonyme et de l'ouverture du capital¹²⁶⁰. Cet encouragement se trouve cependant élargi de plusieurs façons, lorsque la loi portant réforme portuaire, tout en interdisant aux **GPM** métropolitains l'exploitation directe des outillages de manutention, prévoit la possibilité de continuer à exploiter les outillages portuaires par une prise de participation dans des sociétés portuaires, ou la création de filiales. Le **GPM** ne constitue donc pas un pôle d'actionnariat pour une exploitation industrielle et commerciale, mais une entité publique ayant la faculté de participer et de se procurer des bénéfices de nature financière en dehors de son organisation interne. De surcroît, cet élargissement de l'actionnariat adopte une mesure économique

¹²⁵⁷ L'article 432-14 du code pénal réprime l'octroi d'avantages injustifiés, « favoritisme » qui peut être ainsi défini comme le fait de « *procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concessions* ».

¹²⁵⁸ Créé par le gouvernement provisoire de la République française, et ce par l'ordonnance n° 45-2488, cet établissement appelé « L'Aéroport de Paris » était chargé du développement de l'activité aéroportuaire en région parisienne. En 4 janvier 1989 celui-ci a été nommé Aéroports de Paris par décret (n° 89-10).

¹²⁵⁹ V. IDOUX Pascal, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*, 2012 p.1101. N° 06 du 07/01/2013.

¹²⁶⁰ Les rapporteurs de la réforme de 2008 ont précisé que cette solution avait été adoptée, afin d'éviter la spéculation dans les réserves foncières. (BESSELAT Jean-Yves, Rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de la loi (après adoption par le Sénat et déclaration d'urgence), portant réforme portuaire, N° 907, 11 juin 2008), *op.cit.*

importante, afin d'assumer le rôle économique des **GPM**, lorsque la possibilité de prendre des participations s'étend en dehors de la circonscription de ceux-ci¹²⁶¹, et ce dans l'objectif de la promotion portuaire. Cette possibilité permettrait aux **GPM** de prendre des participations financières dans des sociétés portuaires issues de la loi 2006¹²⁶² et disposant de concessions dans des ports décentralisés¹²⁶³.

611.L'intervention économique des **GPM** est modernisée en interaction avec les techniques inspirées du droit privé, mais il conviendrait de s'interroger sur l'opportunité d'une application de ce dernier dans l'administration et la gestion des ports maritimes de commerce. Il semble donc intéressant de se poser la question de savoir si une possibilité d'infléchissement de cet actionnariat peut introduire une transformation radicale du statut des **GPM** en les transformant en sociétés.

B- L'opportunité de la privatisation dans un cadre incitatif

612.Après la privatisation des outillages publics portuaires¹²⁶⁴, la question qui peut légitimement se poser est celle de savoir si une privatisation des ports peut être planifiée prochainement. Certains considèrent que la privatisation est effective en pratique. Ainsi, G. Guerlet¹²⁶⁵ précise que « *La privatisation des ports, même si elle ne dit pas son nom et qu'elle s'est imposée au prix de très importantes garanties sociales, est donc désormais une réalité.* ». La question se pose de savoir si cette privatisation dans l'exploitation industrielle et commerciale peut prendre des dimensions juridiques plus étendues.

613.Il est possible de se poser des questions concernant les motifs de ce choix. En premier lieu, un tel changement statutaire radical peut-il résulter uniquement d'orientations extérieures, entre autres, de celles résultant de l'influence du droit européen ? Certes, le droit européen constitue une raison de pression afin de libéraliser les activités portuaires, mais il « *ne*

¹²⁶¹ Art. L 101-3-III du Code des ports maritimes.

¹²⁶² Art. 35 de la loi n° 2006 - 10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports.

¹²⁶³ Comme c'est le cas concernant l'actionnariat du GPM de Dunkerque dans la société d'exploitation des ports du Détroit SEPD dans le port unique Calais Boulogne (à voir plus précisément dans la deuxième section du présent chapitre).

¹²⁶⁴ BORDEREAUX Laurent, « Regard sur les dimensions juridiques de l'espace portuaire », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 15, 14 avril 2014, p. 18-22.

¹²⁶⁵ Ce en démontrant l'ampleur que prennent les investissements privés dans le secteur portuaire, notamment lorsque les zones portuaires françaises sont très attractives pour les investissements étrangers. GUERLET Grégory, *La gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux*, Thèse, op.cit, p. 243.

saurait à lui seul porter la responsabilité de l'ensemble des changements qui affectent l'organisation et les conditions d'exploitation des ports »¹²⁶⁶. C'est de là que découle la seconde raison qui peut solliciter la privatisation, celle-ci relève également d'un aspect concurrentiel, mais économique et non juridique. Cette hypothèse est la conséquence de l'augmentation du rôle financier des ports maritimes. Dans un rapport relatif à la réforme de 2008, le député M. Jean-Yves Besselat¹²⁶⁷ précise en ce sens que :

« Dans le secteur portuaire, la réponse aux exigences européennes de l'ouverture à la concurrence ne concerne que les activités et services de nature commerciale, ce qui a produit une privatisation partielle des ports, et ce en changeant le mode de l'exploitation de ces services, en excluant législativement le monopole public et en affirmant la gestion privée de l'activité de la manutention. Nous pouvons ainsi envisager deux hypothèses sollicitant la privatisation des ports de commerce en France, la première est liée à l'impossibilité de réaliser le respect des exigences européennes de l'ouverture à la concurrence. Cela peut être issu soit de la résistance systémique des critères de la gestion publique, c'est-à-dire des éléments intrinsèques à la gestion par un établissement public (insaisissabilité), soit pour des raisons liées à la pratique et la résistance de cette ouverture ».

614.Ce motif financier peut se caractériser par deux éléments, d'un côté, il existe une certaine orientation vers la privatisation imposée par les organismes internationaux de financement. Cette orientation s'inscrit dans l'objectif d'adapter les organisations portuaires aux stratégies des armements de lignes régulières et des opérateurs de terminaux. En ce sens, la Banque Mondiale en 2008 et lors de sa deuxième édition du « *Port Reform Toolkit* », « actualise les bases d'un modèle générique d'organisation portuaire qui s'apparente au modèle du « *Landlord port* » »¹²⁶⁸, en préconisant à cette fin la gestion privée des outils et services portuaires et la transformation des autorités portuaires publiques en sociétés privées.

615.Le second élément découle de la grande liberté dont disposent les entreprises privées par rapport à celle des entreprises publiques, notamment « *pour trouver des capitaux sur les*

¹²⁶⁶ GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, « Libéralisation et nouvelle gouvernance : les défis des ports maritimes français, italiens et espagnols », dans Éric FOULQUIER et Christine LAMBERTS (dir.), *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : Regards sur les pays d'Europe du Sud*, Paris, CNRS Éditions, coll. « Économie », 2014, p. 37-74.

¹²⁶⁷ BESSELAT Jean-Yves, Rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de la loi (après adoption par le Sénat et déclaration d'urgence), portant réforme portuaire, N° 907, 11 juin 2008.

¹²⁶⁸ LEVEQUE Laurent, « Le nouveau rôle des autorités portuaires dans l'adaptation des clusters aux enjeux de la globalisation. », *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique*, n° 16, 21 mars 2012.

places financières, ce qui lui permet de s'adapter plus rapidement aux besoins du marché »

1269

616. Ces deux éléments de la perspective financière s'avèrent plus importants dans le cadre d'une stratégie de relance économique des ports de commerce. Les investissements portuaires nécessitent des fonds importants pour réaliser cette relance portuaire à l'échelle concurrentielle (européenne ou internationale globalisée). Ce constat est d'autant plus flagrant que les règles européennes restreignent la capacité de l'Etat à financer ces processus de développement, et ce notamment en raison des restrictions découlant du régime des aides d'Etats, dont le champ en est venu à atteindre les *compensations financières des effets de la privatisation*¹²⁷⁰.

617. Dans le cadre d'une privatisation engendrée par des motifs financiers, l'on peut se poser la question de savoir si le rôle financier des **GPM** demeure stratégique pour le pays, ou s'il serait possible de limiter son étendue à un aspect financier comme pour les entreprises privées. R. Rézenthel précise que « *la motivation d'un gouvernement pour autoriser la privatisation des ports n'est pas uniforme, ni toujours fondée sur des intérêts strictement portuaires* »¹²⁷¹.

618. Un autre élément peut enfin être envisageable pour motiver la privatisation, il relève de ce qui peut être qualifié de régression de l'importance de l'application du droit public dans le secteur portuaire, notamment en raison de l'apparition d'autres branches de droit. En ce sens, R. Rézenthel et S. Miribel¹²⁷² ont précisé qu'en France, « *une évolution de la privatisation des ports notamment de plaisance est envisageable sur le plan juridique. Le rôle de la domanialité publique pour protéger le service public est aujourd'hui moins important, en raison de l'évolution du contexte juridique résultant de la création par exemple du droit de l'environnement, de la concurrence et de la consommation, du droit de l'urbanisme...* ». Cette hypothèse s'inscrit dans un cadre théorique général sur l'interaction entre droit public et privé dans le droit portuaire et maritime¹²⁷³, mais plusieurs éléments du droit public demeurent très

¹²⁶⁹ REZENTHEL Robert, « Les régimes portuaires dans le monde », *DMF*, n° 566, 1^{er} décembre 1996, p. 1163-1179, *op.cit.*

¹²⁷⁰ V. CJUE, Aff T156-04 EDF c/ Commission, 15 décembre 2009, sur les aides accordées par les autorités françaises à EDF, cette décision a déclaré l'aide incompatible avec le marché commun et ordonné sa récupération, elle a également donné une définition de l'investisseur privé.

¹²⁷¹ REZENTHEL Robert, « Les régimes portuaires dans le monde », *DMF*, n° 566, 1^{er} décembre 1996, p. 1163-1179.

¹²⁷² REZENTHEL Robert, MIRIBEL Stéphane, « Création et extension des ports de plaisance : un soutien à la liberté de naviguer. », *DMF*, n° 687, 1^{er} décembre 2007, p. 1021-1035.

¹²⁷³ MOUTON Stéphane, « Le droit maritime 2.0 vers un changement de paradigme », *DMF*, n° 844, 1^{er} mars 2022, p. 203-214.

présents juridiquement dans le secteur portuaire et incitent à repenser les perspectives d'une privatisation des **GPM**.

Section 2. La privatisation des GPM en fonction de l'intérêt général

619. La privatisation des **GPM**, à l'épreuve des évolutions juridiques et économiques, est une question qui mérite une étude approfondie afin d'évaluer ses opportunités. Cependant, dans le secteur portuaire, ces opportunités sont souvent liées à des dimensions étroitement rattachées au droit public. Ainsi, une privatisation totale, même si elle est conforme aux dispositions en vigueur du droit positif, peut présenter des limites en termes d'ampleur, de contenu et d'impact (§1). En même temps, la question de la modernisation des **GPM** peut être examinée dans le cadre d'une approche largement valorisée au sein de l'action économique des personnes publiques, qui vise à associer au mieux les acteurs concernés. Dans cette perspective, la gouvernance joue un rôle crucial, et il convient d'identifier les structures les plus adaptées pour une gouvernance efficiente des **GPM** (§2).

§1. L'opportunité de la privatisation : un cadre limitatif

620. La question de la privatisation des entreprises publiques a été juridiquement acceptée dans certaines conditions, mais elle peut rencontrer des défis découlant des rapports de force établis dans le secteur portuaire (A). En effet, dans ce domaine, les notions liées à l'intérêt général et aux prérogatives de puissance publique demeurent très prégnantes (B).

A- La privatisation des GPM eu égard aux rapports de force

1) Le cadre juridique de la privatisation des GPM

621. Avant d'aborder le sujet de la privatisation des **GPM**, il convient d'essayer de présenter les principes et les limites juridiques de cette privatisation, et ce dans le cadre de la privatisation des entreprises publiques en général¹²⁷⁴.

¹²⁷⁴ THIRION Nicolas, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, 4, n° 4, 2002, p. 627-654.

622. La privatisation signifie « *le transfert au secteur privé de plus de 50 % du capital d'une entreprise* »¹²⁷⁵. Il s'agit d'une définition patrimoniale issue du critère de l'entreprise publique retenu en droit français, « *à savoir la détention directe ou indirecte de plus de 50 % du capital par le secteur public* »¹²⁷⁶. Cette caractéristique a été confirmée par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 qui définit le transfert au secteur privé comme correspondant à « *toute opération de cession d'un actif susceptible d'une exploitation autonome représentant plus de 50 % de l'actif net comptable ou du chiffre d'affaires ou des effectifs, appréciés sur une base consolidée, d'une société détenue à plus de 50 % par l'État* ». L'on est donc amené à distinguer la privatisation (partielle ou totale) de la simple ouverture à des capitaux privés minoritaires, processus qui est qualifié de « *respiration* »¹²⁷⁷. Le cadre de la mise en place de la privatisation a été organisé par la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations¹²⁷⁸. Il s'agit de savoir quelle est la ligne qui sépare une modernisation de l'action publique dans l'économie d'une privatisation introduisant un désengagement de la gestion des activités concurrentielle, lesquelles semblent peu compatibles avec les prérogatives de la puissance publique. Cette interrogation peut s'élargir pour savoir à quel point la sociétéisation peut se transformer en privatisation complète, assurant ainsi, par cette sociétéisation, la « *polysémie* »¹²⁷⁹ du terme privatisation.

623. En ce qui concerne les entreprises publiques, la question qui se pose est celle d'identifier la nature de texte juridique qui pourrait être appliqué pour leurs transferts au secteur privé. En l'absence de tout autre texte définissant la procédure applicable, c'est l'article 34 de la Constitution qui s'applique, ce dernier établit la compétence exclusive du législateur pour fixer les règles en la matière. Telle a également été la position des juridictions

¹²⁷⁵ NİCINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 4e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014, p. 626.

¹²⁷⁶ V. MANSON Corinne, « Fasc. 178-50_ Privatisations », *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2016.

¹²⁷⁷ Les opérations de respiration regroupent « *les changements de structure et les variations d'actifs qui se traduisent majoritairement par des cessions de filiales et des ouvertures minoritaires du capital, dites parfois "privatisations partielles"* ». V. J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique* : LGDJ, 7e éd., 2014, n° 723.

¹²⁷⁸ Abrogée par l'Ordonnance 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *op. cit.*

¹²⁷⁹ BRAMERET Sébastien, « Fasc. 158-30 : Privatisation des entreprises », *JurisClasseur Administratif*, 2020.

administratives¹²⁸⁰ et judiciaires¹²⁸¹. Depuis la loi n° 86-793¹²⁸² et la loi n° 86-912¹²⁸³, des mesures sont prévues afin de définir de nouvelles modalités selon lesquelles s'opère la cession d'une entreprise publique à des intérêts privés ou étrangers. Celles-ci sont ainsi prévues afin d'apporter une solution au problème de la procédure « anormalement lourde »¹²⁸⁴ pour le transfert d'actifs détenus dans une filiale ou une sous-filiale¹²⁸⁵. Le Conseil constitutionnel¹²⁸⁶ a précisé que les dispositions de l'article 34 de la Constitution « *n'imposent pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur ; il appartient à celui-ci de poser pour de telles opérations des règles dont l'application incombera aux autorités ou organes désignés par lui* ». Cependant, la question est différente s'agissant d'un service public, lorsque ce dernier précise que ces organes ou autorités ne peuvent pas procéder à la privatisation de celui-ci¹²⁸⁷.

624. Le critère de l'effectif constitue un élément essentiel pour définir la compétence en matière de privatisation, car l'article 21 de la loi 86-912 précitée dispose que « *les opérations concernant des entreprises dont l'effectif ne dépasse pas mille personnes et le chiffre d'affaires 150 millions d'euros... donnent lieu à déclaration préalable au ministre chargé de l'économie ; elles sont réputées autorisées si le ministre ne s'est pas opposé, dans les dix jours de la réception de cette déclaration, à leur transfert...* »¹²⁸⁸. Cette disposition ne s'applique pas aux **GPM** et ce en raison de la diminution d'effectif résultant de l'application de la loi portant

¹²⁸⁰ CE, ass., 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la SFENA*, nos 34252 et 34798, Rec. CE p. 435. Dans cette décision le Conseil d'Etat précise qu'à « défaut d'une loi définissant les conditions et les modalités du transfert au secteur privé d'entreprises du secteur public, le gouvernement ne peut, sans méconnaître les dispositions expresses de la Constitution, procéder à aucune opération ayant ce transfert pour objet ou pour effet ».

¹²⁸¹ V. Cass. civ. 1, 03-05-1988, n° 86-13931, publié au bulletin, Cassation., qui étend l'application d'une privatisation sans la présence d'un texte législatif à la cession des actifs qui, « compte tenu de leur nature, de leur importance et de leur affectation, constituent en fait un transfert au secteur privé d'une entreprise du secteur public ».

¹²⁸² Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 (abrogée) autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

¹²⁸³ Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, JORF n° 0182 du 7 août 1986.

¹²⁸⁴ V. « 435 - Textes applicables aux opérations de privatisation des entreprises publiques », Le Lamy droit public des affaires, 2023.

¹²⁸⁵ S'agissant de deux textes fondateurs, ils ont été modifiés par plusieurs textes successifs, notamment par l'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés et à participation publique, *op.cit.*

¹²⁸⁶ Décis. Cons. const. n° 81-132 du 16 janv. 1982, JORF 17 janvier : (Loi de la nationalisation).

¹²⁸⁷ V. Préambule de la Constitution de 1946, al. 9, sur le renvoi du préambule de la Constitution de 1958 ; Décis. Cons. const. n° 86-207 des 25-26 juin 1986, JORF 27 juin : (Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social).

¹²⁸⁸ REZENTHEL Robert, « Une nouvelle stratégie pour le développement des « grands ports maritimes » français », DMF, n° 698, 1^{er} décembre 2008, *op.cit.*

réforme portuaire. Selon R. R  zethel, une telle « *réduction dans la participation ne devrait pas impliquer une intervention spécifique du législateur* »¹²⁸⁹.

625. En ce qui concerne la Constitution, il semble qu'elle se caractérise par une certaine neutralité concernant la privatisation des entreprises publiques¹²⁹⁰. Néanmoins, l'interprétation de l'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946¹²⁹¹ a conduit à considérer qu'une entreprise publique ne peut pas être privatisée si le législateur lui a conféré le caractère de service public national¹²⁹². En ce qui concerne la définition de ce dernier il semble que la mention de l'article 9 ait suscité des critiques puisque, d'après Jean Rivero et Georges Vedel, il s'agit d'une « *forme d'habilitation rampante* »¹²⁹³ donnée au législateur, et ce en précisant « *qu'au total le texte laisse une assez grande latitude au législateur (...) le caractère de « service public national » ne pouvant que rester soumis à sa libre appréciation* »¹²⁹⁴. Le législateur peut également lui retirer cette qualité¹²⁹⁵.

626. La question de la présence du **SPN** a été évoquée à plusieurs reprises. En 2019, et pour vérifier la constitutionnalité d'une loi permettant la privatisation de l'**ADP**, le Conseil constitutionnel précise qu'il ne s'agit pas là d'un **SPN**¹²⁹⁶. Telle a également été la position du Conseil constitutionnel concernant la privatisation de l'entreprise Aéroports de Paris en 2019, lorsqu'il a confirmé la constitutionnalité de celle-ci à l'égard de l'article 9.

627. La question qui se pose donc dans le cas des **GPM** consiste à chercher à savoir si les établissements portuaires présentent ou non le caractère de l'exploitation d'un service public

1289 *Ibid.*

¹²⁹⁰ CHEROT Jean-Yves, *Droit public économique*, 2e édition., Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 2007, p. 31.

1291 « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. ».

¹²⁹² Une activité devient un service public « lorsque les pouvoirs publics décident de l'assumer pour donner satisfaction à un besoin dont ils estiment qu'il serait, sans cette prise en main, insatisfait ou insuffisamment satisfait ». Selon A. DE LAUBADERE, cité in J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2006, *op.cit.*, p. 50.

¹²⁹³ FOULQUIER Norbert et ROLIN Frédéric, « Constitution et service public, Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012.

¹²⁹⁴ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution, le préambule », *Droit social*, vol. 31, 1947, p. 13-35 : in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. 1, p. 121.

¹²⁹⁵ Il faut noter que, selon le Conseil constitutionnel, le législateur peut également retirer la qualité de SPN d'un service, et dans ce cas-là il serait possible de procéder à sa privatisation, le juge constitutionnel doit s'assurer, dans ce cas, de la réalité du retrait de la qualité de service public à la date à laquelle est décidée la privatisation (Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC sur la loi relative au secteur de l'énergie).

¹²⁹⁶ Cons. const., 16 mai 2019, n° 2019-781 DC sur la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.

national. Selon le Conseil d'Etat, l'exploitation du port de plaisance constitue un **SPIC**¹²⁹⁷, ce caractère a été également attribué aux ports de commerce par la jurisprudence, mais uniquement à certains composants de celui-ci, notamment à la manutention portuaire. Aucune qualification législative en service public national n'a donc été confiée aux ports maritimes. La privatisation de ces derniers semble donc conforme aux dispositions issues du Préambule et relatives à la nationalisation de certaines entreprises. Si une sociétisation s'impose au secteur portuaire, la privatisation du port ne peut s'ensuivre comme le processus classique suivi dans le cadre de la privatisation des anciens **EPIC**¹²⁹⁸, la question peut diverger dans le cas des **GPM**, car ceux-ci n'ont jamais été qualifiés d'**EPIC**, d'autant plus que par la réforme de 2008 une confirmation de leur caractère administratif a été introduite. Le désengagement de l'Etat des activités purement concurrentielles a déjà été réalisé lors de cette réforme.

Si le cadre juridique ne semble pas s'opposer à une privatisation des **GPM**, des données découlant des rapports de force le font.

2) La privatisation contestée par les mouvements sociaux

628. La reconnaissance ou non de la présence d'un **SPN** n'empêcherait pas le déclenchement, contre une décision de privatisation des **GPM**, de contestations de grande ampleur. Ces dernières peuvent s'avérer d'une importance plus ou moins déterminante. En premier lieu, celles-ci peuvent se limiter à un caractère social relevant du *droit de grève*. Dans le secteur portuaire, ces derniers sont très récurrents à la suite des changements de statuts et de différentes réformes¹²⁹⁹. La question de changer le statut des **GPM** doit ainsi être étudiée soigneusement, sachant que les grèves et les blocages en découlant sont susceptibles d'engendrer des contentieux souvent spécifiques¹³⁰⁰. La question de la définition de la responsabilité constituerait un enjeu principal¹³⁰¹. En tout cas, et d'un point de vue commercial,

¹²⁹⁷ CE, 13 décembre 2002 - *société internationale sporting yachting club de la mer (ISYCM)*, n° 248591, *op. cit.* Le Conseil précise que l'exploitation du port de Pierre X ... à Cannes constitue en soi un service public.

¹²⁹⁸ NICINSKI Sophie, « La privatisation et le statut d'Aéroports de Paris | La base Lextenso », *RDP*, n° 2, 1 mars 2021, p. 389.

¹²⁹⁹ BARZMAN John, « Conflits et négociations au Havre avant et après les grandes réformes portuaires », *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique*, n° 16, 21 mars 2012.

¹³⁰⁰ FEDI Laurent, « Les blocus et grèves portuaires : un contentieux toujours spécifique », *DMF*, n° 721, 1^{er} janvier 2011, p. 87-96.

¹³⁰¹ REZENTHEL Robert, « Le blocage des ports de l'État de droit », *DMF*, n° 579, 1^{er} janvier 1998, p. 75-91.

l'effet de cette dynamique d'opposition pourrait constituer un vrai frein à l'attractivité des ports de commerce¹³⁰².

629. En second lieu, les contestations envers un changement radical du statut des **GPM** pourraient déclencher un mouvement politique d'une grande ampleur, engendrant des effets juridiques importants dans le sens d'attribuer de nouvelles qualifications aux services en question. Par exemple, la privatisation de l'**ADP** a suscité plusieurs contestations de la part des politiques, qui ont été cristallisées dans une proposition de loi portée par certains membres de l'Assemblée nationale¹³⁰³. La contestation des députés repose sur le caractère stratégique de la politique économique. Une proposition de loi « référendaire »¹³⁰⁴, visant à reconnaître le caractère de **SPN** à l'entreprise **ADP**, a été déposée par l'Assemblée nationale. Dans l'exposé des motifs de la présente proposition, ont été avancés les motifs qu'un aéroport « *n'est pas une entreprise comme les autres : c'est un outil stratégique de politique économique. Cette vision est partagée par la plupart des pays européens pour lesquels les aéroports restent propriété de la puissance publique (ville, région, État, ...). C'est ainsi qu'en Allemagne, en Espagne ou en Italie, aucun aéroport n'est détenu uniquement par des acteurs privés. Au sein de l'Union européenne, la France, avec le Portugal, la Slovénie, la Hongrie et la Roumanie, fait figure d'exception avec actuellement plus de 40 % d'aéroports détenus par des acteurs privés. Récemment, la réflexion sur le positionnement stratégique des infrastructures, et par voie de conséquence leur mode de financement, vient de trouver un nouvel écho au Royaume-Uni où la majorité conservatrice a décidé en octobre 2018 de ne plus recourir aux partenariats public-privé pour financer les infrastructures.* ».

630. Or, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de la privatisation de l'entreprise Aéroports de Paris. Néanmoins, il a également jugé conforme à la Constitution¹³⁰⁵ une procédure de référendum d'initiative partagée (**RIP**), et ce à propos de la proposition visant

¹³⁰² GROIZELEAU Vincent, « Les ports français durement touchés par les mouvements de grève », *Mer et Marine*, 26 mai 2016, 26 mai 2016.

¹³⁰³ Proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution n° 1867 visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris, n° 1867, enregistrée le 1^{er} avril 2019.

¹³⁰⁴ Depuis une révision constitutionnelle en 1995*, le référendum peut porter sur les réformes affectant les politiques économiques, sociales et environnementales de la Nation et les services publics qui y concourent.

* Loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, JORF n°181 du 5 août 1995. La loi référendaire « *est une loi adoptée par référendum, elle est l'expression directe de la souveraineté nationale. Toutefois, elle ne dispose pas d'une autorité supérieure à la loi votée par le Parlement qui peut la modifier ou l'abroger.* » Dalloz répertoire : Loi référendaire, 2023.

¹³⁰⁵ Cons. const., 9 mai 2019, n° 2019-1 **RIP** sur la proposition de loi affirmant le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris.

à affirmer le caractère de service public national à l'exploitation des aéroports¹³⁰⁶. La crise liée à l'épidémie a conduit à repousser la privatisation, et ce malgré « l'échec d'un projet de référendum »¹³⁰⁷. Néanmoins, la position du Conseil constitutionnel reflète l'importance stratégique des infrastructures aéroportuaires en résonance avec les revendications politiques, même si celui-ci avait, selon certains juristes, manqué là une occasion *résolument juridique* en ce qui concerne la privatisation de l'ADP. Ainsi, P. Lignières considère que « *le renvoi par le Conseil constitutionnel de cette question délicate et technique au référendum apparaît comme une occasion manquée de trancher le débat au niveau juridique* »¹³⁰⁸.

631. Etant donné l'importance stratégique des **GPM**, une opération de privatisation peut ainsi mobiliser des mouvements politiques rendant plus complexe, voire paralysant, tout développement économique souhaité des ports français. Mais l'opportunité de cette politique de privatisation peut aussi être révisée d'un point de vue économique.

3) *L'intérêt purement économique*

632. Le second aspect du rapport de force qui se présente relève d'un aspect économique. En premier lieu, la gestion des ports, par rapport à celle des aéroports, génère des charges spécifiques que ne connaissent pas les gestionnaires d'aéroports. Ces charges sont rattachées à des activités qui ne sont pas forcément rentables, telles que la création et l'entretien d'ouvrages non productifs de revenus, (les chenaux, jetées, bassins et écluses...) ¹³⁰⁹. Or, en cas de la privatisation, l'absence de productivité financière par rapport aux dépenses demandées laisse penser que le gestionnaire privé serait enclin à investir uniquement dans des secteurs rentables, sans que ces derniers soient nécessairement dans l'intérêt du port. Ce constat est d'autant plus important au regard de la liberté de circulation des capitaux consacrée par le traité de l'Union européenne. R. Rézenthel précise au sujet des inconvénients de la privatisation des **GPM** qu' « *il n'est pas exclu que des investisseurs s'intéressent aux ports autonomes non*

¹³⁰⁶ Proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution n° 1867 visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris, n° 1867, enregistrée le 1^{er} avril 2019, *op. cit.*

¹³⁰⁷ « Privatisation d'ADP : le Conseil constitutionnel officialise l'échec du projet de référendum », [Le Monde](#), publié le 26 mars 2020,

¹³⁰⁸ LIGNIERES Paul, « Référendum sur la privatisation d'ADP. Le rendez-vous manqué de la résolution juridique du débat », *Droit administratif*, n° 10, 1^{er} octobre 2019, p. 1-2.

¹³⁰⁹ REZENTHEL Robert, « La gestion des ports maritimes après la réforme portuaire », *Revue de droit des transports*, n° 9, 1^{er} septembre 2008, p. 30-33.

*pour les activités portuaires, mais pour leur patrimoine foncier très important »*¹³¹⁰. Ce dernier constat permet, même si la gestion d'un port ne constitue pas juridiquement un service public national, d'envisager ainsi les **GPM** dans leur ensemble.

633.D'ailleurs, dans une approche comparative et en abordant un exemple confirmé de ports privés, celui des ports britanniques relevant d'un système privé, il est possible de dégager plusieurs problématiques concernant leur efficacité en ce qui concerne un intérêt portuaire, mais également leur productivité. Dans un rapport d'information, émis par l'Assemblée nationale en 2001, les députés ont précisé au sujet des ports britanniques qu'ils sont « *tenus de rendre des comptes à leurs actionnaires ou encore de produire des dividendes et d'accroître le cours des actions. En outre, dans la mesure où ils produisent des profits non distribués, ils décident discrétionnairement des conditions dans lesquelles ils investiront ces profits. Or, sur ce point, le ministère de l'Environnement précise que « les entreprises privées (c'est-à-dire les propriétaires du port) ont beaucoup investi, mais pas toujours dans les activités portuaires ». Les entreprises privées ont donc agi ici de la même façon que dans les autres secteurs privatisés en Grande-Bretagne – qu'il s'agisse de l'énergie ou des chemins de fer – préférant investir le plus souvent dans des opérations de nature spéculative que dans celles destinées à améliorer la qualité ou la performance des réseaux »*¹³¹¹. Il faut noter qu'en Grande-Bretagne il existait, dans le secteur portuaire, un régime intermédiaire conciliant intérêt publics et privés. Il s'agit des *trust ports*¹³¹², dont la motivation est liée à un intérêt portuaire, puisque les gestionnaires portuaires sont « *tenus de réinvestir leurs profits dans l'amélioration des installations portuaires »*¹³¹³ en fonction de ce système de *trust*, alors que le motif des ports privés est celui de la réalisation d'un profit. Or, entre 1992 et 1997 sept *trust ports* ont été privatisés en consécration de l'orientation commerciale des ports privés par les pouvoirs publics en Grande-Bretagne.

634.En second lieu, la liberté de circulation dans l'Union européenne permettrait aux grands groupements mondiaux et compagnies maritimes d'investir dans les secteurs stratégiques. Ceux-ci caractérisaient déjà des monopoles dans les terminaux portuaires, ce qui

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ Rapport d'information N°3507 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, sur la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702), Assemblée nationale, décembre 2001, *op. cit.*

¹³¹² Les trusts sont des entités commerciales indépendantes, dont les obligations statutaires ont été fixées par un texte législatif, *op.cit.*

¹³¹³ Rapport d'information N°3507 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, sur la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702), Assemblée nationale, décembre 2001, *op. cit.*

a créé des « liens verticaux »¹³¹⁴ entre les activités de transport maritime et la gestion de terminaux¹³¹⁵. Les autorités de la concurrence dans l'Union européenne ne sont cependant pas opposées à ces opérations, mais ce seulement lorsqu'il s'agit de faibles parts de marché des parties dans les deux activités¹³¹⁶. Néanmoins, suite à une privatisation entière des ports, les enjeux dans ce sens seront plus importants, et les monopoles en question constitueront un rapport de force plus conséquent face à un intérêt portuaire. Nous imaginons dans ce cas-là une accentuation de l'intervention des autorités européennes pour la réalisation de l'intérêt du marché et le respect de ses principes et lois, notamment ceux liés à la concurrence.

635. La question de l'ouverture du marché portuaire renvoie à celle des stratégies derrière l'implantation commerciale par la voie des entreprises étrangères. Cette stratégie peut s'étendre à des cas relevant du droit international ou européen¹³¹⁷. En ce sens, l'intérêt européen contient des principes visant l'intérêt de la collectivité, et ce, au-delà de la gestion portuaire, mais cette dernière renferme toujours des éléments fortement rattachés à l'intérêt de la collectivité. L'ouverture à la concurrence peut impliquer des enjeux géopolitiques dans les secteurs économiques d'intérêt général. Tel est le cas, par exemple, du projet, certes « avorté », Hercule¹³¹⁸. Selon la presse¹³¹⁹, des enjeux à l'échelle internationale constituent un doute essentiel sur la viabilité de ce projet, et ce du fait que des investissements importants sont

¹³¹⁴ CORRUBLE Philippe, « Les autorités de concurrence face aux alliances maritimes mondiales », *DMF*, n° 798, 1^{er} janvier 2018, p. 3-14.

¹³¹⁵ Commission, Décision M 7523 CMA CGM/OPDR, 29 juin 2015, dans laquelle la Commission relève que CMA CGM détient des participations dans plusieurs terminaux portuaires dans (les ports d'Anvers et de Monaco).

¹³¹⁶ « Dans un contexte caractérisé par d'importantes surcapacités des compagnies maritimes, les Autorités de concurrence en Europe, aux Etats-Unis et en Chine, ont autorisé une succession impressionnante de fusions-acquisitions et d'alliances de plus en plus importantes. La consolidation de l'industrie a aujourd'hui pris une forme oligopolistique au niveau des alliances mondiales, sans se traduire pour le moment par une augmentation des tarifs ». CORRUBLE Philippe, « Les autorités de concurrence face aux alliances maritimes mondiales », *op. cit.*

¹³¹⁷ Par exemple, s'inscrivant dans ce qui est appelé la « nouvelle route de soie », la prise de contrôle par la Chine de plusieurs ports européens, notamment du port du Pirée en Grèce, peut constituer « un levier politique redoutablement efficace. La preuve en a été donnée en juin 2017 lorsque la Grèce, pour la première fois, a utilisé son veto, à l'ONU, pour empêcher une déclaration de l'Union européenne critiquant les agissements de la Chine en matière de droits de l'homme. ». V. Grésillon Gabriel, *Quand la Chine débarque dans les ports européens*, [Les Echos](#), 17/10/2019 :

¹³¹⁸ Projet présenté par la direction de l'entreprise EDF consistant en la scission du groupe en trois filières : « bleue » pour les centrales nucléaires, « verte » cotée en bourse pour la distribution de l'électricité et de l'énergie renouvelable, et « azure » pour les barrages hydrauliques. V. Erwan BENEZET, « EDF : cinq minutes pour comprendre la fin du projet de réforme Hercule », *Le Parisien*, 29 juillet 2021.

¹³¹⁹ En se référant à des « sources gouvernementales », *ibid.*

susceptibles d'attirer les grands groupes internationaux. Le défi géopolitique est notamment lié au rôle grandissant des investissements chinois dans les secteurs économiques en Europe¹³²⁰.

636. Sur ce point¹³²¹, et concernant la privatisation de l'**ADP**, S. Robert-Cuendet¹³²² précise que les prises de participations, fussent-elles minoritaires, par des entreprises étrangères dans la société **ADP**, pourraient avoir pour effet d'appliquer le droit international des investissements. Dans ces traités d'investissement, il existe des garanties substantielles¹³²³ qui n'ont pas d'équivalent en droit français, ce qui implique un « privilège de juridiction » au profit de ces investisseurs étrangers, parce qu'ils ont, en cas de différend avec l'Etat, la possibilité d'avoir recours à un arbitre ou un juge spécial. L'on se pose donc la question de savoir s'il y aurait dans ce sens des limites à l'ouverture du marché, notamment par des « actions spécifiques »¹³²⁴. Dans la continuité de cette protection assurée par plusieurs textes¹³²⁵, la loi Pacte relative à la croissance et à la transformation des entreprises renforce le régime de l'action spécifique¹³²⁶. Cette dernière reconnaît à l'État le pouvoir « *de s'opposer, dans des conditions fixées par voie réglementaire, aux décisions qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays* »¹³²⁷.

637.D'ailleurs, s'agissant de l'efficacité économique de la privatisation, le fait de repousser la privatisation de l'**ADP** en raison de la crise économique engendrée par la

¹³²⁰ « Derrière Hercule, c'est tout une géopolitique du nucléaire qui est en train de s'affronter. « Hercule était une porte ouverte aux Chinois pour venir investir dans le nucléaire français dans les années à venir, décrypte cette même source, interne à EDF. Il n'y avait pas d'autres solutions tant les montants pour relancer la filière sont colossaux. » C'est effectivement déjà ce qui a été mis en place avec la construction de deux EPR à Hinkley Point en Grande-Bretagne. EDF finance (sur fonds propres) le chantier aux deux tiers. Le tiers restant est abondé par CGN (China General Nuclear Power Group). « Les Américains, et notamment le nouveau gouvernement du président Joe Biden, ne veulent absolument pas de cette collaboration entre la Chine et l'Europe, reprend la source. Et encore moins entre la Chine et la France dans le nucléaire, stratégie qui est pourtant défendue en sous-main par Emmanuel Macron. Et ils feront tout pour s'y opposer. », *ibid.*

¹³²¹ Concernant les investissements étrangers dans des secteurs économiques stratégiques.

¹³²² ROBERT-CUENDET Sabrina, « La privatisation d'ADP et les engagements internationaux de la France en matière climatique : quelle cohérence ? », *RDP*, n° 2, 1^{er} mars 2021, p. 428.

¹³²³ « *Telles que la protection contre toutes les formes d'expropriation directe et indirecte, le droit à un traitement juste et équitable ou encore la protection contre les mesures arbitraires ou déraisonnables* ».

¹³²⁴ L'action spécifique est une « institution empruntée au droit britannique (*Golden Share*) V. Le Lamy droit public des affaires : « 439-Noyaux durs, action spécifique et limitations aux investissements étrangers », 2023. Il s'agit de mettre en place un mécanisme de « protection des intérêts nationaux » comme il a été précisé par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de la privatisation.

¹³²⁵ L'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *op. cit.*

¹³²⁶ Par l'article 154 de ladite loi (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises).

¹³²⁷ « *Ayant pour effet, directement ou indirectement, de -céder, apporter ou transmettre, sous quelque forme que ce soit, y compris par dissolution ou fusion, des actifs ou types d'actifs de la société ou de ses filiales -modifier les conditions d'exploitation des actifs ou types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'en changer la destination -affecter ces actifs ou types d'actifs à titre de sûreté ou garantie* », *ibid.*, al. 3.

pandémie, laisse penser que la privatisation ne saurait constituer un levier économique suffisant pour placer le secteur aéroportuaire dans le rang économique du marché. La question qui se pose ainsi consiste à chercher à savoir si ce régime présente des failles chaque fois qu'une crise économique de grande ampleur émerge. La privatisation ne doit pas constituer un palliatif à court terme. Nous pouvons constater que cet aspect peut comporter deux volets paradoxaux. Le premier est le fait de privatiser (transformation en société et ouverture du capital au privé) afin de pouvoir financer des investissements d'une ampleur importante, et ce lorsque l'entité publique gestionnaire éprouve des difficultés pour les financer seule. Plusieurs des entreprises publiques recourent à la privatisation en raison des dettes issues de ces investissements. La question qui peut se poser consiste à déterminer si une telle raison peut justifier une transformation juridique de l'entité gestionnaire. L'une des grandes problématiques du financement public est la qualification en aides d'Etat de la part de la Commission européenne et ce notamment en raison de ce qui est considéré comme une « garantie illimitée » de l'établissement public. Néanmoins, la privatisation n'échappe pas à cette qualification¹³²⁸. C'est sous cet aspect que se situe le second volet des motifs derrière le choix d'un mode de gestion adapté par un Etat, et ce dans ce qui a été qualifié par la presse comme une « *nationalisation des pertes pour privatiser les profits* »¹³²⁹, et ce notamment par le biais des financements étatiques injectés pour aider des entreprises, publiques ou non¹³³⁰. Cela peut montrer que le changement du statut des entreprises ou du mode de financement fait partie des outils de l'*Etat stratégie*, mais dont les limites ne sont pas claires. Or, la non-conformité avec le droit de la concurrence peut, d'un côté, constituer toujours une limite à la mise en place de celui-ci et, de l'autre, apparaître comme un reflet implicite des pratiques de l'*Etat providence*, car ce dernier élargit son intervention, lorsqu'il constate des difficultés au sein des formes autonomes, et se retire financièrement quand l'autonomie de la gestion semble fonctionner au sein du marché.

¹³²⁸ Le Tribunal de l'Union confirme que les conditions de la privatisation de la SNCM en 2006, et en particulier la cession à un prix négatif à des repreneurs privés, comportaient des éléments d'aide d'Etat, et valide l'analyse par la Commission du principe de l'opérateur en économie de marché. V. Michel Debroux, « La privatisation de la SNCM comportait bien des éléments d'aide d'Etat incompatibles », *L'essentiel de droit de la distribution et de la concurrence*, 1^{er} octobre 2017, n° 9, p 4, Base Lextenso.

¹³²⁹ Emission de France Culture, [les Nouvelles de l'éco](#), 24 juin 2019.

¹³³⁰ Voir par exemple la question n° 29903, du 26 mai 2020 (question écrite Assemblée nationale : JOAN 22 décembre 2020, p. 9547), posée au ministre de l'Économie et des finances concernant le financement décidé par l'Etat de la compagnie aérienne Air France-KLM, mais également la question (n° 23851, du 22 octobre 2019, question écrite Assemblée nationale : JOAN, 16 juin 2020, p. 4253) posée au premier ministre concernant un projet de nouveaux réacteurs nucléaires EPR. Dans les deux cas les députés se sont interrogés sur la privatisation des filières qui témoignent d'une rentabilité, comme l'énergie renouvelable et la socialisation, par des participations ou aides publiques, pour des filières éprouvant des difficultés, surtout en raison de la pandémie survenue au début de l'année 2020 (Covid-19).

638. En ce sens, l'établissement public peut constituer une *facette* convenable pour un équilibre entre le rôle de providence et celui de stratège de l'Etat. Il s'agit d'un moyen de gestion qui a ses limites identifiées en amont et dont les évolutions issues de l'application du droit européen ne font que le moderniser, et ce notamment concernant la clarification de son *visage*. Il permettrait également la confirmation de la présence du droit public au sein du droit portuaire, tout en appliquant les dernières évolutions de l'ensemble de celui-ci, telles que celles liées à la domanialité publique, à la sécurité et à la protection de l'environnement, notions qui doivent être rattachées, de notre point de vue, à un concept renforcé du service public et, entre autres, à un contrôle interne issu des autorités concernées par la gestion.

B- La privatisation des GPM confrontée au service public administratif de la police

639. La réforme portuaire de 2008 a recentré les activités des **GPM** sur leurs missions régaliennes, ce qui confirme le visage administratif des établissements publics portuaires. L'étude de l'hypothèse d'une privatisation des entreprises publiques a souvent concerné celles relevant des **EPIC**. Or, parmi les arguments essentiels justifiant leur privatisation apparaît principalement celui de l'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, ce qui entraîne « *une certaine perte de spécificité de l'interventionnisme direct des pouvoirs publics dans l'économie* »¹³³¹. La question se pose de savoir si la privatisation des **EPA** relevait d'une grande utilité par rapport, d'un côté, à la motivation de la privatisation des **EPIC**, et de l'autre, aux limites découlant de l'intérêt général associé aux **EPA**. L'enjeu est surtout lié au fait de savoir si, dans la gestion portuaire, persistent des « objections dirimantes » à la privatisation. Il s'agit de savoir quelles activités ne peuvent pas être soustraites des missions régaliennes sans que cela soit néfaste pour l'intérêt général. Dans la gestion portuaire, ce dernier tient au rôle d'une autorité publique gestionnaire d'une infrastructure stratégique, ce qui se concrétise principalement dans quatre axes : l'aménagement du territoire, la police portuaire, le bon fonctionnement des ports à l'égard du droit de la concurrence et l'intégration des enjeux de développement durable. Or, le bon fonctionnement de la police semble radical pour tous les autres services, lorsqu'il « *s'agit là de la question centrale de la politique portuaire et maritime. En effet, si cette question n'est pas réglée correctement, aucun des autres objectifs – fiabilité*

¹³³¹ THIRION Nicolas, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, 4, n° 4, 2002, p. 627-654.

du service, concurrence loyale et respect des normes sociales – ne pourra être poursuivi de façon pleinement satisfaisante, comme le montre malheureusement l'expérience »¹³³².

640. Il convient de se demander quels sont les paramètres de l'importance de la police en tant que service public portuaire. Nous constatons qu'il existe deux principaux aspects de la police portuaire, le premier est étroitement lié à la mise en place de l'ordre public, l'autre l'est à l'exploitation portuaire. Le président du directoire des **GPM**, en combinant les articles L5331-7 et L 5331-8 du code des transports, doit tenir compte de la police spéciale (de la grande voirie), de l'exploitation du port, qui comprend notamment l'attribution des postes à quai et l'occupation des terre-pleins, du « *plan d'eau qui comprend notamment l'organisation des entrées, sorties et mouvements des navires, bateaux ou autres engins flottants* », de la police des marchandises dangereuses, et il « *contribue au recueil, à la transmission et à la diffusion de l'information nautique* ».

641. Le premier aspect tient ainsi au respect de l'ordre public, et ce notamment dans l'hypothèse où un régime de service public environnemental trouve à s'appliquer¹³³³, car le fait de veiller au respect de l'intérêt environnemental constituerait une mission primordiale que devrait assumer le gestionnaire portuaire. Certes, les règles découlant du droit de l'environnement s'appliquent, sans distinction entre personnes publiques ou privées, mais l'adoption d'un choix institutionnel afin de maintenir un contrôle par les conseils des **GPM** constitue une garantie en termes de respect en amont des réglementations en vigueur. Il n'est pas exclu que des gestionnaires privés des ports établissent des contrats ou s'impliquent dans des investissements sans tenir sérieusement compte des conséquences sur l'environnement. Cela est d'autant plus important lorsque l'établissement public portuaire est tenu par la loi de « *la gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés* ». D'ailleurs, ce contrôle au moyen de l'organisation de l'établissement public pourrait avoir pour effet de réduire les contentieux en matière environnementale.

¹³³² DUPILET Dominique, *Rapport N° 3554 Assemblée nationale au nom de la Commission de la production et des échanges sur la proposition de résolution n° (3518) de M. Daniel PAUL, sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe, et sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702)*, 2002, p. 22.

¹³³³ V. RADIGUET Rémi, *Le service public environnemental*, Thèse, Toulouse 1, 2016, op.cit.

642. De surcroît, la démarche de privatisation implique un développement, ou un « expansionnisme » des activités¹³³⁴, qui sont de grands émetteurs de GES, ce qui semble ne pas être cohérent avec les engagements internationaux de l'Etat français de limiter l'empreinte carbone de ses activités économiques. Cette approche a été développée concernant la privatisation de l'ADP¹³³⁵.

643. Cette question de police s'amplifie dans les terminaux où s'effectuent des opérations de manutention de matières dangereuses¹³³⁶. En plus de contenir des installations pour accueillir et traiter des marchandises classées comme dangereuses, le port constitue un lieu de rencontre entre deux modes de transport de ces dernières. Ainsi, de la question de la protection de l'environnement (comme matière spécifique et objet d'un « service public environnemental »), découle celle, générale, de la police dans les ports et les lieux portuaires.

644. En premier lieu, la présence du régime de l'établissement public comporte des solutions opérationnelles, et ce en termes de garanties. Par exemple, l'obligation d'accueillir des navires en détresse constitue une garantie visant à éviter l'aggravation des accidents liés aux navires. Ainsi l'article L 5331-3 du code des transports dispose que : « *L'autorité administrative enjoint s'il y a lieu à l'autorité portuaire d'accueillir un navire ayant besoin d'assistance. Elle peut également, s'il y a lieu, autoriser ou ordonner son mouvement dans le port.* ».

645. En effet, le droit européen constitue une source d'importance primordiale dans ce domaine, que ce soit au travers de textes émanant d'organisations politiques ou de solutions apportées par les institutions juridiques, tout ceci dans le but de baliser les frontières de la politique européenne en matière de droit de la mer. À titre d'exemple, il est possible de souligner la Directive 2009/16/CE du 23/04/2009 relative au contrôle par l'État du port. Ce texte concrétise, à travers certaines dispositions imposées, l'impératif de protection de la santé et de la vie humaine en haute mer, qui autorise l'État côtier à inspecter et à immobiliser un navire. Cependant, un élément important de la politique européenne crée un paradoxe en ce qui concerne cette dernière disposition. Il s'agit de l'organisation des flux migratoires et la mise en

¹³³⁴ ROBERT-CUENDET Sabrina, « La privatisation d'ADP et les engagements internationaux de la France en matière climatique : quelle cohérence ? », *RDP*, n° 2, 1^{er} mars 2021, p. 428.

¹³³⁵ « La privatisation des aéroports de Paris », colloque de L'Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement (IEJUC), Toulouse 1 Capitole, le 18 octobre 2019.

¹³³⁶ « *Matière ou objet de nature à présenter un risque pour la santé, la sécurité, les biens ou l'environnement qui sont énumérés dans la liste des marchandises dangereuses [fournies] dans les Instructions Techniques [de l'OACI] ou qui sont classées conformément à ces Instructions.* ».

place d'un cadre de secours humanitaires concerté entre les États membres. C'est l'arrêt « *Sea Watch* »¹³³⁷ de la CJUE en date du 1er août 2022 qui a mis en évidence cette dynamique qui guide la politique européenne en réponse aux développements actuels, influençant ainsi le territoire européen. Désormais, les États du port doivent veiller à ne pas dépasser les pouvoirs qui leur sont attribués par la directive CE de 2009/16 lorsqu'ils procèdent aux démarches d'inspection et d'immobilisation des navires battants pavillon d'un autre pays¹³³⁸.

646. En second lieu, c'est du régime de responsabilité que découle l'importance de maintenir le service public de la police. Par exemple, en matière portuaire, le juge administratif impose, « en quelque sorte »¹³³⁹, une obligation de résultat aux agents chargés de la police portuaire pour vérifier que le navire est correctement amarré¹³⁴⁰. D'ailleurs, les accidents qui se produiront dans le périmètre portuaire peuvent être emblématiques, l'affirmation de la souveraineté étatique¹³⁴¹ constitue en la matière une question déterminante, et ce même si la logique poursuivie par certaines décisions¹³⁴² de la jurisprudence européenne consiste à « *remettre en cause le lien existant entre souveraineté et mission de puissance publique.* »¹³⁴³. D'ailleurs, la protection de l'environnement et la législation en la matière pourraient engendrer au nom de cette responsabilité des procès climatiques de grande ampleur, et ce à l'instar de ce qui est appelé « l'affaire du Siècle »¹³⁴⁴.

¹³³⁷ Organisation non gouvernementale a contesté l'inspection et l'immobilisation par les autorités italiennes de deux de ses navires battant pavillon allemand et exerçant une activité systématique de sauvetage en Mer au port de Palerme.

¹³³⁸ Conformément à l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, également désignée sous le nom de Convention de Montego Bay, un droit de passage inoffensif des navires est institué. Toutefois, dans l'arrêt "Sea Watch", l'ONG requérante n'a pas invoqué cette disposition, mais plutôt un excès de pouvoir en ce qui concerne les compétences juridiques conférées à l'autorité portuaire par la Directive 2009/16. V. DELILE Jean-Félix, [Chronique] Chronique de droit de l'Union européenne (juillet - décembre 2022), *La lettre juridique*, février 2023.

¹³³⁹ R. REZENTHEL, « Fasc. 408-60, Ports maritimes : Police- Responsabilité », *op. cit.*

¹³⁴⁰ CE, 26 mars 2008, *Sté Pétromarine*, n° 291195 : JurisData n° 2008-073352, lorsque le Conseil précise par rapport au service de l'amarrage que « *les capitaines de navires sont tenus, dans l'exercice des manœuvres d'amarrage qu'ils effectuent, de se conformer aux consignes qui leur sont données par les autorités portuaires, sous la responsabilité de ces dernières. La carence de l'administration dans la transmission des consignes lors des opérations d'amarrage constitue, nonobstant l'expérience des capitaines et la connaissance qu'ils peuvent avoir des lieux d'appontement, une faute assimilable à un cas de force majeure, exonératoire de la responsabilité des capitaines.* ».

¹³⁴¹ V. MOUTON Stéphane, « Le droit maritime 2.0 vers un changement de paradigme », *DMF*, n° 844, 1^{er} mars 2022, p. 203-214, *op.cit.*

¹³⁴² La décision *Rina* rendue par la CJUE le 7 mai 2020, aff. n° C-641/18.

¹³⁴³ Et ce en « *Cherchant à fusionner le contentieux des activités de certification et celui des activités de classification dans une interprétation « jusqu'au-boutiste » de la théorie dualiste relative à ce sujet sur le fondement du Règlement dit « Bruxelles-1 » du 22 déc.* » MOUTON Stéphane, « Le droit maritime 2.0 vers un changement de paradigme », *op.cit.*

¹³⁴⁴ Un « *recours contre l'inaction climatique de l'Etat français a pour objectif de faire reconnaître par le juge l'obligation générale d'agir de l'Etat français dans la lutte contre le changement climatique* ». Site de [Notre affaires à tous- l'Affaire du Siècle](#)

647. Le second aspect tient à un volet commercial. Le régime de la police portuaire est bien particulier, que ce soit concernant la compétence répartie entre police générale et police spécifique, ou l'objectif qui est quelquefois mêlé à celui économique et commercial de l'exploitation portuaire¹³⁴⁵. Parmi les activités de police rattachées à une mission régaliennne, certaines activités peuvent quelquefois relever d'un aspect économique, ce qui est notamment le cas du pilotage. Il peut exister une possibilité de privatisation des services de police portuaire par la libéralisation de l'auto-assistance¹³⁴⁶. En 2001, et dans un rapport de l'Assemblée nationale, les députés ont avancé, à l'occasion d'une proposition de la Commission, que les dispositions liées à la possibilité de l'auto-assistance que celle-ci voulait mettre en place produisent, en effet, la privatisation de la sécurité portuaire¹³⁴⁷.

648. Le Conseil constitutionnel a jugé que la police dans les ports maritimes n'est pas une activité économique¹³⁴⁸. Quant à la Cour de justice, elle a accepté la caractéristique d'intérêt économique général concernant l'activité de pilotage. Nous constatons que, même dans les ports privatisés dans les autres pays, celle-ci n'est pas régie par les règles du marché. Ainsi, en Grande-Bretagne, la responsabilité de ce secteur est confiée¹³⁴⁹ aux autorités portuaires « compétentes »¹³⁵⁰. D'ailleurs, la distinction entre la gestion d'une infrastructure aéroportuaire et la police a été caractérisée dans la gestion de l'ADP¹³⁵¹ par une personne privée.

¹³⁴⁵ Sur l'ambiguïté du régime de la police dans les ports, V. VENDE Bertrand, *Les polices dans les ports maritimes*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, coll. « Bibliothèque du Centre de droit maritime et des transports », 2005.

¹³⁴⁶ DUPILET Dominique, *Rapport N° 3554 Assemblée nationale au nom de la Commission de la production et des échanges sur la proposition de résolution n° (3518) de M. Daniel PAUL, sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe, et sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702)*, 2002.

¹³⁴⁷ PAUL Daniel, *Rapport d'information N°3507 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, sur la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702)*, Assemblée nationale, décembre, 2001.

¹³⁴⁸ Cons. conc., déc. n° 08-D-18, 30 juill. 2008, relative aux activités de remorquage par le port autonome du Havre et la société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH).

¹³⁴⁹ En fonction d'une loi : *the Pilotage Act* de 1987.

¹³⁵⁰ « C'est-à-dire les autorités portuaires dotées des pouvoirs conférés par la loi pour réguler les mouvements des navires et contrôler la sécurité de la navigation à l'intérieur de leur port, et dont l'étendue du port est entièrement ou partiellement comprise dans un des anciens districts de pilotage. ». Rapport N° 3554 Assemblée nationale au nom de la Commission de la production et des échanges sur la proposition de résolution n° (3518) de M. Daniel Paul, sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe, et sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires (COM [2001] 35 final/E 1702), *op.cit.*

¹³⁵¹ Loi 2005-753 du 20 avril 2005 relative aux aéroports en fonction de laquelle la société ADP exécute, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police, les missions de police administrative. Dans l'article 6 le législateur a précisé « qu'un cahier des charges fixera les conditions dans lesquelles elle assurera les services publics de police ». (Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005).

649. La question peut se poser de savoir si la mission de police peut être déléguée. Il faut noter que dans certains ports, dont l'importance ne le justifie pas, des agents peuvent exercer une mission de police. Cela pourrait-il signifier qu'il existerait une possibilité de privatisation de ce service ? B. Vendé¹³⁵² évoque la question de la privatisation de la police portuaire, en constatant qu'il y avait « une tentation à la privatisation des polices portuaires » par les concessionnaires. Etant donné que le pouvoir de celles-ci ne se délègue pas, le concessionnaire « ne dispose d'aucun pouvoir dans ce domaine »¹³⁵³. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs jugé que l'exercice du pouvoir de police ne peut pas être légalement délégué pas par la voie contractuelle¹³⁵⁴.

650. La question de la délégation à des personnes privées de la police a été étudiée au sein des sciences administratives. Une grande partie de la réponse tient nécessairement aux garanties présentées. Ainsi, il a été allégué que « la police publique n'a plus le monopole de l'usage « légitime » de la force »¹³⁵⁵. Or, en cas de privatisation de la police, un intérêt financier poursuivi dans le service de celle-ci pourrait gravement nuire au bon fonctionnement de ce dernier. Ce constat est, comme le précisent des théoriciens administratifs américains, lié au fait que :

« Les sociétés de police privées sont tournées vers le profit, on peut raisonnablement penser qu'elles vont éviter de dépenser les sommes d'argent importantes nécessaires pour former leurs agents. Ces agents ne possèdent par conséquent pas les connaissances nécessaires en matière de droit pénal et de procédure, ni les qualifications nécessaires pour faire face à certaines situations à risque. Ces phénomènes augmentent le risque de fautes par la police ou de corruption, d'où un risque plus grand de défaillance du marché et de responsabilité gouvernementale. ».

651. La question se pose alors de savoir comment peut s'exercer la police portuaire dans le cadre du marché libéralisé. L'article 103-1 du **CPM** dispose que le **GPM** doit accomplir ses missions dans le contexte de l'intégration des enjeux de développement durable et du droit de la concurrence. C'est par la combinaison de ces deux éléments que la police portuaire liée à

¹³⁵² VENDE Bertrand, *Les polices dans les ports maritimes*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, coll. « Bibliothèque du Centre de droit maritime et des transports », 2005, p. 117.

¹³⁵³ REZENTHEL Robert, « L'exercice des pouvoirs de police dans les ports maritimes », *DMF*, n° 647, 1^{er} avril 2004, p. 387-395.

¹³⁵⁴ CE, 10 déc. 1962, Assoc. Pêche et pisciculture Orléans : Lebon, p. 675. – CE, 1^{er} avr. 1994, n° 144152 et n° 144241.

¹³⁵⁵ RAWLINS Pace William et KWON Sung-Wook, « Walking the line on police privatization: efficiency, accountability, and court decisions », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. 82, n° 3, 27 septembre 2016, p. 613-631.

l'exploitation portuaire peut être assurée conformément aux règles du droit européen de la concurrence. L'autorité portuaire des **GPM** doit assurer la transparence dans sa mission de police d'attribution des postes à quai et d'occupation des terre-pleins¹³⁵⁶, ainsi que dans les autorisations qu'elle attribue aux intéressés au titre de sa gestion du domaine public, et ce à partir du moment où ce dernier constitue le support d'une activité concurrentielle¹³⁵⁷.

§2. Les alternatives à la privatisation totale des GPM : la gouvernance par la sociétisation

652. Nous avons constaté une intégration progressive des outils inspirés du droit privé dans la gestion portuaire ainsi qu'une tendance à s'inspirer de l'organisation des entreprises privées pour structurer les conseils portuaires chargés de l'administration. Il convient en ce sens de constater que de nouvelles formes juridiques sont mises en place pour l'exploitation portuaire, même si elles ne sont pas encore appliquées aux **GPM (A)**. Dans cette optique, il convient d'examiner si les récentes mutations dans le domaine portuaire, de manière générale, sont le vecteur d'une nouvelle gouvernance et jusqu'où ce changement peut s'étendre **(B)**.

A- La sociétisation dans le secteur portuaire

653. La mutation dans la gestion des ports décentralisés a abouti à la possibilité de créer des sociétés portuaires, et ce en fonction de l'article 35 de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports.

654. Le système portuaire consistant dans le recours aux sociétés portuaires a déjà été adopté par plusieurs régimes portuaires dans le monde. Cependant, la mise en place de ce système prend une dimension différente selon l'importance des ports de commerce en question, principalement suivant deux critères. Il peut s'agir d'un désengagement de l'Etat de la gestion portuaire en recourant à ce que R. Rézenthel appelle « une privatisation à la carte »¹³⁵⁸. C'est le cas concernant le régime des ports colombiens. Ainsi, selon la loi colombienne n° 1 du 10 janvier 1991 relative au statut des ports maritimes, « *La création, l'entretien et le*

¹³⁵⁶ L'article L. 5331-7 du Code des transports.

¹³⁵⁷ CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260, *op. cit.* Note Christian LAVIALLE, *RDI*, 1999, p. 630.

¹³⁵⁸ REZENTHEL Robert, « Les régimes portuaires dans le monde », *DMF*, 1996, *op.cit.*

fonctionnement continu et efficient des ports sont d'intérêt public. Les organismes publics comme les entreprises privées peuvent constituer des sociétés portuaires pour construire, entretenir et gérer des terminaux ou des quais et fournir tous les services portuaires ».

655. Le second aspect de la création des sociétés portuaires relève d'une portée internationale des ports et de la perspective de leur développement en fonction de la globalisation du commerce. Tel est, par exemple, le cas de certains ports japonais¹³⁵⁹, pour lesquels le législateur¹³⁶⁰ a adopté le régime de la « société portuaire » en vue de l'exploitation des terminaux portuaires, puisque ce régime est utilisé en particulier pour les grands ports internationaux de *Keihin* et de *Hanshin*, du fait qu'en 2004, ils figuraient parmi les « ports supérieurs internationaux (*Super-chusu-kowan*) »¹³⁶¹. Ce sont des sociétés privées, dont la création est autorisée, en principe, par le ministre des Transports, à la demande des gestionnaires portuaires concernés. Cette sociétisation ne débouche pas pour autant sur la totale privatisation des activités portuaires, car la réglementation du port demeure assurée par le gestionnaire portuaire.

656. En France, et en ce qui concerne les ports autonomes et le nouveau **GPM**, deux niveaux d'expériences peuvent être étudiés, l'un est dans une perspective voisine du secteur portuaire et l'autre intrinsèque à l'activité portuaire mais dans une autre échelle de l'administration.

657. Plus concrètement, le premier aspect est lié à la création des sociétés aéroportuaires¹³⁶². Cette création a été élaborée, d'un côté, dans la perspective de l'augmentation du capital en résonance avec la nécessité d'adapter l'**ADP** à un niveau concurrentiel, et de l'autre, dans une prise en compte renforcée de l'objectif du développement du territoire. Cette dernière donnée a été adaptée à la préservation des intérêts des « opérateurs historiques », que sont les chambres de commerce et d'industrie **CCI**, et à une ouverture de la participation des collectivités territoriales à cette gestion¹³⁶³.

¹³⁵⁹ KIMURA Takumaro, « Les mutations du droit portuaire japonais : un défi à la décentralisation ? », *DMF*, n° 745, 1^{er} mars 2013, p. 261-270.

¹³⁶⁰ Art. 43 *undecies* et s.

¹³⁶¹ Une politique portuaire lancée par le ministre des Transports en 2004. En 2005, et suivant cette politique, le législateur « a consacré une nouvelle catégorie de ports maritimes, en tant que sous-catégorie de ports principaux d'intérêt national : il s'agit des « ports principaux particuliers d'intérêt national », *ibid.*

¹³⁶² Loi 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports concernant la société aéroportuaire ADP (art 1-6) et les grands ports régionaux (art 7).

¹³⁶³ V. Rapport N° 2045 - de François-Michel GONNOT sur le Projet de loi relatif aux aéroports, Rapp. De l'Assemblée nationale (1914), 1^{er} février 2005.

658. Le second aspect de la sociétéisation qu'il convient d'étudier est celui de la création de sociétés portuaires pour l'exploitation des ports décentralisés¹³⁶⁴. Il s'agit, d'une certaine manière, juste après la mise en place de la loi relative aux libertés et responsabilités locales en 2004, d'un renforcement de l'implication des collectivités territoriales dans la gestion des ports, mais en recourant à une voie empruntée au droit privé, qui est la sociétéisation. Cette dernière visait également un assouplissement de la gestion des infrastructures portuaires (outillages publics). Par exemple, une société portuaire a été créée pour la gestion du port de Brest¹³⁶⁵. Elle a repris la concession du port. Ce système s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de développement durable, car des espaces d'aménagement, en particulier pour le développement des énergies marines renouvelables, ont été prévus¹³⁶⁶.

659. Il faut noter que la création des sociétés portuaires et aéroportuaires constitue une dérogation en matière d'intervention économique régionale, départementale et communale¹³⁶⁷. Mais le régime de ces deux systèmes de sociétés déroge, également par la loi, à l'application de certaines dispositions de la loi n° 93-122 (dite loi Sapin)¹³⁶⁸. Cependant, cette dérogation tient à une spécificité caractéristique de ces sociétés, dont le capital est entièrement détenu par des personnes publiques. Ainsi, lors du transfert de la concession des anciens propriétaires et concessionnaires¹³⁶⁹ aux nouvelles sociétés, l'obligation de recourir à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes¹³⁷⁰ n'est pas appliquée lors de l'apport dans ces sociétés des concessions portuaires¹³⁷¹ et aéroportuaires¹³⁷². Or, à l'égard

¹³⁶⁴ Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, *op. cit.* C'est le sénateur Jean-François LE GRAND qui a déposé une proposition de cette loi tendant à la création de sociétés portuaires, dont l'activité principale serait d'assurer l'exploitation commerciale d'un ou de plusieurs port(s) visé(s) au I de l'article 30 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 et au sein desquelles, à l'instar de ce qui avait été institué pour les aéroports régionaux par la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, les collectivités locales – et leurs groupements – pourraient prendre des participations aux côtés des chambres de commerce et d'industrie (CCI) et des investisseurs privés.

¹³⁶⁵ Société portuaire Brest Bretagne. Elle a pour actionnaires la Région (51 %), la Chambre de commerce et d'industrie métropolitaine Bretagne ouest CCIMBO (39 %) et Brest Métropole (10 %).

¹³⁶⁶ CROS Sophie et LERIQUE Florence, *Les ports de France, quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?*, *op.cit.*

¹³⁶⁷ En fonction des articles L 4211-1, L 3231-6 et L 2253-1 du code des collectivités territoriales : sur la prise des participations aux groupements de collectivités territoriales et aux autres établissements publics locaux.

¹³⁶⁸ La loi n° 93-122 (dite loi Sapin I) du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹³⁶⁹ Les propriétaires des ports étaient les collectivités territoriales, les concessionnaires étaient les chambres de commerce et d'industrie.

¹³⁷⁰ Article 38 (Abr) al. 2 de la loi Sapin I, *op.cit.*

¹³⁷¹ Article 35 al. 3 de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (JORF n°5 du 6 janvier 2006).

¹³⁷² Article 7 al. 2 de la loi 2005- 357 du 20 avril 2000 relative aux aéroports.

du droit européen de la concurrence, cette dérogation constitue une « situation privilégiée »¹³⁷³, lorsque la création de ces sociétés est « *intervenue en dehors de toute considération communautaire. Elle constitue le prolongement de la décentralisation, avec implicitement une ouverture vers la privatisation des infrastructures de transport* »¹³⁷⁴. La question de la mise en concurrence de l'apport de ces concessions dans ces nouvelles sociétés s'avère problématique, notamment lors de l'ouverture du capital aux actionnaires privés. R. Rézenthel¹³⁷⁵ précise en ce sens que « *les sociétés portuaires et aéroportuaires demeurent titulaires des concessions qui avaient été accordées à l'origine aux chambres de commerce et d'industrie pour l'aménagement des aérodromes et des ports d'intérêt national, même si des actionnaires privés participent au capital à condition qu'ils aient été sélectionnés selon une procédure objective et publique.* »¹³⁷⁶. Ainsi, les dispositions des apports en société de la concession sans mise en concurrence sont juridiquement justifiées car il s'agit d'une opération « *in house* », et ce puisqu'initialement, ces sociétés devaient être détenues majoritairement par des personnes publiques. Or, et comme R. Rézenthel¹³⁷⁷ l'a constaté, un potentiel d'ouverture du capital de ces sociétés à des personnes privées est envisageable, ce qui changerait leur statut à terme en des sociétés d'économie mixte, et modifierait les données en fonction du niveau d'exigences. Ainsi, cet apport en société doit être soumis au principe de la transparence¹³⁷⁸, car pour être en conformité avec le droit européen¹³⁷⁹, il faut assurer une publicité adéquate et un contrôle d'impartialité.

660. Cependant, cette possibilité de cession ou d'apport en société des concessions aux sociétés a été limitée aux ports décentralisés. Cette dernière disposition ne concerne pas les ports qui relèvent de l'Etat, ni les **GPM**. D'ailleurs, les sociétés portuaires créées en fonction de la loi de 2006 avaient pour but d'exploiter les outillages publics, tandis que depuis 2008, les

¹³⁷³ R. REZENTHEL, F. VANTORRE, « Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », *DMF*, 1^{er} juillet 2006.

¹³⁷⁴ Par exemple, la société Brest est délégataire sans appel à la concurrence.

¹³⁷⁵ REZENTHEL Robert, « Fasc. 530 Concessions portuaires et aéroportuaires », *JurisClasseur Contrats et Marché publics*, 2021.

¹³⁷⁶ Et ce à l'exception de la société ADP qui n'a plus la qualité de concessionnaire de l'Etat et en raison de son statut légal particulier déterminé par la loi (art. L. 6323-1 et s. du code des transports). Elle est placée sous un régime *sui generis*.

¹³⁷⁷ R. REZENTHEL, F. VANTORRE, « Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », *DMF*, 1^{er} juillet 2006, *op.cit.*

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ Selon la CJCE, 6 avr. 2006, *Associazione nazionale autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, aff. n° C-410/04, *prcit*, point 21 : « *Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».

GPM doivent cesser d'exploiter ces derniers. La création des sociétés portuaires dans ceux-ci demeure-elle envisageable ? Si tel est le cas, dans quelle perspective ?

B- Gouvernance par la sociétisation : la création des sociétés portuaires dans le cadre des projets intégrant les enjeux de développement durable

661. La détention entièrement publique des sociétés portuaires est prévue par la loi, la question se pose de savoir si cette disposition est conforme au droit européen. Elle semble susceptible de porter atteinte à la libre circulation des capitaux. De surcroît, cela implique une problématique liée à des prises de participations des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire¹³⁸⁰. La question se pose de savoir si cette réserve peut être justifiée par un motif d'intérêt général. Selon R. Rézenthel et F. Vantorre, « *aucun motif d'intérêt général ne semble justifier cette réserve* »¹³⁸¹. Néanmoins, ce texte n'interdit pas l'accès ultérieur d'actionnaires privés au capital social, d'autant plus que la création d'une société, fût-elle entièrement détenue par des personnes publiques, a pour effet de créer une personnalité morale juridiquement distincte des actionnaires qui la détiennent¹³⁸².

662. D'ailleurs, la société entièrement détenue par des personnes publiques présente certaines limites. Celles-ci sont créées sous la forme d'une société anonyme, toute augmentation du capital doit être en mesure de respecter le régime juridique européen des aides d'Etat¹³⁸³. Or, certains investissements portuaires projetés dans le secteur portuaire relèvent d'une ampleur qui nécessite une adaptation du régime d'exploitation. Il convient de chercher à déterminer quelle solution de gouvernance adopter afin de concilier ces limites de la gestion publique avec les nécessités émergentes.

663. Dans certains ports relevant des collectivités territoriales, des sociétés portuaires sont créées dans l'objectif de répondre à des conditions de nature économique, mais dans une perspective de développement durable. Nous tenons à étudier la spécificité de ces sociétés

¹³⁸⁰ REZENTHEL Robert, « La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire », *AJDA*, n° 11, 22 mars 2004, p. 573-578.

¹³⁸¹ REZENTHEL, R, VANTORRE F, « Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », *op.cit.*

¹³⁸² TPI 13 sept. 2005, *Lucia Recalde Langarica c/ Commission*, aff. n° T-283/03 points 167 et 168. (Cité par R. Rézenthel et F. Vantorre, *les sociétés portuaires et aéroportuaires*, 2006). Sur les services effectués par un fonctionnaire pour un autre Etat que celui de sa résidence.

¹³⁸³ Sur l'origine étatique « *des prêts, des garanties et de la recapitalisation consentis* », (Affaire *Stardust*, CJCE, 16 mai 2002, France c/ Commission, aff. n° C 482/89, Rec., p. I-4397 ; Europe 2002, comm. n° 250, point 32 et suiv.

modernes car elles représentent plusieurs nouveautés en droit portuaire. Il s'agit de la création de la société portuaire dans le cadre du développement des projets portuaires. C'est la société des ports du Détroit **SPD**¹³⁸⁴ et son concessionnaire¹³⁸⁵, la société d'exploitation des ports du Détroit **SEPD**¹³⁸⁶, rassemblant les mêmes actionnaires.

664. La particularité de cette société tient tout d'abord à un montage contractuel spécifique entre la région et les deux sociétés portuaires. Ainsi, la région (Hauts-de France) a confié, dans le cadre d'une **DSP**, la gestion, l'exploitation, la maintenance et le développement des infrastructures pour les deux ports (Calais et Boulogne-sur-Mer). La question se pose de savoir si cette délégation devait faire l'objet d'une mise en concurrence. En effet, l'actionnariat de la **SEPD** est, en effet, majoritairement public, ce qui permet le transfert de la concession à la société sans application des dispositions de la Commande publique, et ce en application des droits exclusifs définis par la loi pour l'aménagement et l'exploitation des concessions portuaires¹³⁸⁷. Le régime des droits exclusifs permettrait ainsi d'exclure ces concessions du champ du régime des concessions résultant de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016¹³⁸⁸. Cependant, la **SEPD** a subdélégué « *l'ensemble des missions liées à la maîtrise d'ouvrage et au financement* » du projet Calais Port 2015 à une société anonyme à actionnariat majoritairement privé, il s'agit de la société des ports du Détroit (maîtresse d'ouvrage) **SPD**. La question concerne alors la conformité de cette subdélégation aux dispositions de délégation de service public. Dans ce cadre, « *la sous-traitance, ou subdélégation d'un service public, est possible sous réserve qu'elle soit expressément autorisée par le délégant ou prévue dans le contrat de délégation. Le contrat de subdélégation s'analyse en un contrat administratif, dans la mesure où le délégataire agit dans ce cas en tant que mandataire du délégant* »¹³⁸⁹ Par principe, la passation d'un contrat de ce type doit être assurée « *dans un minimum de*

¹³⁸⁴ La structure spécialement créée pour le financer, construire, entretenir pendant 50 ans le projet Calais Port 2015.

¹³⁸⁵ « *Afin de réaliser le projet d'extension CALAIS PORT 2015, le Conseil Régional Hauts-de-France, autorité portuaire, a transféré la concession du port de Calais et de Boulogne-sur-Mer le 19 février 2015 à la Société d'Exploitation des Ports du Détroit (SEPD). Ce transfert est effectif depuis le 22 juillet 2015.* ». [Site de CCI-Hauts-de-France](#)

¹³⁸⁶ « *La SEPD est une Société Anonyme ayant pour Président Directeur Général Jean-Marc PUISSESSEAU et un actionnariat majoritairement public (73% Chambre de Commerce et d'Industrie Région Nord de France et Chambre de Commerce et d'Industrie Côte d'Opale, 11% MERIDIAM, 11% CDC Infrastructures, 5 % salariés).* », *ibid.*

¹³⁸⁷ 5° de l'article 11 de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 (relative aux contrats de concession) « *Il s'agit des droits exclusifs définis par la loi pour l'aménagement et l'exploitation des concessions portuaires* ». Fasc. 530- Concessions portuaires et aéroportuaires, p 31.

¹³⁸⁸ Cette dernière fait partie du nouveau code de la commande publique **CCP**. (Publié JORF le 5 décembre 2018, et est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019).

¹³⁸⁹ Lamy Environnement. L'eau, Partie 2 L'eau et ses utilisateurs « 226-58 - Subdélégation de service public. », 2012.

concurrence »¹³⁹⁰. Ainsi, selon le considérant 33 de la directive concession¹³⁹¹, l'exclusion des dispositions liées à la commande publique¹³⁹², sur la base de l'octroi d'un droit exclusif¹³⁹³ devrait « *faire l'objet d'une obligation de publication d'un avis d'attribution de concession afin de garantir une transparence minimale* ». Il faut noter que la subdélégation¹³⁹⁴ ne relève pas d'un cifique, son régime est « simplement jurisprudentiel »¹³⁹⁵. Dans le secteur portuaire, la Cour d'Appel de Marseille¹³⁹⁶ a accepté que les installations portuaires puissent faire l'objet d'une subdélégation.

665. Or, la subdélégation de cette concession à la **SPD** peut être analysée sur le terrain de l'opportunité de la constitution des sociétés de projet¹³⁹⁷. Il s'agit de faire la différence en termes de financement et de risques entre deux sociétés constituées en *ad-h*, cette dernière s'identifiant comme « *très caractéristique des financements de projet* »¹³⁹⁸. Ainsi, il y a, d'un côté, le concessionnaire (**SEPD**) dont l'objet de la concession est l'exploitation de plusieurs ports (Boulogne-sur-Mer et Calais), qui supporte le risque du trafic, et de l'autre, la société, maître d'ouvrage du projet (**SPD**), chargée à cette fin, du financement et qui supporte le risque de la performance industrielle. La région est propriétaire du port unique, elle est ainsi tenue d'en assurer la police et la réglementation. Cette structure contractuelle est considérée comme « innovante », car elle permet une allocation des risques « *de manière claire entre les acteurs* ».

¹³⁹⁰ DELACOUR Eric, « La subdélégation d'un service public », *Le moniteur Travaux publics*, n° 4905, 28 novembre 1997, p. 76.

¹³⁹¹ Directive 2014/23/ UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

¹³⁹² Impliquant une mise en concurrence. V. RICHER Laurent, « Droit exclusif et commande publique », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert Parleani*, Paris, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2021, p. 445-456.

¹³⁹³ « *Droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité* ». Article 5 de la directive 2014/23 EU du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession.

¹³⁹⁴ C'est aussi le cas concernant les sous-concessions. V. LAURET Romain, « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession ! », *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 179, 1 septembre 2017, p. 26-29.

¹³⁹⁵ Et pour ainsi dire impressionniste comme il le précise L. Rapp. V. RAPP Lucien, « A propos du développement des sociétés de projet : étude de la nature et du régime juridiques des subdélégations », Paris, Litec, 2009, p. 687.

¹³⁹⁶ CAA de Marseille, du 23 juin 2005, *Yacht Club international du Port de St-Laurent-du-Var et a*, n° 02MA02069 02MA02080. V. Note par Didier GIRARD, « Articulation des règles de la concurrence et de celles de passation d'une convention de sous-délégation », *AJDA* 06/02/2006, p. 265.

¹³⁹⁷ V. RAPP Lucien, « A propos du développement des sociétés de projet : étude de la nature et du régime juridiques des subdélégations », *In : Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Paris, Litec, 2009, p. 687.

¹³⁹⁸ Lamy droit des sûretés, Partie 2 Sûretés réelles « 288-51- La constitution d'une société *ad-hoc* » (Maj septembre 2023).

du projet »¹³⁹⁹, et « conforme à la différence d'actionnariat entre les deux sociétés ad-hoc »¹⁴⁰⁰... cette structure devrait permettre également « d'optimiser le montage financier et en particulier le niveau requis de subventions publiques »¹⁴⁰¹.

666. La particularité de ces sociétés tient, en second lieu à un autre aspect nouveau dans le droit français des sociétés. Cette création semble coïncider avec les perspectives projetées de la notion d'entreprise dans les sociétés contemporaines, et ce en tant que dispositif « de création collective dont l'action appelle de nombreuses formes de solidarité privées, publiques ou communes à des acteurs sociaux divers »¹⁴⁰². Ainsi, en fonction de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi Pacte), il s'agit des sociétés ayant une nouvelle qualité créée par la loi et attribuée en remplissant certaines conditions en termes d'objectifs¹⁴⁰³. Il s'agit de la « société à mission », mais aussi des entreprises publiques voyant leur gouvernance modernisée en fonction de cette dernière loi¹⁴⁰⁴.

667. Or, la question consiste donc à vérifier la spécificité de l'actionnariat de la **SPD** au regard de ces modernisations de la loi PACTE. Les deux actionnaires qui détiennent la plus grande partie du capital de la **SPD** (80%) sont issus de la modernisation apportée par cette dernière loi. Il s'agit de la société à mission, *Meridiam*¹⁴⁰⁵, et de la Caisse des dépôts¹⁴⁰⁶. La

¹³⁹⁹ « La Société des Ports du Déroit porte ainsi le financement et le risque de performance industrielle (délais et coûts de construction de Calais Port 2015, maintenance, gros renouvellement). Le risque de trafic est pour sa part supporté par la Société d'Exploitation des Ports du Déroit ». Site de [Société des ports du Déroit- Structure Contractuelle](#)

¹⁴⁰⁰ Selon la publication concernant le montage contractuel entre ces deux sociétés, il est précisé qu' « En effet, **les** Chambres de Commerce, porteuses d'une longue tradition d'exploitants portuaires, sont majoritaires au sein de la **SEPD**, avec 78 % de l'actionnariat, tandis que les fonds d'investissement **CDC Infrastructure** et *Meridiam Infrastructure*, spécialisés dans la réalisation et l'entretien de grandes infrastructures, possèdent 80 % des actions de la **SPD** et lui prêtent 100 % de la dette subordonnée à la mise à disposition de l'ouvrage ».

¹⁴⁰¹ « Calais Port 2015 est le premier projet français bénéficiant du soutien de l'Union Européenne par le "Project Bond Credit Enhancement" de la Banque Européenne d'Investissement, garantissant le remboursement de la dette senior à hauteur de 50,4 millions d'euros. ». Consultable sur le site de la **SPD**, *ibid*.

¹⁴⁰² Chaire Théorie de l'Entreprise - Modèles de Gouvernance et Création Collective. <https://www.te.minesparis.psl.eu/qui-sommes-nous/>.

¹⁴⁰³ Pour la reconnaissance juridique de cette qualité, il faut en faire la demande.

¹⁴⁰⁴ Il s'agit du Groupe Caisse d'épargne et consignations, puisque sa filiale à 100 **CDC Infrastructure** détient 40% du capital de **SPD**. La loi Pacte modernise la gouvernance de la Caisse de dépôt (Art. 108), notamment en accentuant les prérogatives du Conseil de surveillance.

¹⁴⁰⁵ Entreprise d'investissement indépendante. L'objet de cette entreprise est « l'acquisition de participations ou intérêts au Luxembourg ou à l'étranger dans toutes sociétés de capitaux ou de personnes ainsi que la gestion de ces participations et intérêts, la participation à la création, au développement, à la gestion ou au contrôle de toute société de capitaux, entreprise ou société de personnes. A ce titre, elle assume la consultation et la gestion en matière d'investissement de projets d'infrastructures et actifs de partenariat entre le secteur public et le secteur privé. ». V. Cour d'appel de Paris, 18 mai 2016, n° 14/25183.

¹⁴⁰⁶ V. BOUAZIZ Margaux, « La réforme de la Caisse des dépôts et consignations : gouvernance renouvelée et contrôles renforcés », *RDP. La base Lextenso*, n° 6, 1 novembre 2021, p. 1665.

société à mission est une qualité et non une nouvelle catégorie juridique¹⁴⁰⁷. Celle-ci a été consacrée par la loi Pacte en 2019¹⁴⁰⁸. C'est l'article L 210-10 du Code de commerce qui, non seulement, énonce les conditions de création de cette société et y ajoute la précision d'une « raison d'être »¹⁴⁰⁹, mais définit également des objectifs autres que lucratifs, notamment social et environnemental. Cette dernière peut ainsi être définie comme « *une société commerciale dotée d'une raison d'être et tenue de poursuivre des objectifs sociaux et environnementaux, dont l'exécution doit être vérifiée par un organisme tiers indépendant.* »¹⁴¹⁰. Cette prise en compte des intérêts sociaux et environnementaux de la société à mission peut faire de cette dernière un vecteur de rapprochement¹⁴¹¹ de la société, en tant que forme juridique, et de l'entreprise, comme organisation économique et sociale.

668. Dans l'organisation portuaire, la société à mission peut être étudiée par rapport aux limites légales imposées pour l'intérêt général (portuaire) avec le système qui a été mis en place pour la gestion portuaire par les « *trust ports* » au Royaume-Uni, étant donné que ceux-ci étaient tenus de réinvestir leurs profits dans l'amélioration des installations portuaires. La logique peut également rappeler la spécialité des établissements publics, notamment lorsque l'octroi de la qualité de *société à mission* est conditionné à certains critères tenant à la finalité, et cette dernière doit être contrôlée tout au long de la reconnaissance juridique de cette qualité¹⁴¹².

669. Une autre particularité de cet actionnariat tient à la participation du **GPM** de Dunkerque à hauteur de 1%. La participation de ce dernier « *s'inscrit dans un objectif de promotion, de développement et d'aménagement des Ports de la façade littorale de la*

¹⁴⁰⁷ Il n'est donc pas nécessaire de changer de forme juridique pour devenir une société à mission. Cette qualité s'adresse à toutes les sociétés, ce quelle que soit leur forme statutaire. Ainsi, cette consécration en droit français participe « *au processus de réappropriation de certains sujets par le législateur qui s'est traduit par un glissement du droit souple édicté par la pratique et les règles de bonne conduite vers un droit dur inscrit dans le code de commerce et le code civil.* ». Bernard LAURENT-BELLUE, Bruno LAFFONT, « La société à mission : réalité ou artifice ? » *Revue Lamy droit des affaires*, n°158, 1^{er} avril 2020.

¹⁴⁰⁸ V. Errol COHEN, *La société à mission, la loi PACTE, enjeux pratiques de l'entreprise réinventée*, 2019, éd. Hermann.

¹⁴⁰⁹ En fonction de l'article 1835 du code civil. Celui-ci a été modifié pour permettre aux entreprises de préciser une raison d'être. Cette précision de la raison sociale est facultative pour les autres sociétés, alors qu'elle est obligatoire pour la société à mission.

¹⁴¹⁰ MORTIER Renaud, « Top départ pour les sociétés à mission ! ; Note sous Décret numéro 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission, Journal officiel numéro 0002 du 3 janvier 2020 », *Droit des sociétés*, n° 3, 1 mars 2020, p. 21-23.

¹⁴¹¹ V. LARONZE Fleur, *La société à mission: perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi Pacte*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Droit de l'entreprise », 2021.

¹⁴¹² Fait remarquable, aucun « *régime fiscal spécifique n'a été adopté pour les sociétés à mission, il n'y a aucun avantage à rechercher de ce point de vue. Les sociétés qui s'engagent dans cette voie ne le font donc pas pour des raisons fiscales, mais par conviction* ». Laurent DRILLET, « L'entreprise du 21^e siècle », *Lamy droit des affaires*, n° 171, 1^{er} juin 2021, p. 37-44.

Manche ». Une association des salariés a été mise en place au sein de cet actionnariat de la **SEPD**, ce à hauteur de 5%, ce qui constitue une « organisation unique » pour un port français¹⁴¹³.

670. La création de la société des ports du Détroit **SPD** a été introduite dans un cadre de planification stratégique, d'une extension du port de Calais, projet planifié par la région Nord-Pas de Calais¹⁴¹⁴. Celui-ci devrait répondre aux besoins du territoire et faire face à l'augmentation du trafic *trans-manche* sur les lignes courtes, et aussi permettre la mise en place de nouvelles installations afin de recevoir des navires plus grands (de nouvelle génération), que les armateurs prévoient de mettre en service. De ce fait, ce projet constitue, étant donné l'importance de ses financements (365 M euros), le plus grand chantier portuaire européen du XX^e siècle¹⁴¹⁵. Le projet « Calais port 2015 » a fait l'objet d'un débat public en 2009¹⁴¹⁶, lancé par la région en 2010. Il faut noter que ce projet constitue un nouveau type de coopération portuaire, prenant, en l'espèce, la forme d'une société portuaire, puisque dans le cadre de la mise en place de ce dernier, deux ports relevant des collectivités locales sont réunis : Boulogne et Calais, ce qui a donné lieu à un « port unique »¹⁴¹⁷, celui de Boulogne-Calais. Cette création constitue une modernisation dans la gestion portuaire par entité publique¹⁴¹⁸ au niveau des ports décentralisés. Cette propriété de deux ports par la même personne publique, permet de penser que la région a contribué à un certain effacement du lien marquant entre l'institution et l'exploitation des services. Dans ce cadre, et à l'instar de la loi permettant la création des sociétés portuaires, nous pouvons considérer que la propriété publique, en tant que trait essentiel d'un régime économique contrôlé par le secteur public, constituerait, d'une certaine manière, un outil de privatisation de la forme juridique de la gestion portuaire, car il s'agit de la liberté de disposition de la propriété. Cette politique a été mise en œuvre en raison de l'importance économique du port de Calais, ce qui implique des stratégies complexes et liées à des intérêts dépassant un simple intérêt local. Les enjeux consistent ainsi à pouvoir réaliser un certain niveau de concurrence avec les ports commerciaux européens voisins, tout en conciliant

¹⁴¹³ Communiqué de presse du port unique Port Boulogne Calais « *le port de Calais rentre dans une nouvelle ère* », 9 septembre 2021.

¹⁴¹⁴ Devenue, à la suite de la fusion avec l'ancienne région de Picardie, la région Hauts-de-France, et ce en fonction de la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

¹⁴¹⁵ Moniez, L., « Calais, le petit port qui se rêve grand d'Europe », *Le Monde*, publié le 9 septembre 2021

¹⁴¹⁶ V. Bilan du débat public Calais Port 2015. Septembre 2009 - Janvier 2010 établi par le Président de la Commission nationale du débat public (CNDP).

¹⁴¹⁷ C'est le contrat de concession à la SPED qui fait des sites de Boulogne-sur-Mer et de Calais un Port Unique.

¹⁴¹⁸ GUERLET Grégory, *La gestion des ports par une entité publique*, op. cit., p. 80.

« développement portuaire et prise en compte des exigences environnementales et européennes ».

671. Le mode adopté dans les ports de commerce décentralisés permet de poser la question de l'opportunité de la construction de ces sociétés dans les **GPM**, ces derniers demeurant les autorités portuaires chargées de la réglementation. Or, en ce qui concerne le bilan financier, il semble que la constitution des sociétés présenterait plusieurs points qui nécessitent d'être revus sur le terrain de la mise en place du partenariat public-privé pour la gestion des **GPM**. A l'instar de **SPD**, la constitution des sociétés portuaires permettrait¹⁴¹⁹ « d'isoler les sources de financement afin que ces dernières soient consacrées uniquement au projet et selon les intérêts du projet, et non selon les intérêts des différents promoteurs de l'opération »¹⁴²⁰. La question s'ouvre, à la lumière de la constitution de sociétés portuaires, sur la précision du choix de la gouvernance adéquate à la mise en place de ce **PPP**.

C- La nouvelle gouvernance portuaire : vers une externalisation ou non de l'institution portuaire publique GPM ?

672. La création des sociétés portuaires pour l'exploitation des équipements et installations appartenant à des personnes publiques entre dans la logique de l'économie mixte. Il s'agit d'une perspective visant à transformer la gouvernance d'un cadre interne à l'autorité portuaire, vers un cadre externe. Or, au vu des dernières mesures législatives prises dans le cadre de l'organisation et l'exploitation des **GPM**, il semble que les politiques portuaires soient orientées vers une modernisation de la gouvernance au sein des conseils portuaires de ceux-ci et qu'il s'agirait de revisiter les paramètres relationnels avec les acteurs portuaires dans un cadre certes libéralisé, mais s'inscrivant dans une perspective de contractualisation, et non de privatisation par la création de nouvelles formes juridiques consacrées pour l'exploitation portuaire des **GPM**. Ainsi, nous notons que, si l'on vérifie les débats justifiant les modifications dans le régime juridique de l'exploitation portuaire, telles qu'elles sont démontrées dans les

¹⁴¹⁹ Lamy droit des sûretés : « 288-51- la constitution d'une société *ad-hoc* », *op.cit.*

¹⁴²⁰ « À cet égard, le type de société qui est choisi est souvent celui d'une société à responsabilité limitée, par exemple en France de la société anonyme (parfois, pour des raisons de simplification de constitution, les constituants de la société optent pour le régime de la société par actions simplifiée ».

rapports liés aux ports autonomes français¹⁴²¹ et rapportées par les commissions parlementaires, l'hypothèse d'une privatisation de ceux-ci ne semble plus faire beaucoup l'objet d'une réclamation. Or, ce n'était pas le cas lors des rapports parlementaires faits à l'occasion de la proposition des directives sur la libéralisation des services portuaires en Europe au début du XXI^e siècle. Cela est peut-être dû à trois spectres de justifications : à la confirmation du statut public des ports de commerce français à la suite de la réforme de 2008 ; à une mise en place progressive des mesures de droit européen tenant à la séparation entre les services libéralisés et la propriété des ports ; à une affirmation du principe selon lequel la bonne performance des ports de commerce peut être assurée par une adaptation d'une bonne gouvernance de l'institution portuaire. Nous pouvons en déduire que, pour la proposition de nouvelles mesures statutaires visant les ports de commerce, c'est le mode de gestion qui compte, et non celui de la propriété. Or, la privatisation peut être identifiée comme répondant à l'esprit de la politique économique des gouvernements consécutifs. Ainsi, si elle n'a pas été visée directement par les textes, des dispositions législatives et réglementaires mises en place démontrent toutefois une volonté d'imprégner le régime des sociétés privées par des notions issues de l'intérêt général dans une étape apparaissant comme intermédiaire entre l'état actuel de l'action économique publique et une privatisation plus renforcée dans les prochaines années.

673. Sans parler de la privatisation au sens strict du terme, la présence de certaines notions qui y sont liées implique des analyses au cas par cas à la suite des réformes et modifications dans l'organisation portuaire. La création de sociétés dans le cadre d'une mise en place d'une économie mixte constitue une commercialisation, mais qui implique le propriétaire public dans des enjeux pleinement imprégnés de droit privé. Il faut chercher les critères autres que ceux identifiant la privatisation *stricto-sensu*, et ce afin de définir le régime juridique adéquat à chaque situation. Par exemple, en ce qui concerne la participation au capital, le critère de l'influence « notable » (20 % au moins des droits de vote ou présence dans un organe significatif de l'entité) constitue le critère de compétence de l'Agence des participations de l'État **APE**.

674. Contrairement à ce qui se passe dans le secteur ferroviaire, il n'existe pas d'autorité spécifique chargée de la régulation pour les ports. En ce sens, il semble que celle-ci doive être

¹⁴²¹ Comme le Rapport d'information N°1154 par la Commission des affaires européennes sur *l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports* en 2013 par la députée Mme. Danièle AUROI ; et Sénat. Rapport d'information N°520 au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable relatif à *la stratégie nationale portuaire en 2021* par les sénateurs Mme. Martine FILLEUL, et M. Didier MANDELLI.

mise en place par des autorités non sectorielles telles que l'autorité de la concurrence¹⁴²², qui peut jouer un rôle essentiel dans l'exploitation portuaire¹⁴²³. La gestion de l'Agence des participations de l'Etat **APE**¹⁴²⁴ apparaît également comme une solution intéressante dans le cadre de l'implication de « l'Etat actionnaire ». De surcroît, c'est au **GPM**, en tant qu'institution publique de l'Etat (**EPA**), qu'il appartient de participer à ce rôle, en veillant, d'un côté, à respecter les dispositions nationales et européennes en ce qui concerne la réglementation portuaire (environnement, police, et droit de la concurrence), et, de l'autre, à garantir la transparence dans les relations et rapports qu'il serait mené à mettre en place pour l'organisation et la gestion portuaire.

¹⁴²² Apparaissant comme la seule autorité « générale » de la concurrence. V. PEZ Thomas, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *Revue du Droit public (RDP)*, n° 2, 1 mars 2014, p. 358-378.

¹⁴²³ V. NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse, *op. cit.*

¹⁴²⁴ Le décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 a créé une **Agence des participations de l'État** dont l'objectif est d'incarner la politique de l'État actionnaire fixée par le Gouvernement, assurant la distinction avec les fonds souverains, et la clarification de « la frontière entre secteur public marchand et secteur public non marchand ». V. Lamy droit public des affaires, Partie 1 Cadre juridique de la vie des affaires Chapitre 1 Entreprises publiques nationales, Régime des entreprises publiques.

Conclusion du chapitre II

675. Dans une économie de marché mondialisée, aucun secteur économique dans un pays donné ne peut fonctionner de manière isolée. Ainsi, la modernisation de la gouvernance est essentielle pour adapter le régime portuaire aux réalités actuelles, que ce soit par le biais d'une externalisation ou d'une réforme des conseils des **GPM**, à l'instar de ce qui a été réalisé avec la réforme portuaire de 2008. Ce choix dépend de la liberté du gouvernement français, et ce à l'opposé du choix concernant la libéralisation ou non des services concurrentiels. À la lumière des sociétés portuaires intégrant les régions et les collectivités territoriales dans les ports décentralisés, la stratégie nationale portuaire à venir pourrait envisager un plan de développement visant les **GPM**, avec des choix organisationnels potentiellement reflétés dans des propositions ou des projets de loi.

676. Si une privatisation complète des services portuaires puisse sembler risquée, maintenir le statut d'établissement public paraît plus cohérent et raisonnable, en tenant compte des circonstances économiques et des spécificités françaises liées au service public. Comme le signale le rapport relatif à la gouvernance et la performance des ports maritimes¹⁴²⁵, une solution peut être recherchée en premier lieu dans la gouvernance des nouveaux **GPM**, ce qui serait d'ailleurs l'occasion de faire évoluer l'organisation de l'administration publique. La récente création d'un nouvel établissement public fusionnant trois ports¹⁴²⁶, dont deux sont des **GPM**, laisse penser que l'orientation privilégiée est le maintien de ce statut tout en travaillant à sa modernisation.

677. Cette modernisation de la gouvernance des GPM peut être accompagnée d'une implication encouragée et encadrée de l'État actionnaire dans la politique d'investissement économique. Le contrôle exercé par les conseils internes des **GPM** et par les autorités indépendantes peut contribuer à concilier les intérêts économiques et financiers avec ceux liés à l'intérêt général et à l'ordre public.

¹⁴²⁵ Rapport d'information de M. Michel VASPART, fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable n° 580 tome I (2019-2020) - 1^{er} juillet 2020.

¹⁴²⁶ Fusion des ports de Paris, du Havre et de Rouen en un établissement unique (HAROPA) par un décret n° 2021-618 du 19 mai 2021 relatif à la fusion du port autonome de Paris et des grands ports maritimes du Havre et de Rouen en un établissement public unique. Ce dernier a engendré une modification du décret n° 59-587 du 29 avril 1959 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales.

CONCLUSION DU TITRE I

678. Le Marché de partenariat ne constitue pas la voie contractuelle la plus utilisée dans l'exploitation économique portuaire des **GPM**¹⁴²⁷. Cependant, la création de nouvelles institutions pour la gestion des grands ports de commerce a justifié le développement d'un instrument contractuel spécifique, qui est la convention de terminal. Cette convention présente certaines similitudes avec le régime du marché de partenariat, notamment en ce qui concerne la rémunération conditionnée par la performance.¹⁴²⁸ Cependant, contrairement au marché de partenariat, la rémunération dans le cadre de la convention de terminal découle de l'exploitation plutôt que de l'administration. Néanmoins, le régime juridique de la convention de terminal a subi des évolutions jurisprudentielles qui ont soulevé des questions de sécurité juridique. La complexité du droit portuaire, en particulier en ce qui concerne les contrats conclus dans l'exploitation portuaire, est une raison essentielle de cette confusion, justifiant ainsi la nécessité d'une clarification législative de la contractualisation potentielle dans le cadre de l'exploitation des services des **GPM**.

679. La position des gestionnaires portuaires s'adapte à ce nouveau paramètre relationnel de partenariat, qui consacre ainsi la nouvelle vision de l'intervention économique publique. En plus des contrats conclus avec les parties concernées, les formes inspirées du droit privé sont de plus en plus présentes dans l'implication économique des gestionnaires portuaires dans la prestation des services portuaires. Ainsi se concrétise dans les ports la combinaison entre la politique d'un État stratège et les stratégies d'un État actionnaire, organisées autour de la nouvelle contractualisation répandue dans l'action économique publique et l'organisation de l'administration publique.

680. La transformation des établissements publics portuaires en sociétés de droit privé ne semble pas être très pertinente compte tenu des systèmes portuaires adoptés dans le monde et de la notion étendue de l'intérêt général dans la gestion portuaire en France. Cependant, cela n'empêche pas d'envisager des modernisations à l'instar de ce qui a été créé dans les ports décentralisés. Juridiquement, cette modernisation nécessiterait une clarification juridique du régime des **GPM** relevant de l'État, notamment en ce qui concerne la création des sociétés

¹⁴²⁷ V. Naudin. A., C, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse, *op. cit.*, p. 233.

¹⁴²⁸ V. « L'actualité de la commande et des contrats publics », *le Moniteur*, n° 174/2014, Dossier : Les classes incitatives et performancielles.

portuaires. L'enjeu principal réside dans l'évaluation de l'efficacité et de l'opportunité en termes d'objectifs de développement durable, afin de déterminer si une nouvelle modernisation juridique par la sociétisation est nécessaire. En attendant, les **GPM** peuvent créer des filiales et prendre des participations dans des entreprises privées investissant dans leur place portuaire, voire au-delà de cette place, toute en respectant les règles applicables

TITRE II : L'ADAPTATION PORTUAIRE A DE NOUVELLES EXIGENCES D'INTERET GENERAL

681. La notion de port aménageur intègre plusieurs aspects techniques et juridiques : telles que le port propriétaire, le port régulateur et le port coordinateur, dans le but de réaliser l'intérêt général. Elle englobe également des liens, avec trois catégories de matières juridiques : le droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme et le droit des transports.

682. En vertu des dispositions de la loi portant réforme portuaire, la conciliation entre les enjeux du développement durable constitue un objectif que les **GPM** doivent prioriser lors de l'exercice de leurs missions légales.

683. L'intérêt général va au-delà de la notion de service public¹⁴²⁹. Les parties concernées par les enjeux de l'aménagement et de l'exploitation portuaires doivent s'associer dans le cadre de cet intérêt. Ainsi, d'autres règles relevant du droit de l'environnement doivent être appliquées en assurant une coordination entre les autorités portuaires et les entreprises privées, qui sont également concernées par ces règles. **(Chapitre II).**

684. Les acteurs, tant publics que privés, au sein des **GPM** sont ainsi responsables par la réalisation d'un intérêt général environnemental. Cependant, l'autorité portuaire demeure moteur principal capable, grâce à une planification rationnelle, de concilier l'intérêt économique avec l'intérêt général. Cela se réalise notamment par le biais de collaborations visant à promouvoir l'intermodalité et à valoriser le domaine public portuaire, dans le cadre plus large de l'aménagement du territoire. **(Chapitre I).**

¹⁴²⁹ Des personnes privées peuvent, en effet, exercer des activités d'intérêt général sans être pour autant chargées de missions de service public, comme c'est le cas des syndicats qui assurent la défense d'un intérêt collectif. V. R. REZENTHEL, « L'aménagement et la gestion des ports au regard de l'intérêt général », *DMF* n°800, mars 2018.

CHAPITRE I : L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE : LE ROLE DU GRAND PORT MARITIME DANS LA VALORISATION DES INFRASTRUCTURES ET DU DOMAINE DE LA « PLACE PORTUAIRE »

685. Depuis la réforme portuaire de 2008, l'implication économique des **GPM** revêt de nouvelles formes. Bien que le poids du service public ait été « réduit » dans les aspects industriels et commerciaux, le port demeure le gestionnaire public de l'ensemble portuaire à la fois sur le plan concurrentiel, dans le domaine commercial, et sur le plan administratif, pour les missions relevant de l'exercice des prérogatives de la puissance publique. En outre, la création de ces institutions devrait être justifiée par leur importance dans les enjeux de « l'aménagement du territoire »¹⁴³⁰, conformément à la loi.

686. Dans ce chapitre, nous étudions le cadre juridique établi pour améliorer la compétitivité des ports maritimes, incitant les autorités portuaires à jouer un rôle actif dans les investissements nécessaires tout en valorisant leurs ports respectifs dans le respect des exigences du développement durable et de l'économie de marché.

687. La réglementation actuelle en matière de report modal et son application dans le secteur portuaire sont des éléments essentiels à prendre en compte. Cette réglementation s'inscrit dans un cadre juridique relevant des règles de l'Union européenne. Il est important d'examiner de manière approfondie les cas de certains ports par rapport à d'autres, dans le contexte du développement de ces projets (**Section 1**).

688. La revitalisation du domaine portuaire, notamment par le biais de la réindustrialisation, représente un défi majeur et actuel pour les autorités portuaires. Elles doivent créer un environnement incitatif pour attirer les investisseurs, tout en continuant à bénéficier des financements publics si nécessaire. Cette approche semble de plus en plus indispensable pour « réarmer » les ports français face à la concurrence.

¹⁴³⁰ Article L 101 du code des ports maritimes : « Lorsque l'importance particulière d'un port le justifie au regard des enjeux du développement économique et de l'aménagement du territoire, l'Etat peut instituer, par décret en Conseil d'Etat, un organisme appelé " grand port maritime ". ».

689.Effectivement, les efforts visant à revitaliser les ports doivent être réalisés en conformité avec les règles du droit européen, ce qui représente un défi juridique pour les autorités portuaires. **(Section 2).**

Section 1. L'implication économique du port aménageur de l'infrastructure portuaire : vers une intermodalité optimisée

690. La gestion générale du port confère à l'autorité portuaire de nouveaux moyens d'exploitation économique, qui sont à la fois des vecteurs de promotion et de valorisation des ports, tout en représentant des missions qui lui incombent (§1). Cependant, pour une promotion efficace, il est nécessaire d'avoir un cadre organisationnel et de planification plus intégré, qui ne se limite pas à l'institution portuaire seule (§2).

§1. Le fret ferroviaire des grands ports maritimes : la recherche de la compétitivité par la maîtrise des infrastructures

691. La réforme de 2008 a octroyé aux **GPM** la gestion des réseaux ferroviaires intégrés dans leurs circonscriptions. Cette mesure a également consacré d'autres dispositions relatives à l'organisation des voies ferrées dans les ports maritimes, notamment en ce qui concerne la sécurité et la répartition des compétences (**A**). Le régime d'exploitation des voies ferrées portuaires (**VFP**) a ainsi été envisagé dans un cadre qui n'est pas totalement dissocié de celui de l'exploitation des réseaux ferroviaires nationaux (**RFN**). (**B**).

A- Le régime juridique des réseaux ferrés portuaires : une autonomie renforcée des GPM à l'égard de leurs infrastructures ?

692. La répartition des compétences concernant la gestion des réseaux ferrés entre le gestionnaire national et les ports remonte à des raisons visant à « faciliter l'organisation de la desserte ferroviaire du port »¹⁴³¹. C'est en 2005, en actualisant et adaptant la partie législative du code des ports maritimes que le législateur a changé le statut des réseaux ferrés à l'intérieur de la circonscription des ports autonomes, pour qu'ils deviennent des **VFP**¹⁴³². Néanmoins, suite à la réforme portuaire de 2008, la maîtrise des ports sur l'infrastructure ferroviaire semble, selon les rapports publics et les bilans, constituer un facteur de compétitivité portuaire, et ce notamment par le biais d'« une amélioration au niveau national de la desserte de l'hinterland

¹⁴³¹ Article 4 de l'Ordonnance n° 2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du code des ports maritimes (partie législative).

¹⁴³² Et à l'intérieur des limites administratives des ports décentralisés.

des GPM, en particulier les modes massifiés (fret ferroviaire et fluvial).¹⁴³³. L'invention des trains combinés a prouvé l'efficacité de ce mode de transport pour conquérir de nouveaux trafics, comme dans le cas du port de Dunkerque¹⁴³⁴. Mais comment une telle maîtrise du ferroviaire peut-elle contribuer à assurer une meilleure compétitivité aux ports maritimes ?

693. L'article premier de la loi de 2008 a prévu parmi les missions dont sont chargées les nouvelles institutions : « 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 ». Depuis décembre 2008, tous les **GPM** sont devenus propriétaires des réseaux ferrés à l'intérieur de leur circonscription, le port de Dunkerque fut le premier concerné. Cette prise en charge du **RFP** par les **GPM** a été accueillie avec bienveillance par le monde économique, puisqu'elle constitue un « facteur de compétitivité du ferroviaire pour les dessertes portuaires en permettant une grande connexion avec leur hinterland, et un moyen de lancement de la part modale du ferroviaire dans la desserte portuaire »¹⁴³⁵. L'implication des ports aménageurs dans le développement de l'ensemble de leurs infrastructures a constitué un élément essentiel de la relance des ports concurrents. Ainsi, comme le signale M. PUJOL, directeur de la stratégie du port de Barcelone, cette nouvelle conception de l'autorité portuaire a permis à ce dernier de prendre de l'avance sur ses concurrents du sud de l'Europe¹⁴³⁶. L. Fedi précise que « la stratégie de ce port consistant dans le développement de ses infrastructures internes et externes, notamment en ce qui concerne ses dessertes multimodales, atteste d'une politique d'aménagement mature et performante au-delà même de son hinterland. »¹⁴³⁷. Le **GPM** se trouve donc gestionnaire de son domaine après qu'il lui a été transféré par le domaine public de l'Etat (à l'exception du domaine public naturel), ainsi que des réseaux ferrés portuaires, ce que lui a permis de disposer d'une perspective importante d'investissement et de relance intégrée, ainsi que de se positionner dans leur nouveau rôle d'aménageurs du domaine portuaire.

694. En plus de la gestion des **VFP**, le **GPM** demeure gestionnaire des autres infrastructures ferroviaires différentes de celles-ci, il s'agit notamment des embranchements

¹⁴³³ DECLUDT Amaury, Rapport, *La transformation du modèle économique des grands ports maritimes par l'Inspection générale des finances*, n° 2018-M-040-06 et Conseil général de l'environnement et du développement durable n° 012059-01, *op. cit.*

¹⁴³⁴ CONSTANT Olivier, « [Le ferroviaire, outil de conquête de nouveaux trafics pour Dunkerque](#) », *JMM*, 29 juin 2020.

¹⁴³⁵ Les Echos, « [Les ports prennent le contrôle de leurs réseaux ferroviaires](#) », 21 avr. 2008 .

¹⁴³⁶ Colloque organisé par L'institut méditerranéen des transports maritimes (IMTM - Marseille) à GÊNES, les 13 et 14 juin 2013.

¹⁴³⁷ FEDI Laurent, « La consécration et les défis du port aménageur », *DMF*, n° 753, 1er décembre 2013, p. 3.

particuliers ou des installations terminales embranchées **ITE**¹⁴³⁸. En application de l'article R 411-2 du **CPM**¹⁴³⁹, « *L'autorité portuaire détermine parmi les voies ferrées relevant de sa compétence celles d'entre elles ayant le caractère de voies ferrées portuaires et, sous réserve qu'elles ne soient pas indispensables à la circulation publique, celles ayant le caractère d'installations terminales embranchées au sens de l'article* ».

695. Dans le cadre de l'acte juridique de répartition des voies et des installations de transport ferroviaire entre le **RFN** et les **RFP**, l'objectif était défini comme visant à réorganiser l'interface entre les voies ferrées portuaires et les voies ferrées du réseau, et ce par le biais de la répartition entre ces deux réseaux. La question qui se pose est celle de savoir quel est le régime appliqué à ces voies. L'article 5 de l'Ordonnance n° 2005-898 précise que « *les terrains d'assiette des voies ferrées portuaires sont intégrés dans le domaine public maritime ou fluvial affecté au port.* »¹⁴⁴⁰. Il faut noter que certaines dispositions de cette Ordonnance ont été modifiées dix ans après, lors de l'application de la réforme ferroviaire de 2014¹⁴⁴¹, mais également cinq ans plus tard, en fonction de la loi dite Grenelle 2.

696. Il convient également de s'interroger sur le partage de la responsabilité entre ces deux autorités. Les conditions de transfert sont organisées de manière progressive et de façon à permettre de répartir la responsabilité entre les autorités portuaires et celles ferroviaires. Ainsi l'article 5 de l'Ordonnance 2005-898 précise aussi que la répartition s'organise dans un arrêté ou une convention¹⁴⁴². Il semble, selon cette Ordonnance, que la responsabilité technique demeure de la compétence de l'autorité ferroviaire nationale, puisque parmi ces conditions de répartition figure notamment la responsabilité de l'autorité chargée de l'infrastructure ferroviaire consistant à assurer le raccordement des voies ferrées portuaires au réseau national, qui doit être effectué en fonction « *des conditions techniques et financières fixées par décret en Conseil d'Etat* »¹⁴⁴³. Le raccordement est, et pour chaque port, organisé en fonction d'une

¹⁴³⁸ L'article L 3551-3 précise que « *L'autorité portuaire peut construire et exploiter, dans les limites territoriales définies par l'article L. 5351-2, des installations terminales embranchées sur le réseau ferré national mentionné l'article L. 2111-2 ou sur une voie ferrée portuaire.* ».

¹⁴³⁹ Du Décret n°2007-1867 du 26 décembre 2007 - art. 1. _Abr par décret 2014-1670 du 30 décembre 2014 et devenu à la suite art. R 5351-2 du Code des transports.

¹⁴⁴⁰ Ordonnance n° 2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du code des ports maritimes (partie législative).

¹⁴⁴¹ En fonction de l'Ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹⁴⁴² « *La convention ou l'arrêté de répartition peuvent fixer la date à laquelle la répartition entre en vigueur et peuvent également préciser les modalités d'un transfert progressif, sur une période maximale de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la répartition, des responsabilités de maintenance ou de gestion des voies ferrées portuaires à l'autorité portuaire.* ».

¹⁴⁴³ Article 6 de l'Ordonnance 2005-989.

convention entre l'autorité portuaire et celle chargée de l'infrastructure ferroviaire, elle fixe « *les conditions techniques et financières particulières de ce raccordement.* »¹⁴⁴⁴. La convention est donc bien encadrée.

Toutefois, si cette convention était soumise à l'approbation ministérielle au regard du texte émanant de l'Ordonnance 2005-989, l'Ordonnance n° 2015-855 de 2015 a annulé cette soumission, du fait que l'article L 5321-4 du Code des transports précise dans sa rédaction issue de ce dernier que « *SNCF Réseau est tenu d'assurer le raccordement des voies ferrées portuaires au réseau ferré national dans des conditions techniques et financières fixées par décret en Conseil d'Etat. Pour chaque port, une convention entre l'autorité portuaire et SNCF Réseau fixe les conditions techniques et financières particulières de ce raccordement.* ». Nous pouvons nous demander s'il ne s'agit pas là d'un renforcement de la liberté d'organisation entre ces deux établissements publics dans un cadre contractuel, tout en maintenant l'obligation de respecter les conditions fixées par le décret en Conseil d'Etat.

697. Le régime de la police des **VFP** a été précisé par l'Arrêté du 23 avril 2010 portant règlement général, dans ceux-ci, de la police¹⁴⁴⁵. Cette dernière est assurée par l'autorité portuaire en application d'un règlement général ou local. C'est l'article L 5352-4 du Code des transports qui organise le régime juridique applicable en matière de police aux **VFP**, en fonction de celui-ci, les atteintes et les infractions sont régies par les dispositions liées aux infractions pénales et celles de la grande voirie¹⁴⁴⁶.

698. Concernant la sécurité de ces voies et le régime appliqué aux entreprises souhaitant utiliser les **VFP**, le droit européen a imposé un cadre que les Etats membres devaient transposer dans leur droit interne. Ainsi, l'article 9 de la directive 2004/49/CE modifié, concernant la sécurité des chemins de fer communautaires, a été transposé en droit français par le décret n°2006-1279 modifié.

699. Il convient de noter que le régime de la sécurité ferroviaire témoignait d'une certaine indépendance entre **VFP** et **RFN**. Ainsi, l'Ordonnance de 2005 a créé l'article L 411-6 du Code des ports maritimes¹⁴⁴⁷, qui précise qu'un certificat de sécurité est délivré par le ministre chargé

¹⁴⁴⁴ Article L 411-3 CPM. (Abr) issu de l'article 6 de l'Ordonnance 2005-989.

¹⁴⁴⁵ Qui prévoit une interdiction générale de porter atteinte à ces voies en introduisant des dégradations, utilisation sans autorisation ou de la production des actes faisant obstacle au fonctionnement de ces réseaux, ainsi qu'un pouvoir d'intervention par l'autorité portuaire sans mise en demeure en cas d'urgence ou de péril grave.

¹⁴⁴⁶ Prévu dans le troisième titre du Code des transports, notamment en ce qui concerne la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales, ainsi que la police de la constatation des contraventions de grande voirie.

¹⁴⁴⁷ L 5352-3 du Code des transports.

des transports pour un opérateur ferroviaire, mais que ce dernier ne pouvait emprunter en fonction de ce certificat les **VFP**, car il fallait que le ministre chargé des transports étende la validité de ce certificat à celles-ci.

Cependant, des évolutions ont été apportées par la loi dite Grenelle 2, et ce dans le cadre d'une volonté législative de simplifier et d'harmoniser le régime de sécurité de l'exploitation portuaire, puisque l'article 61 précise que ledit certificat est « systématiquement étendu aux **VFP** ». De surcroît, et depuis la mise en place d'une nouvelle disposition législative en 2019, cette volonté est davantage concrétisée dans l'article L 5352-3 du **CT**, et ce par la création d'un certificat unique pour l'utilisation des **VFP** et des **VFN**, en fonction d'une modification apportée par l'Ordonnance 2019-397 en application des dispositions européennes en matière de sécurité et d'interopérabilité ferroviaires¹⁴⁴⁸. En outre, avant cette dernière Ordonnance, le régime de sécurité faisait la différence entre les entreprises titulaires d'un certificat de sécurité, et celles qui n'en possédaient pas. Ces dernières devaient donc demander un agrément du ministre chargé des transports.

Or, également en fonction de l'Ordonnance 2019-397, une nouvelle précision a été apportée pour les entreprises qui ne sont pas tenues d'avoir ce certificat. Cette modification tient notamment à une allégation du niveau de sécurité en fonction de la distance parcourue et de la vitesse pendant l'utilisation des **VFP**. Ainsi, l'article L 5352-3 alinéa 2 précise que « *L'obligation d'être titulaire d'un certificat de sécurité unique ne s'applique pas aux entreprises réalisant, conformément à des mesures d'exploitation prescrites par le gestionnaire d'infrastructure, des circulations limitées et à vitesse réduite sur les voies ferrées portuaires mentionnées au précédent alinéa, au départ ou à destination des voies ferrées à l'intérieur du port qui leur sont raccordées.* »¹⁴⁴⁹.

700. Cette évolution, qui concerne le régime de sécurité, figure également dans un volet institutionnel. Il s'agit de la création d'un établissement public de sécurité ferroviaire **EPSF**

¹⁴⁴⁸ Ordonnance n° 2019-397 du 30 avril 2019 portant transposition de la directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et de la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire et l'adaptation du droit français au règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004.

¹⁴⁴⁹ Alors que l'alinéa 2 de cet article, dans sa version issue de l'arrêté 13 avril 2015*, précise que « *Les entreprises non titulaires d'un certificat de sécurité ou de la licence d'entreprise ferroviaire prévue à l'article L. 2122-10 doivent, pour l'utilisation des voies ferrées portuaires, être agréées par le ministre chargé des transports sur avis conforme de l'Etablissement public de sécurité ferroviaire saisi des éléments relatifs à la sécurité.* ».

* Fixant les modalités particulières d'application aux réseaux présentant des caractéristiques d'exploitation comparables à celles du réseau ferré national... » JORF n°0091 du 18 avril 2015.

¹⁴⁵⁰, création qui découle de la mise en place des dispositions européennes¹⁴⁵¹. Depuis la loi dite Grenelle 2¹⁴⁵², l'avis de cet établissement s'avère indispensable pour l'obtention de l'agrément par les entreprises non titulaires d'un certificat. D'ailleurs, les dispositions liées à ce dernier ont, dans leur rédaction issue de l'Ordonnance de 2019, indiqué que le régime applicable aux **VFP** l'était aussi au « *système ferroviaire sur lequel s'exerce la mission d'autorité nationale de sécurité de l'Etablissement public de sécurité ferroviaire* ». Un régime unifié de sécurité ferroviaire a été conçu sous l'égide de l'établissement public de sécurité ferroviaire. Un rôle essentiel¹⁴⁵³ a donc été accordé à ce dernier, afin de renforcer le système de sécurité et d'interopérabilité¹⁴⁵⁴ et de permettre aux opérateurs ferroviaires d'exercer l'activité de transport.

B- Le régime d'exploitation des voies ferrées portuaires : des partenariats qui se confirment

701. Selon l'article R 5351-1 du code des transports, la compétence de l'autorité portuaire lors de la gestion de la circulation ferroviaire sur les **VFP** doit être réalisée dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, et ce conformément aux conditions d'exploitation des installations de service du réseau ferroviaire définies dans le Code des transports, mais également en application de la réglementation liée aux infrastructures ferroviaires et à l'exploitation des services ferroviaires¹⁴⁵⁵. Le droit français positif lié à l'exploitation de ces dernières a évolué dans le sens de chercher une conformité au droit

¹⁴⁵⁰ Article L2221-1, Code des transports.

¹⁴⁵¹ « L'EPSF, créé en 2006 dans le prolongement de la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires, se situe au cœur de ce dispositif général. Il est compétent pour le « système ferroviaire français », veillant à la sécurité ferroviaire, contribuant à l'interopérabilité des réseaux européens tout en assurant l'équité de traitement des acteurs ». La création de cet établissement en 2006 est fondée sur les dispositions de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (JORF n°5 du 6 janvier 2006) et du décret n° 2006-369 du 28 mars 2006 relatif aux missions et aux statuts de l'Établissement public de sécurité ferroviaire. <https://securite-ferroviaire.fr/qui-sommes-nous/contexte-du-systeme-ferroviaire>.

¹⁴⁵² Article 61 de cette loi (Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010).

¹⁴⁵³ Le décret n°2007-1867 du 26 décembre 2007 relatif aux voies ferrées portuaires et modifiant le CPM, JORF n°0303 du 30 décembre 2007, p. 21839 avait donné à cet établissement la responsabilité d'approuver pour une durée de cinq ans un règlement de sécurité de l'exploitation (RSE) élaboré par l'autorité portuaire.

¹⁴⁵⁴ Décret n°2010-814 du 13 juillet 2010 relatif à la sécurité et à l'interopérabilité du système ferroviaire (JORF n°0164 du 18 juillet 2010, p. 13286), qui modifie certaines des dispositions en matière de sécurité ferroviaire.

¹⁴⁵⁵ Décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012, JORF n°0019 du 22 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire, et Décret n° 2021-776 du 16 juin 2021, JORF n°0140 du 18 juin 2021 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire.

européen, que ce soit dans ses dispositions découlant de la jurisprudence¹⁴⁵⁶, ou dans la législation¹⁴⁵⁷. En vue de mettre en place ses conditions, l'autorité portuaire doit établir un document de référence « *exposant les caractéristiques de celui-ci (le réseau ferroviaire portuaire), précisant les conditions permettant d'y accéder et les conditions de fourniture des services sur cette infrastructure* ». Ce document est établi après consultation des entreprises ferroviaires « *utilisant l'infrastructure des voies ferrées portuaires relevant de sa compétence et des usagers du transport du fret sur ces voies* ». Un document de référence du réseau **DRR** figure ainsi sur le site internet des **GPM**. Il précise les modalités de tarification et les tarifs de redevances d'utilisation. Cette obligation de publication que les entreprises ferroviaires doivent respecter est prise en application de la directive 2001/14/CE du 26 février 2001¹⁴⁵⁸.

702. Les conditions d'exploitation de ces voies sont organisées, ce à la suite de la réforme ferroviaire de 2014, par l'Ordonnance 2015-855 du 15 juillet 2015. Cette dernière définit le régime des redevances en modifiant l'article L 5352- 2 du Code des transports. Ainsi, l'utilisation des **VFP** « *donne lieu au versement de redevances à l'autorité portuaire ou à ses éventuels délégataires dans les conditions prévues par l'article L. 2123-3-5.*¹⁴⁵⁹ ». L'exploitation des **VFP** suit le régime d'exploitation des voies ferrées nationales établi par cette Ordonnance, mais également toutes les dispositions réglementaires constituant le cadre juridique de l'exploitation des installations de service. Cependant, le législateur précise que la fixation de ces redevances n'est pas soumise à l'article L 2133-5. Etant donné que ce dernier définit la compétence de l'autorité de régulation sur la fixation de redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du **RFN**, la question qui se pose est celle de savoir si l'exclusion de la tarification de l'exploitation des **VFP** de la compétence de l'autorité de régulation permet de caractériser une marge de **liberté** renforcée au profit des négociations entre les parties concernées lors de la conclusion de ces conventions.

¹⁴⁵⁶ CJUE, 10 juillet 2019, *WESTbahn Management GmbH contre ÖBB-Infrastruktur AG* ; Aff. n° C-210/18, relatif au statut des quais à voyageurs.

¹⁴⁵⁷ Le règlement d'exécution (UE) 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire, fixe les modalités de la procédure et les critères à respecter pour l'accès aux services devant être fournis dans les installations de service visées aux points 2, 3 et 4 de l'annexe II de la directive 2012/34/UE.

¹⁴⁵⁸ Directive 2001/14/CE du 26 février 2001 du Parlement européen et du Conseil, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

¹⁴⁵⁹ Article L2123-3-5 (créé par Ord. 2015-855 (*op.cit*) selon lequel l'utilisation d'une installation de service par une entreprise ferroviaire ou un autre candidat et la fourniture des services mentionnés à l'article L. 2123-1 donnent lieu à la perception d'une redevance par son exploitant, affectée au financement de ses activités. Les principes de tarification applicables à l'utilisation des installations de service et à la fourniture des services mentionnés à l'article L. 2123-1 sont fixés par voie réglementaire.

703. Cependant, le rôle de cette autorité indépendante demeure important. Le **DRR** doit faire l'objet d'un avis motivé par une autorité de régulation des activités ferroviaires **ARAF**. Cette dernière joue notamment un rôle de définition de la proportionnalité des coûts de l'infrastructure et de la capacité du marché à supporter le montant des redevances¹⁴⁶⁰. **ARAF** a été mise en place par la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009¹⁴⁶¹. Depuis 2019, elle est devenue l'autorité de régulation des transports. L'article L2131-1¹⁴⁶² du Code des transports dispose que : « *L'Autorité de régulation des transports concourt au suivi et au bon fonctionnement, dans ses dimensions techniques, économiques et financières, du système de transport ferroviaire national, notamment du service public et des activités concurrentielles, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire. Elle exerce ses missions en veillant au respect de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, notamment des objectifs et dispositions visant à favoriser le développement des modes alternatifs à la route pour le transport de marchandises. Sans préjudice des compétences de l'Autorité de la concurrence, elle assure le suivi de la situation de la concurrence sur les marchés des services ferroviaires et dispose à cette fin du droit d'accès aux informations économiques, financières et sociales nécessaires que lui reconnaît l'article L. 1264-2.* ». En outre, elle a une compétence à l'encontre de l'**EPSF**, elle veille au respect, par les entreprises ferroviaires, du droit de la concurrence.

704. L'Ordonnance 2005 prévoit trois types de contrats pouvant être conclus entre l'autorité portuaire et un gestionnaire d'infrastructure : le marché public, **DSP**, et le contrat de partenariat. Le contrat de Marché public se caractérise par ses parties, son objet et le mode de rémunération ; la prestation organisée pour le gestionnaire d'infrastructure dans le cadre des voies ferrées portuaires est une prestation de services de gestion des voies, il en résulte que le contrat conclu est un marché public de service. Il existe la possibilité de créer **des filiales**

¹⁴⁶⁰ Au niveau du réseau ferré national, ou de la clarification des relations entre les gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire (RFF ou SNSF réseau) et l'opérateur ferroviaire (actuellement SNCF mobilité), cette autorité de régulation a retenu, concernant des plaintes de la part de la SNCF au sujet des coûts de péage perçus par RFF, que rien ne permettait de penser que le montant des redevances ne pouvait être soutenu par le marché. Avis de l'autorité de régulation des activités ferroviaires n° 2012-025 du 14 novembre 2012 relative au projet de document de référence des gares de voyageurs pour l'horaire de service 2014.

¹⁴⁶¹ Abrogé par l'Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 (relative à la partie législative du code des transports) - art. 7.

¹⁴⁶² Modifié par l'Ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires.

spécialisées pour la gestion dans le ferroviaire. **HAROPA**, par exemple, a eu recours à la délégation à des entreprises pour la maintenance de ces voies¹⁴⁶³.

705. La répartition entre les gestionnaires portuaires et ceux ferroviaires peut engendrer plusieurs interrogations. Premièrement, malgré l'opportunité économique que ce transfert peut représenter pour les ports¹⁴⁶⁴, et étant donné les difficultés que présente la **SNCF**, celui-ci ne constitue-t-il pas une aide de l'Etat au profit de **RFF** ?¹⁴⁶⁵ En tout cas, si cette question relève d'un aspect juridique, celle du développement peut, au sein d'un contexte de mondialisation, se présenter différemment, car « *le développement ferroviaire et le développement portuaire se conjuguent définitivement au pluriel.* »¹⁴⁶⁶

706. Si les **GPM** sont confirmés dans la gestion de leurs infrastructures ferroviaires, ils peuvent également s'impliquer dans l'exploitation au sein des entreprises du secteur ferroviaire. Ainsi, le transport massif peut être réalisé de manière optimale par l'implication des ports dans l'investissement dans ces entreprises. En Allemagne, par exemple, les ports fluviaux créent de plus en plus de **filiales ferroviaires**, ils participent ainsi à l'offre de transport de fret et permettent d'améliorer la qualité des infrastructures ferroviaires. La possibilité de créer des filiales est prévue dans le Code des ports maritimes, elle a été organisée surtout pour permettre aux nouveaux établissements portuaires de continuer à exploiter les outillages dans le port, et ce lorsque certaines conditions sont remplies¹⁴⁶⁷. La création de filiales par les établissements publics constitue une conséquence de l'assouplissement du principe de « spécialité » des entreprises publiques, tout en les plaçant *sur un pied d'égalité avec les personnes privées*¹⁴⁶⁸.

707. Le renforcement de la coordination dans la perspective de renforcer la compétitivité des ports français a permis de générer des formes de fusion entre les gestionnaires fluviaux et maritimes placés dans un même axe, ce qui est le cas de la création du port **HAROPA**. Une telle création ne pourrait que favoriser la maîtrise des gestionnaires sur l'ensemble des

¹⁴⁶³ V. Document de référence du réseau ferré portuaire, 2019, Haropa, Ports de Paris https://www.haropaports.com/sites/default/files/media/downloads/bddoc_ref_du_rese_ferre_portuaire_2019_par_page.pdf

¹⁴⁶⁴ Lorsqu'il leur permettrait de valoriser leur chaîne logistique.

¹⁴⁶⁵ NAUDIN Anne-Cécile, *Le régime juridique de l'exploitation portuaire*, Thèse., op. cit., p. 229.

¹⁴⁶⁶ CHARLES Sylvie, « La voie ferrée et les ports : un système cohérent répondant à la massification à la fois économique et écologique du fret », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, Novembre 2015, n° 4, 10 décembre 2015, p. 40-43.

¹⁴⁶⁷ En principe, les GPM ne peuvent pas exploiter les outillages, mais l'article L 5312-4 du Code des transports organise la possibilité de déroger à cette interdiction prévue par la réforme portuaire de 2008.

¹⁴⁶⁸ V. MANSON Corinne, « La filialisation des entreprises publiques et le principe de spécialité », *Droit des sociétés*, n° 8-9, 1 août 2004, p. 9-9.

infrastructures, et ce en vue de réaliser certains objectifs consistants, entre autres, dans le transport massifié.

Un point qui semble intéressant concerne ce nouveau **GPM**. L'interdiction imposée aux **GPM**¹⁴⁶⁹ de continuer à exploiter les outillages portuaires ne s'applique pas au secteur fluvial du **GP** fluvio-maritime¹⁴⁷⁰. Cela créerait-il une différenciation du régime appliqué au sein du même établissement unique depuis la fusion¹⁴⁷¹ ? Le recours à des filiales pour l'exploitation des **VFP** semble, dans ce cas, constituant une solution pouvant assurer un régime plus homogène dans la gestion de cette infrastructure, citons pour exemple la réussite des ports fluviaux allemands.

708. En outre, en fonction de l'article 34 de l'Ordonnance n° 2021-614¹⁴⁷², des dispositions spécifiques ont été prévues pour le secteur fluvial d'un grand port fluvio-maritime, et ce puisque l'article L 5352-4 précise que *« les agents assermentés de cet établissement public ont compétence pour constater par procès-verbal les atteintes aux voies ferrées portuaires et les manquements aux règlements de police qui leur sont applicables, constitutifs de contravention de grande voirie, ainsi que, dès lors qu'ils ont la qualité de fonctionnaire et sont agréés dans les conditions prévues à l'article L. 5331-15, les infractions aux règlements de police aux voies ferrées portuaires passibles de peines contraventionnelles. »*¹⁴⁷³.

709. Cette fusion confirme la recherche d'une coordination entre les ports afin d'améliorer leur compétitivité, mais elle cible également un report modal planifié en amont et réalisé par le biais de cette coordination. Des perspectives doivent être donc mises en place entre la mer et le fleuve.

¹⁴⁶⁹ Cette interdiction s'applique uniquement aux GPM de la métropole. Les GPM d'Outre-Mer, suite à leur création par la 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), peuvent continuer à exploiter les outillages portuaires publics.

¹⁴⁷⁰ Ce en fonction de l'article L 3512-4 du Code des transports dans sa version modifiée par l'Ordonnance portant fusion de ces trois ports.

¹⁴⁷¹ La fusion de trois ports ; le Havre, Paris et Rouen.

¹⁴⁷² Ordonnance n° 2021-614 du 19 mai 2021 relative à la fusion du port autonome de Paris et des grands ports maritimes du Havre et de Rouen en un établissement public unique, JORF n°0116 du 20 mai 2021.

¹⁴⁷³ Ces agents sont les surveillants du port et les auxiliaires de surveillance qui sont agréés par le procureur de la République de leur résidence administrative, et qui prêtent serment devant le tribunal judiciaire. Article L. 5331-15 Code des transports.

§2. Les connexions fluvio-maritimes : des perspectives juridiques de développement vers l'hinterland

710. La fusion entre deux grands ports maritimes récemment réformés et un port fluvial autonome constitue une nouveauté dans le système français de gestion portuaire. **(A)**. Une telle fusion pourrait constituer une démarche permettant d'accélérer la réalisation des objectifs du report modal par le biais de plusieurs instruments juridiques **(B)**.

A- Le renforcement de la coordination fluvio-maritime : l'exemple de coordination intégrée du port de l'Axe Seine

711. La coordination portuaire autour des axes fluviaux a constitué une préoccupation importante de la réforme portuaire de 2008. La création des conseils de coordination a fait l'objet d'une disposition législative de la loi portant cette réforme. Cette coordination a ainsi revêtu la forme de trois types d'institutions : - Conseil de coordination, - Groupement d'intérêt économique, et depuis 2019, l'objectif de renforcer l'axe fluvial en tant que base de coordination est allé jusqu'à envisager cette fusion, ce qui a donné lieu à la création du **GPM HAROPA**. Le centre de cette fusion est l'axe Seine. Cette finalité implique une industrialisation et une amplification du recours au transport massifié par le fleuve.

712. La fusion de ces établissements publics est organisée par l'Ordonnance 2021-614 du 19 mai 2021, et ce dans le cadre de la promulgation de l'article 130 de la loi d'orientation de la mobilité qui précise que : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la présente loi, le Gouvernement est habilité à prendre par voie d'ordonnance toutes mesures relevant du domaine de la loi pour 1° Créer un nouvel établissement public placé sous la tutelle de l'Etat résultant de l'intégration du grand port maritime du Havre, du grand port maritime de Rouen et du port autonome de Paris, en prenant en compte les particularités propres à chacun de ces établissements 2° Prendre toute mesure permettant de faciliter la transformation des établissements existants et la création du nouvel établissement, y compris dans le domaine fiscal...* ». Il s'agit d'un grand port fluvio-maritime sur la vallée de la Seine¹⁴⁷⁴, dernière notion qui a été créée pour la première

¹⁴⁷⁴ V. <https://www.haropaports.com/fr>

fois en fonction de cette ordonnance, et qui organise le transfert des biens de ces trois ports, dans son premier article¹⁴⁷⁵.

713. Le rapprochement des stratégies commerciales de ces trois ports a été étudié, et a généré, par conséquent, la mise en place d'un **GIE**, ce dernier a été créé dans la perspective d'une fusion à venir¹⁴⁷⁶. Le **GIE** jouit de la personnalité morale en fonction des dispositions du Code de commerce, il est ainsi régi par les règles applicables aux personnes morales de droit privé. Il est question de savoir si cette transformation du **GIE**, en tant que personne de droit privé, en un établissement public, ne constitue pas une confirmation du poids du droit public pour la mise en place des stratégies commerciales portuaires. Ce processus pourrait assurer une politique plus intégrée pour la réalisation de ces stratégies, par exemple, et au titre de cette gestion intégrée, une conscription unique¹⁴⁷⁷ est créée et se substitue à celle des trois établissements portuaires¹⁴⁷⁸.

714. Il est aussi question de s'interroger sur le régime juridique appliqué à ce nouvel établissement public unique, il semble suivre pour l'essentiel le régime applicable aux grands ports maritimes. Une modification a cependant été apportée en matière fiscale au **CGI** par l'Ordonnance susmentionnée pour clarifier son régime fiscal ; c'est l'article 1382, 2° qui a été modifié pour étendre aux grands ports fluvio-maritimes l'exonération de **TFPB** dont bénéficient les propriétés appartenant aux grands ports maritimes, et ce à condition d'être affectées à un service public ou d'utilité générale et de ne pas générer de revenus.

715. En plus de cette exception, il semble que le législateur a voulu conserver, à l'égard du secteur fluvial, certaines distinctions à l'égard dudit régime. Ainsi, l'article L 5312-4 du code des transports exclut le secteur fluvial de l'interdiction de principe imposée aux GPM « *d'exploiter les outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires* ». Les outillages fluviaux relevant du HAROPA peuvent ainsi être exploités conformément au régime appliqué avant la mise en œuvre de la réforme de 2008, et au régime appliqué aux autres ports fluviaux. L'obligation de privatiser

¹⁴⁷⁵ Les biens appartenant au domaine public naturel ne sont pas transférables en pleine propriété.

¹⁴⁷⁶ ARZUL Guy, « Fasc. 810-5 : Transport fluvial. – Domaine public fluvial. – Utilisation », *JurisClasseur Transports*, 15 avril 2019, p 17.

¹⁴⁷⁷ « *La circonscription d'un grand port fluvio-maritime est composée d'un secteur maritime, qui correspond à la circonscription d'un ou plusieurs grands ports maritimes et d'un secteur fluvial, qui correspond à celle d'un ou plusieurs ports fluviaux, selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat.* ». Art. 3512-5 du Code des transports.

¹⁴⁷⁸ L'article 6 de l'Ordonnance relative à la fusion de trois ports du HAROPA, (n° 2021-614 du 19 mai 2021), *op. cit.*

ces derniers ne sera pas imposée en fonction de la création d'un **GPM** fluvio-maritime, en l'espèce HAROPA.

716. Mais est-ce que cette création réelle marque l'instauration d'un nouveau cadre juridique pour les futures formes portuaires développées « le long des voies fluviales » ? En effet, en vertu de l'Ordonnance de 2021/614, il est possible d'observer que plusieurs règles sont établies pour englober le concept de ports fluvio-maritimes tout en modifiant le code des transports. La création du **HAROPA** semble concrétiser l'orientation adoptée dans la **LOM**, orientation qui trouve pleinement sa justification dans l'axe Seine. Rien n'empêche d'envisager à l'avenir la fusion, dans le cadre de la même ordonnance, de plusieurs établissements portuaires autour d'un autre axe fluvial, tel que l'axe Rhône Saône¹⁴⁷⁹. Selon Jean-Christophe Baudouin¹⁴⁸⁰ l'axe Méditerranée-Rhône-Saône concrétise « *une dynamique logistique d'ensemble, qui est un couloir privilégié de la traversée de l'Europe dans le sens Nord-Sud* ».

717. La naissance de l'établissement public unique d'**HAROPA** a donné lieu à la création, tout à la fois, des instances de gouvernance au niveau de l'axe Seine (conseil de surveillance, directoire et conseil d'orientation de l'axe Seine), et de celles de niveau territorial. Celles-ci permettent de maintenir un ancrage dans chacune des places portuaires et d'assurer la gestion locale. Il s'agit des directions territoriales du Havre, de Rouen et de Paris, et des conseils de développement territoriaux¹⁴⁸¹ créés auprès de chacune d'elles et qui se substituent aux conseils de développement de chacun des ports ayant fusionné.

718. En effet, il est possible de discerner, dans la gouvernance instaurée par le régime juridique des ports fluvio-maritimes, une certaine conciliation entre la confirmation de l'approche territoriale de la gestion des éléments de cette nouvelle entité et l'orientation stratégique pour l'ensemble portuaire. En ce qui concerne ce dernier aspect, il convient de souligner la mise en place d'un conseil d'orientation. Ainsi, en vertu de l'article 23 de l'Ord, un

¹⁴⁷⁹ Le 24 mai 2023, un Conseil de coordination interportuaire et logistique (CCIL) de l'axe Méditerranée-Rhône-Saône, a acté plusieurs avancées dans « *la création d'un ensemble fluvio-maritime partant des ports de la façade méditerranéenne et notamment du grand port maritime de Marseille-Fos et du port de Sète et Toulon, et s'étendant jusqu'en Bourgogne* ». V. « [Méditerranée-Rhône-Saône : vers un axe fluvial et portuaire commun](#) », Le Moniteur.fr, 30 mai 2023

¹⁴⁸⁰ Jean-Christophe BAUDOUIN*, in « Les ports en France : quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ? », *op-cit.* V. la recension faite par R. REZENTHEL, DMF, n°834, 1er avril 2021.

* Délégué interministériel au développement de l'axe portuaire et logistique Méditerranée Rhône Saône en 2017.

¹⁴⁸¹ C'est en vertu de l'article L 5312-11-1. Celui-ci prévoit que : « *Dans le grand port fluvio-maritime, est institué, dans chaque direction territoriale, un conseil de développement territorial qui représente les intérêts locaux auprès du directeur général délégué chargé de cette direction. Les limites du ressort territorial de chaque conseil sont définies par le conseil de surveillance dans des conditions prévues par décret.* ».

conseil d'orientation « veille à la cohérence des actions de l'établissement sur l'ensemble de l'axe fluvial »¹⁴⁸². Cette disposition prévoit également que ce conseil est composé « de représentants de l'Etat, y compris de ses services techniques, de collectivités territoriales et de leurs groupements, ainsi que de personnalités qualifiées, de représentants des gestionnaires d'infrastructures de transport fluvial et terrestre, de représentants des milieux associatifs, et de représentants des personnels »¹⁴⁸³. Les avis du conseil de développement territorial sont transmis, outre au conseil de surveillance, au conseil d'orientation du grand port fluvio-maritime¹⁴⁸⁴.

719. Cette volonté d'unifier le régime s'exprime également dans le domaine de sûreté et sécurité portuaires. Ainsi il a été créé un « système intégré de sûreté portuaire » par l'Ord 2019/614. En vertu de l'article 39 de cette dernière, il est stipulé qu'un « service intégré » aura spécifiquement la charge de la sûreté portuaire. Ceci confirme l'importance accordée à la sécurité dans ce secteur¹⁴⁸⁵. L'ordonnance prévoit également que ce service aura pour « une mission de prévention consistant à mettre en œuvre toutes les mesures concourant à assurer la sûreté du transport maritime et des opérations portuaires qui s'y rattachent et, le cas échéant, à la sécurité des personnes et des biens, et à la protection du patrimoine de l'établissement, ou à la mise en œuvre d'actions concourant au bon fonctionnement de l'établissement »¹⁴⁸⁶. Il est pertinent de noter que, conformément au libellé de la disposition prévoyant sa création, ce service « peut également exercer une mission commerciale sous forme de prestations, dans un cadre formalisé, à la demande des exploitants d'installations portuaires et de l'ensemble des entreprises établies au sein de la circonscription et à ses abords immédiats. »¹⁴⁸⁷.

720. Par l'établissement de ce régime juridique et la création de HAROPA, le gouvernement, dans le cadre de la loi d'orientation et de mobilité, concrétise l'instauration un

¹⁴⁸² « A ce titre, il est consulté sur le projet stratégique et son rapport annuel d'exécution. Il peut se saisir de tout sujet qu'il souhaite porter à l'attention du conseil de surveillance et du directoire ». Article 23 de l'Ord. 2019. Cf. *supra*.

¹⁴⁸³ Le 6 janvier 2022 s'est tenue la séance d'installation du conseil d'orientation du Grand port fluvio-maritime de l'axe Seine présidé par Pascal Sanjuan. V. [Site : HAROPA Port. Actualités.](#)

¹⁴⁸⁴ Article L 5312-11-1.

¹⁴⁸⁵ Le Havre est la première autorité portuaire européenne et la seconde dans le monde à être certifiée par la démarche ISO 28000 * (2010),. Cf. Site HAROPA Port : <https://www.haropaport.com/fr/la-surete-un-engagement-de-tous-les-acteurs-chaque-instant>.

* « L'ISO 28000 : prescrit les exigences applicables à un système de management de la sûreté, y compris les aspects cruciaux pour l'assurance sûreté de la chaîne d'approvisionnement. ». V. le site de l'ISO : <https://www.iso.org/fr/standard/44641.html>.

¹⁴⁸⁶ Le cadre juridique de ce service est spécifié dans les articles 39 à 55 de l'Ordonnance de 2019. Ce cadre implique principalement la définition des missions, les domaines d'intervention et la distinction par rapport aux autres services de sécurité éventuellement présents dans l'encluse portuaire.

¹⁴⁸⁷ Sous réserve de ne pas porter préjudice à sa mission essentielle prévue dans l'article 39. Cf. *supra*.

régime unifié de ces trois ports fluvio-maritimes, tout en conservant les perspectives d'une gestion locale et les caractéristiques spécifiques du secteur fluvial.

B- Le régime juridique du report modal : le fleuve mis en avant

721. Le développement du transport massifié par le report modal vers le fluvial est donc un élément à la portée de ces institutions de coordination. Des rapports rappellent l'importance de ce report. Ainsi, comme l'indique M. Pierre Sallenave¹⁴⁸⁸, le report vers le ferroviaire ne peut être réalisé sans une rupture des charges dans le port du Havre, car le fret ferroviaire subit un phénomène de saturation, cette dernière est « *la conséquence principale de la priorité donnée par la SNCF (et les autorités organisatrices) au trafic passager sur le trafic de marchandises, à la priorité donnée du transport ferroviaire au transport des voyageurs* ». Dans ce rapport P. Sallenave précise la nécessité d'adopter une politique encourageant les transporteurs à utiliser la voie d'eau pour acheminer le transport des conteneurs, secteur qui fait d'**HAROPA** le premier port de conteneurs de France¹⁴⁸⁹. Mais par quels moyens juridiques serait-il possible d'améliorer ce report ?

722. Le premier instrument juridique consiste dans les aides publiques pour réaliser ces opérations, il s'agit des « aides à la pince » ou aides à l'exploitation des services de transport combiné des marchandises¹⁴⁹⁰. La définition de ce dispositif peut être la suivante « *l'aide à la pince* » est une aide à l'exploitation de services réguliers de transport combiné. Elle consiste en une subvention forfaitaire par Unité de Transport Intermodal transbordée sur un terminal situé sur le territoire français métropolitain, ouvert à tout opérateur (ou commissionnaire) de transport combiné entre le mode routier et les modes non routiers (ferroviaire, fluvial, maritime à courte distance), accompagné d'un pré/post acheminement routier. L'aide est réservée aux

¹⁴⁸⁸ Pierre SALLENAVE, *Compétitivité de la vallée de la Seine : comment redresser la barre ?*, Institut Montaigne, janvier 2021. Consultable sur : <https://www.institutmontaigne.org/publications/competitivite-de-la-vallee-de-la-seine-comment-redresser-la-barre>

¹⁴⁸⁹ Il précise qu'« *Alors qu'Anvers ou Rotterdam assurent plus de 50 % de leurs pré et post acheminements par voies fluviale et ferroviaire et que la loi de 2008 sur la réforme portuaire impose un objectif de 20 % de trafics réalisés par le fleuve et le ferroviaire dans les Grand ports maritimes, on estime que ces deux modes n'assurent qu'environ 10 % de ces flux en France. Au sein d'HAROPA, premier port français de conteneurs, la part du transport fluvial n'est que de 8,3 %, moins qu'en 2011 (11 %), alors que la part du transport ferroviaire est estimée à 5 %.* ».

¹⁴⁹⁰ Le transport combiné vise à utiliser le fer ou la voie d'eau pour transporter des marchandises en conteneur, acheminées ensuite par camions pour les derniers kilomètres. V. Politiques publiques dans le site du Gouvernement, Ministère en matière de l'écologie <https://www.ecologie.gouv.fr/transport-combine>

*services dont la distance est d'au moins 80 kilomètres »*¹⁴⁹¹. Elle vise « à réduire le différentiel de coûts entre les modes massifiés (rail, voie d'eau, maritime courte distance) et la route, induit par la rupture de charge inhérente à ce mode de transport. »¹⁴⁹². En fonction de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009¹⁴⁹³, le Gouvernement lance un appel à manifester de l'intérêt vis-à-vis des aides à l'exploitation de services réguliers de transport combiné. Cet engagement de l'Etat figure dans des lois de finances consécutives¹⁴⁹⁴. Cet objectif a par ailleurs fait l'objet de recommandations émanant d'une mission sénatoriale¹⁴⁹⁵, lorsqu'elle a proposé de tripler le montant des aides à la pince dès 2021, et ce en constatant le faible niveau d'utilisation de ce dispositif par rapport à celui des autres pays européens.

723. Les plans d'aides au report modal vers l'eau doivent être validés par la Commission européenne, ce qui est le cas par exemple du plan d'aide au report modal (**PARM**) 2018-2022. Ce dernier a été mis en place par **VNF**. Il « *entend soutenir davantage l'utilisation du mode de transport fluvial dans des secteurs qui n'en ont aujourd'hui pas ou peu l'usage (exemple : déchets, logistique urbaine, chimie, engrais, colis lourds, etc.)*, il permet « *d'accompagner les entreprises souhaitant intégrer un maillon fluvial dans leurs chaînes logistiques à l'aide de soutiens financiers aux principales étapes d'un montage de projet de report modal.* »¹⁴⁹⁶. Ces plans consistent donc à octroyer des aides financières publiques de la part des personnes publiques (Etat, **VNF** et collectivités territoriales) à des opérateurs concernés, c'est-à-dire à des chargeurs, transporteurs ou commissionnaires de transport. Ces derniers agissent dans un contexte purement concurrentiel. Le principe, en ce qui concerne les avantages relevant des recours étatiques, consiste à interdire les aides accordées en ce sens, et ce en fonction de l'article 107 §1 du **TFUE**, qui prévoit que « *sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de*

¹⁴⁹¹ « Aide au transport combiné », information sur le site du Ministère de la transition écologique, (Transport fluvial et professionnels de la voie d'eau), publié le 7 mai 2019 (modifié le 23 août 2019) <http://www.fluvial.developpement-durable.gouv.fr/aide-au-transport-combine-a60.html>

¹⁴⁹² SALLENAVE Pierre, *Compétitivité de la vallée de la Seine : comment redresser la barre ?*, Institut Montaigne, 2021.

¹⁴⁹³ Loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

¹⁴⁹⁴ Par exemple, en fonction de la loi de finance pour 2021, le calcul de l'aide aux infrastructures des transports a été revu à la hausse, lorsque le gouvernement a augmenté le plafond portant sur ce domaine à 5 059 Me, par rapport à 4 846 Me pour 2020.

¹⁴⁹⁵ Sénat, Rapport d'information N° 580 « " Réarmer" nos ports dans la compétition internationale », de VASPART. M, fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable 2019-2020, *op.cit.*

¹⁴⁹⁶ Consultable sur le site du Ministère de la transition écologique : <http://www.fluvial.developpement-durable.gouv.fr/aides-au-report-modal-r108.html>, *op. cit.*

fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. ».¹⁴⁹⁷ Il en résulte une obligation d'obtenir l'autorisation de la Commission pour prouver que ces aides, ou ces avantages sélectifs, sont compatibles avec le régime juridique européen des aides d'Etat.

724. La prolongation de ce dispositif a été approuvée par la Commission européenne le 29 mai 2018¹⁴⁹⁸. Dans ce cas, se pose la question de savoir sur quelle base juridique s'appuie la Commission pour justifier de telles autorisations. La commission se réfère à l'article 93 du **TFUE** au titre duquel certaines aides accordées au domaine du transport sont considérées compatibles avec le marché intérieur. Ainsi, la Commission précise que :

*« La notion de « coordination des transports » à laquelle se réfère l'article 93 du TFUE a une signification qui va au-delà du simple fait de faciliter le développement d'une activité économique. Elle implique une intervention des autorités publiques visant à orienter l'évolution du secteur des transports dans l'intérêt commun. Quant à la notion d'aide répondant aux besoins de coordination, ... Il en est notamment ainsi lorsque certains modes de transport ne couvrent pas les externalités négatives qu'ils engendrent pour la société ; dans ce contexte, la Commission observe que l'objectif du régime notifié est, comme par le passé dans le cadre des régimes précédemment approuvés, de conduire à un report modal entre modes de transport terrestres. Elle est par conséquent d'avis que la compatibilité avec le marché intérieur des mesures d'aides à mettre en œuvre en application du régime notifié doit être examinée sur la base de l'article 93 du TFUE et par référence aux principes dégagés dans sa pratique décisionnelle. »*¹⁴⁹⁹.

Cette perspective de compatibilité avec le régime des aides d'Etat est d'autant plus caractérisée lorsque les aides sont intensifiées et concentrées sur des axes fluvio-maritimes, puisque cette politique coïncide avec la stratégie prévue par la Commission européenne pour l'horizon 2050, et ce en qui concerne le report modal vers le fluvial et ferroviaire¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ Le régime découlant de la législation européenne des aides d'Etat, et appliqué aux financements publics des infrastructures portuaires, sera étudié plus précisément dans le deuxième paragraphe de la présente section.

¹⁴⁹⁸ Ce type de subventions est souvent approuvé par la Commission au titre de la réglementation sur les aides d'Etat (Commission européenne, Document pour information, Objet : Aide d'Etat SA.53158 (2019/N) - France Décision du 29.10.2019, C(2019) 7806 final : prolongation du régime d'aide à l'exploitation de services réguliers de transport combiné de marchandises alternatifs au mode tout routier pour la période 2018-2022).

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, points 50 et 51.

¹⁵⁰⁰ Objectifs définis par la Commission dans le Livre blanc : *Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources* COM (2011) 144 final, 30 mars 2011. Ces objectifs visent, entre autres, à « optimiser les performances des chaînes logistiques multimodales, notamment en recourant davantage à des modes de transport plus économes en énergie. En ce qui concerne les transports routiers de marchandises sur des distances supérieures à 300 km, faire passer 30 % du fret vers d'autres modes de transport tels que le chemin de fer ou la navigation d'ici à 2030, et plus de 50 % d'ici à 2050, avec l'aide de corridors de fret efficaces et respectueux de l'environnement. Pour atteindre cet objectif, il faudra également mettre en place les infrastructures requises. », p. 11.

725. La digitalisation¹⁵⁰¹ constitue un élément important pour favoriser le report vers le fluvial. Le Livre blanc sur le transport en Europe a évoqué cette question. Les questions de la digitalisation et la décarbonisation sont toutes deux liées afin de créer une nouvelle alternative rendant les réseaux de transports plus compétitifs et respectueux de l'environnement. La question de la digitalisation a fait l'objet d'une priorité dans le cadre de la loi d'Orientation et de mobilité¹⁵⁰². Ainsi, le 3^{ème} titre prévoit des dispositions en matière de rénovation technologique, qui visent notamment à accélérer l'ouverture des données et le développement des services numériques. Ces mesures répondent aux politiques européennes en la matière, notamment le Règlement délégué (UE) 2017/1926 de la Commission¹⁵⁰³ en ce qui concerne la mise à disposition, dans l'ensemble de l'Union, de services d'informations concernant les déplacements multimodaux, ainsi que les données de **RTU-T** au sens du Règlement (UE) n°1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe. En outre, en fonction des dispositions de cette loi, le gouvernement est habilité à légiférer par Ordonnance, afin d'encourager les innovations en matière de mobilité. Nous notons que ce volet a été mis en place en ce qui concerne le transport routier¹⁵⁰⁴. Pour ce qui est du transport fluvial, ce sont des mesures prises par les gestionnaires des infrastructures qui ont engendré des évolutions. **VNF** a adopté des démarches en ce sens¹⁵⁰⁵, ce qui concrétise l'application du Règlement (UE) 2020/1056 concernant les informations électroniques relatives au transport de marchandises¹⁵⁰⁶.

726. Nous avons présenté une synthèse des perspectives de report modal impliquant le port en tant que maillon essentiel de la chaîne logistique, et relevant de la gestion publique. Les deux questions traitées dans la précédente section, qu'elles soient liées au régime de gestion des

¹⁵⁰¹ Comment la digitalisation peut-elle encourager le report modal vers le fluvial ? 09/11/2020, Site de *Norlink**, <https://www.norlink.fr/actualite/comment-la-digitalisation-peut-elle-encourager-le-report-modal-vers-le-fluvial>

*Fédération qui regroupe 4 associations : Norlink Ports, Norlink Fluvial, Norlink Ferroviaire, Norlink Plaisance. Elle assure la promotion des infrastructures portuaires et ferroviaires de la région des Hauts-de-France.

¹⁵⁰² Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (JORF n°0299 du 26 décembre 2019). Rapport annexe, priorité 4° : « Développer l'usage des mobilités les moins polluantes et partagées au quotidien pour une meilleure qualité de vie ».

¹⁵⁰³ Règlement délégué (UE) 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017 complétant la directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil, notamment articles 3 et 8.

¹⁵⁰⁴ Ordonnance du 21 avril 2021 relative à l'exercice des activités des plateformes d'intermédiation numérique dans divers secteurs du transport public routier. Le principal objectif de cette Ordonnance est de clarifier le statut des plates-formes digitales qui interviennent dans le transport routier de marchandises.

¹⁵⁰⁵ Comme le projet *CEDRE* (Collecte & échange de données sur le réseau fluvial européen), lancé par VNF 2020, « il consiste à muter le système de déclarations de chargement actuel en une collecte des données à la source (en lien avec les acteurs de la chaîne logistique fluviale : chargeurs, affréteurs et navigants) et les différentes expérimentations programmées qui vont alimenter ce projet. ».

¹⁵⁰⁶ Règlement (UE) 2020/1056 du Parlement Européen et du Conseil du 15 juillet 2020 concernant les informations électroniques relatives au transport de marchandises.

réseaux ferrées portuaires, ou à celui des possibilités d'encourager le recours à la navigation intérieure, se rencontrent dans cette vision, et concordent avec les évolutions dans ces deux domaines. Les **GPM** sont responsables de la gestion des **VFP**, et plusieurs d'entre eux se trouvent à la tête d'une organisation assurant un report modal vers le fluvial, et ce dans un cadre compétitif pour le territoire et le port lui-même vis-à-vis des autres ports concurrents. A la lumière de cette étude, il convient de présenter les perspectives d'une implication portuaire modernisée pour une revitalisation du domaine portuaire.

Section 2. L'aménagement du territoire par la revitalisation du domaine portuaire : des défis juridiques

727.L'implication des **GPM**, y compris d'**HAROPA**, dans les enjeux de développement durable requiert des investissements de la part du gouvernement français. Cependant, des perspectives se présentent pour revitaliser le domaine portuaire en recourant à divers instruments inspirés d'autres ports dans le monde (§1). Ce système nécessite une analyse à l'égard du régime juridique européen des aides d'Etat, afin de vérifier les perspectives dans lesquelles les personnes publiques, s'agissant des autorités portuaires, peuvent bénéficier desdits instruments juridiques en conformité avec ce régime (§2).

§1. La réindustrialisation du domaine portuaire : les dispositifs domaniaux à mettre en place

728.Les **GPM** disposent de grandes réserves foncières, ce qui soulève la question de leur valorisation et du régime juridique le mieux adapté pour répondre à l'exigence de développement économique que les **GPM** doivent assurer (**B**). Par ailleurs, ces ports peuvent développer des zones portuaires plus attrayantes pour les investisseurs (**A**).

A- La création de zones intéressantes pour l'investissement : la zone franche au service du report modal

729.Un instrument est caractéristique de la gestion de plusieurs ports dans le monde, il s'agit de la création de ports francs ou zones franches. Nous pouvons identifier les objectifs de la création de ces zones, qui sont notamment « l'industrialisation » de certaines parties des ports et « l'attractivité » de ces derniers, qui repose sur deux processus, puisqu'il s'agit, d'un côté, d'inciter les transporteurs à emprunter les ports lorsqu'ils profiteront de certaines facilités fiscales et, de l'autre, d'installer des entrepôts à proximité des centres de production et de transformation, ce qui est susceptible d'engendrer une augmentation du trafic et de « *garantir des flux à l'import et à l'export, sur le mode massifié, à proximité des grands terminaux*

portuaires »¹⁵⁰⁷. En ce qui concerne cette création, il est donc essentiel qu'elle soit accompagnée de facilités fiscales afin d'atteindre un niveau d'attractivité suffisant.

730. La notion de port franc n'a pas été clairement définie¹⁵⁰⁸, cependant une référence a été mentionnée au sein des anciennes dispositions européennes. Le règlement 2504/88 le définit comme « *des parties du territoire douanier de la communauté séparées du reste de ce territoire, dans lesquelles les marchandises non communautaires qui y sont introduites, sont considérées pour l'application des droits à l'importation et des mesures de politiques commerciales à l'importation, comme ne se trouvant pas sur le territoire douanier de la Communauté [...]* »¹⁵⁰⁹. Ainsi, il existe un critère en commun entre les zones franches et les ports francs, il s'agit de l'extraterritorialité douanière¹⁵¹⁰. L. Fedi et A. Lavissiere proposent une définition du port franc comme étant : « *une interface multimodale délimitée, le plus souvent clôturée, gérée sous un régime économique spécial de type « duty free », par laquelle des services logistiques étendus tels que l'entreposage, l'assemblage, la transformation des produits sont fournis sous extraterritorialité douanière, c'est-à-dire en suspension de droits de douane et de taxes. Le port franc est donc libre de toutes barrières frontalières afin d'apporter plus de valeur ajoutée aux opérations logistiques et à la supply chain de ses utilisateurs. En tant qu'interface, le port franc peut recevoir différents lieux d'implantation : au sein même ou à proximité d'un port de commerce, d'un port sec, d'un port fluvial ou d'un aéroport. Il est conçu pour faire transiter les flux logistiques internationaux sous un statut économique spécial, c'est-à-dire hors du territoire douanier et hors du contrôle systématique du pays d'accueil, évitant ainsi les entraves physiques et administratives - fiscales, douanières - dues au passage des frontières* »¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁷ CORRUBLE Philippe, « Observations juridiques à propos du rapport sur la compétitivité de l'axe Seine », *DMF*, n° 835, 1 mai 2021, p. 562-570.

¹⁵⁰⁸ V. FEDI Laurent, LAVISSIERE Alexandre, « Les régimes d'exploitation des ports francs au début du 21ème siècle », *DMF*, n° 759, 1er juin 2014.

¹⁵⁰⁹ Art. 1.4, du règlement CEE 2504/88 du Conseil du 25 juillet 1988 relatif aux zones franches et entrepôts francs, *J.O.C.E.* L 225 du 15 août 1988, p. 8 modifié par le règlement 1604/92 du 15 juin 1992, *J.O.C.E.* L 173 du 27 juin 1992, p. 30. V., ancien art. 166 issu du Règlement CEE n° 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le Code des douanes communautaire modifié par le Règlement UE n° 952/2013 du 9 octobre 2013 du Parlement européen et du Conseil établissant le Code des douanes de l'Union, *J.O.U.E.* L 269 du 10 octobre 2013 (art. 243 à 249).

¹⁵¹⁰ L'extraterritorialité des zones franches est confirmée dans le Protocole d'amendement à la convention internationale de Kyoto du 18 mai 1973, chap. 2 zones franches. Ce Protocole a été adopté en juin 1999 par le conseil de l'Organisation mondiale des douanes, et est entré en vigueur le 3 février 2006.

¹⁵¹¹ FEDI Laurent, LAVISSIERE Alexandre « Les régimes d'exploitation des ports francs au début du 21ème siècle », *op.cit.*

731. Les initiatives que le port peut prendre en tant que port aménageur, constituent des démarches indispensables pour la mutation vers le modèle du port entrepreneur¹⁵¹². Comment la création de ports francs ou de zones franches par les ports, surtout par ceux disposant d'axes fluviaux, peut-elle assurer cet objectif ? La proposition recommandée dans le rapport fait par l'institut Montaigne¹⁵¹³ semble s'inspirer du modèle des ports francs britanniques¹⁵¹⁴, puisque l'objectif de cette création ne se limiterait pas aux avantages connus des zones franches, c'est-à-dire à ceux liés à « la franchise des douanes », mais consisterait à faire des facilités fiscales un outil, à court terme, permettant la revitalisation, à long terme, des zones attirant l'investissement, c'est-à-dire des *zones d'entreprise*¹⁵¹⁵.

Ces zones se caractériseront par un allègement ou une exemption d'impôts divers ou de charges sociales pesant normalement sur les entreprises concernées. Sur ce point ils se rapprochent de ce qui est qualifié en France de zones franches urbaines, étant donné que les entreprises implantées sur ces dernières bénéficient d'exemptions d'impôts¹⁵¹⁶, et ce en « *raison des bénéfices provenant des activités implantées dans la zone* ».

732. La mise en place de ce dispositif ne serait pas exempte de risques juridiques, notamment étant donné qu'il pourrait engendrer des situations de concurrence déloyale. Ainsi, le rapport portant sur les perspectives de développement économique de l'axe Seine préconise certes la mise en place de ce dispositif, mais sous certaines conditions. La première condition consiste dans l'existence d'un volet logistique. Nous notons que ce critère différencie le dispositif préconisé par l'institut Montaigne de celui adopté par le Gouvernement britannique, puisque ce dernier vise également des entreprises qui ne sont pas forcément spécialisées dans

¹⁵¹² Rapport, La transformation du modèle économique des grands ports maritimes par Inspection générale des finances n° 2018-M-040-06 et Conseil général de l'environnement et du développement durable n° 012059-01, *op. cit.*

¹⁵¹³ SALLENAVE. P, Note : « Compétitivité de la vallée de la Seine : comment redresser la barre ? » Institut Montaigne, janvier 2021, *op. cit.*

¹⁵¹⁴ En octobre 2020, le Gouvernement britannique a annoncé la volonté de lancer un appel d'offre pour la création de dix ports francs, et ce dans la mise en perspective de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne qualifiée de Brexit et la mise en place de la vision « *Global Britain* ». Ce projet a été assorti d'un dispositif de soutien public et a donné lieu à la création de huit ports francs, fin février 2021 « Huit ports francs vont être créés par le gouvernement britannique en Angleterre », Le Figaro, économie, Flache éco, 3/3/202. Consultable sur : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/huit-ports-francs-vont-etre-crees-par-le-gouvernement-britannique-en-angleterre-20210303>

¹⁵¹⁵ CORRUBLE Philippe, « Aux portes de l'Union européenne : les "freeports" britanniques », DMF, n° 381, 1 janvier 2021, p. 57-67.

¹⁵¹⁶ En fonction de l'article 44 octies CGI.

le secteur logistique ou du transport, mais celles impliquées dans des domaines plus divers, entre autres, ce qui est appelé **GAFAs**¹⁵¹⁷.

La deuxième condition relève d'une finalité découlant du report modal étudié au sujet des ports français. Ainsi, l'entreprise qui souhaite en profiter, doit avoir recours, du fait de la nécessité de disposer d'un transport massifié, à la voie fluviale. L'idée serait alors de pouvoir, par l'exonération de certains impôts, compenser le manque de rentabilité, caractérisant le transport ferroviaire ou fluvial, par rapport au fret routier, qui est moins cher¹⁵¹⁸. Il est alors possible pour les opérateurs de retirer un certain intérêt économique de cette exonération, notamment des impôts imposés aux opérations liées à l'entrepôt ou de « perfectionnement actif »¹⁵¹⁹, ce dernier pouvant consister dans les activités d'assemblage, d'étiquetage ou de reconditionnement.

733. Le régime juridique des zones franches doit être clair concernant plusieurs éléments, précision qui fait d'ailleurs l'objet de dispositions européennes spécifiques, il s'agit du Code des douanes de l'Union, qui consacre une section aux « zones franches »¹⁵²⁰. Parmi ces dispositions figure notamment l'obligation d'une délimitation géographique de la zone, dont les limites administratives doivent être matérialisées par une clôture¹⁵²¹. Le régime d'exploitation de ces zones doit être défini dans l'acte juridique portant leur création. Ainsi, à la différence de ce qui se passe pour les ports de commerce « classiques »¹⁵²², les opérations de chargement, déchargement, de transbordement ou de stockage doivent être préalablement autorisées dans cet acte et il en va de même pour celles de manipulation et de transformation des marchandises¹⁵²³. Le point important qui figure dans cette définition est l'exonération de

¹⁵¹⁷ GAFAs est un acronyme désignant les quatre géants américains de l'Internet fixe et mobile que sont Google, Apple, Facebook et Amazon. Consulté le 10/07/2021 sur : <https://www.definitions-marketing.com/definition/gafa/>.

¹⁵¹⁸ BARBIERE, C., « Le report modal vers le transport maritime peine à s'imposer en Europe », *EURACTIV.fr*, 2 mars 2015 <https://www.euractiv.fr/section/transport/news/le-report-modal-vers-le-transport-maritime-peine-a-s-imposer-en-europe/>

¹⁵¹⁹ Le perfectionnement actif est un régime particulier de droit européen. Il est « *destiné à favoriser l'activité économique des entreprises de l'Union européenne qui transforment ou réparent des marchandises non-Union. Ce régime permet d'importer des marchandises tierces à l'Union, de les transformer, de les ouvrir ou de les réparer avant de les ré-exporter ou de les mettre à la consommation. Il s'agit donc d'un régime destiné à favoriser la production et l'exportation par des entreprises communautaires.* », Douane. Gouv, Régime particulier. <https://www.douane.gouv.fr/fiche/regime-particulier-le-perfectionnement-actif>

¹⁵²⁰ Article 243 à 249 du Code des douanes de l'Union.

¹⁵²¹ Art. 243 du code des douanes de l'Union 2013 : « Désignation des zones franches ».

¹⁵²² V. FEDI Laurent, LAVISSIERE Aalexandre « Les régimes d'exploitation des ports francs au début du 21 ème siècle », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵²³ Directive du conseil du 4 mars 1969 concernant l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux zones franches (69/75/CEE), JOCE L 58 du 8 mars 1969, p. 11.

ces opérations de droits de douane aussi bien pour les matières premières que pour les équipements de production utilisés.

734. En effet, l'un des aspects négatifs du port franc est le fait qu'il « ne crée pas de revenus au profit du pays d'accueil pour les opérations directement réalisées dans son enceinte. En effet, les activités du port franc sont censées créer un effet d'entraînement vers des industries de support à l'activité logistique ou rendre rentables des industries qui jusque-là ne l'étaient pas et c'est sur ce surplus d'activité que l'État va bénéficier de nouvelles recettes fiscales, plutôt que sur les activités propres du port franc. »¹⁵²⁴. Néanmoins, dans le cas des **GPM**, l'objectif économique est travaillé à long terme et dans une perspective de développement sectoriel, l'objectif est de rendre les ports plus attractifs, de réactiver les industries portuaires et de mettre en valeur des zones situées dans des axes logistiques portuaires.

735. Les ports francs ou zones d'entreprises sont compatibles avec le régime des aides de l'Etat mais dans une perspective limitée. Cette dernière se définit dans un objectif visant à réactiver l'économie locale et en se justifiant par des considérations sociales. C'est la prise en compte de ces considérations socio-locales qui pourrait alors constituer une exception à l'interdiction des mesures affectant l'échange entre les Etats membres. Cependant, comme le précise Ph. Corruble¹⁵²⁵, cet aspect d'économie locale ne serait pas appréhendé ainsi dans le cas des **GPM**, puisque ces derniers ont une ampleur économique beaucoup plus importante à l'égard du droit européen. En ce sens, se pose la question de savoir s'il ne serait pas plus opportun de renforcer le volet territorial de certains ports français, notamment des **GPM** de Bordeaux et de la Rochelle. Ceux-ci, font déjà l'objet de propos abordant la possibilité de leur décentralisation¹⁵²⁶, et ce en écho à des sollicitations des collectivités territoriales¹⁵²⁷, mais également car, comme le précisent des rapports préconisant leur décentralisation, ils ne supportent pas la concurrence au niveau international et européen¹⁵²⁸. Une telle mesure engendrerait éventuellement un allègement de l'application du droit des aides de l'Etat

¹⁵²⁴ FEDI Laurent, LAVISSIERE Aalexandre « Les régimes d'exploitation des ports francs au début du 21 ème siècle », *op. cit.*

¹⁵²⁵ CORRUBLE Philippe, « Aux portes de l'Union européenne : les "freeports" britanniques », *DMF 2021, op.cit.*

¹⁵²⁶ « Le gouvernement examinerait de manière favorable les demandes des collectivités qui souhaiteraient en reprendre la gestion », Le premier ministre E. Philippe, Comité interministériel de la mer CIMer 2018. <https://www.gouvernement.fr/comite-interministeriel-de-la-mer-cimer-sgmer>.

¹⁵²⁷ LERIVRAIN Hélène, « Les grands ports maritimes aiguisent l'appétit des régions », *La gazette des communes.com*, A l'une, 9 octobre 2018.

¹⁵²⁸ Il convient de mentionner la proposition de loi relative à la Gouvernance et à la performance des ports maritimes français, Sénat, N° 723 enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2020, *op.cit.*

concernant la construction de zones franches, lorsque l'objectif serait rattaché à des priorités de développement économique et social, au niveau local.

Or, il semble que la volonté soit orientée vers une confirmation du volet international de ces ports de la façade atlantique, puisqu'une proposition de loi relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes français¹⁵²⁹ décline cette possibilité, et ce par un amendement sur un article qui prévoyait « *le transfert de la propriété, de l'aménagement, de l'entretien et de la gestion des grands ports maritimes nationaux aux régions dans le ressort géographique desquelles sont situées ces infrastructures* ». La suppression de l'article portant cette possibilité a peut-être été liée à des éléments conjoncturels¹⁵³⁰, nous pouvons imaginer pour l'avenir l'éventualité d'une nouvelle proposition de décentralisation de ces ports, mais, entretemps, les conditions de la gestion de ces ports demeurent concurrentielles, et tout dispositif mis en place pour assurer leur développement, y compris les zones franches, doit se faire dans le respect des règles du droit européen de la concurrence.

736.L'idée essentielle pour tirer un avantage de la création de ces zones franches, tout en étant compatible avec le droit européen des aides d'Etats, consiste à dresser des objectifs croisant ceux fixés par la Commission européenne, afin d'alléger l'application du droit de la concurrence, à condition que ces objectifs ne soient pas de nature purement concurrentielle. Ainsi, lorsque ces zones sont à l'intérieur des ports, ou dans leur proximité immédiate, cela a un effet sur le commerce entre les Etats membres, et comme le précise Ph. Corruble, ces ports, « *pourront jouer d'une combinaison d'avantages : présence d'outils et de services logistiques, franchise de droits de douane, exemption d'impôts ou charges sociales permettront d'attirer des investisseurs et entreprises exerçant une activité internationale, la dimension sociale étant plus ou moins prioritaire, au bénéfice des synergies industrielles et de l'attractivité économique* »¹⁵³¹. Nous pouvons penser que les règles appliquées ne seront pas identiques.

737.La mise en valeur du foncier portuaire peut être réalisée par une perspective de réindustrialisation grâce à la création de ces zones, cependant cela nécessite une redéfinition d'un régime opportun dans le but de réaliser cet objectif de réactivation.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ Car, et comme cela est précisé dans l'amendement du Sénat de l'article 6 de la proposition de ladite loi, « *l'ouverture du débat de la gouvernance des ports à la veille des prochaines élections régionales introduit une source d'instabilité sur les projets de transformation en cours. Cela, alors même que nos ports sont en réelle difficulté liée notamment à la crise sanitaire et ont besoin d'un cap et d'une orientation plutôt que de nouvelles déstabilisations liées à la gouvernance* ».

¹⁵³¹ CORRUBLE Philippe, « Aux portes de l'Union européenne : les "freeports" britanniques », DMF 2021, *op.cit.*

B- Les réserves foncières des GPM : vers une valorisation du domaine privé

738. Les **GPM** disposent de deux domaines, l'un est public et l'autre privé. L'implantation de toute activité dans une zone appartenant au port doit faire l'objet d'une autorisation ou d'une convention. En ce qui concerne les conventions domaniales, celles-ci présentent, certes, aux occupants, et ce depuis des dispositions de 1994¹⁵³², des garanties renforcées en raison de leur titre, notamment des droits réels, mais, ce ne sont pas des garanties suffisantes pour créer des investissements pérennes, notamment du fait de la révocabilité de ces titres.

739. La loi d'orientation et de mobilité a d'ailleurs permis une certaine clarification de la nature juridique des conventions de terminal, lorsqu'elle précise qu'elles sont de simples conventions domaniales¹⁵³³. Néanmoins, une certaine appréciation a été laissée à l'interprétation du **GPM** sur cette qualification, puisque l'article L 5312-14 du Code des transports précise que cette convention peut être qualifiée en concession si le contrat est conclu afin de répondre aux « besoins spécifiques exprimés » par le **GPM**, le contrat sera donc régi par les dispositions du Code de la Commande publique¹⁵³⁴.

740. Dans tous les cas, la perspective que certains juristes arguent afin de réaliser la prospérité économique dans les **GPM** est l'utilisation de leur domaine privé. Mais en quoi cette utilisation assure-t-elle, sur le plan juridique, une telle prospérité ? Il s'agit du potentiel que présentent les réserves foncières (**RF**) des **GPM** ; ceux-ci font partie du domaine privé des ports, et ce en fonction de l'article L. 2211-1 du Code Général de Propriété des Personnes publiques qui précise : « *Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre I^{er} du livre I^{er}. Il en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des*

¹⁵³² Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF, 26 juillet 1994, p. 10749. *op. cit.*

¹⁵³³ Cette précision constitue une réponse à un arrêt du Conseil d'État concernant une convention de terminal intervenue au port de Bordeaux (CE, 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 405157, *op. cit.*). La haute juridiction administrative dans cette affaire avait jugé que la nature des obligations en question appelait la qualification de concession, ce qui nécessite en application des règles découlant du régime de la commande publique (l'obligation d'une procédure ouverte, transparente et non-discriminatoire), et menace ainsi la sécurité juridique des contractants.

¹⁵³⁴ Les conventions de terminal, lorsqu'elles sont qualifiées en conventions domaniales, seront régies par le CGPPP. V. SEVIN Benjamin de, « Contrats d'exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la Loi d'Orientation des Mobilités (LOM) », *DMF*, n° 821, 1^{er} février 2020, p 165-174.

biens immobiliers appartenant au domaine public. Les opérations d'aménagement peuvent d'ailleurs justifier, au sein du Code de l'urbanisme, la possibilité de constituer des **RF**. L'article L 221-1 dudit code prévoit expressément, en fonction d'une modification apportée par la loi ayant créé les **GPM**, la possibilité de constituer des réserves foncières « *en vue de permettre la réalisation d'une action ou une opération d'aménagement.* »¹⁵³⁵. Un déclassement des dépendances du domaine public serait mis en œuvre afin de réaliser ces aménagements.

741.L'appartenance de ces réserves foncières au domaine privé engendrerait des conséquences qui peuvent constituer des garanties pour les investisseurs. La domanialité privée de ces réserves constitue une garantie pour les investisseurs privés puisqu'ils ne seront pas exposés à une révocation potentielle du contrat, comme c'est le cas lorsque le titre d'occupation porte sur une dépendance du domaine public. Le statut du domaine privé engendrerait des conséquences sur la qualification des titres de leur occupation, mais aussi sur la compétence de la juridiction en cas de litige. Par principe, ces contrats ne relèvent pas du régime juridique des contrats administratifs, hormis en présence de clauses exorbitantes du droit commun. Le Conseil d'Etat a, en ce qui concerne une cession portant sur une parcelle de domaine privé, jugé que le contrat en question est un contrat de droit privé, sauf disposition législative contraire et hormis s'il comporte des clauses qui, « *notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, ou si ce contrat a pour objet l'exécution même du service public* »¹⁵³⁶. En cas de litige, c'est le juge judiciaire qui est par principe compétent pour statuer entre les parties, ce qui résulte de leur qualification des contrats de droit privé, par suite de l'absence de clauses exorbitantes ou d'une contribution à un service public¹⁵³⁷.

742.Il s'avère intéressant de noter que le régime domanial des ports dans la plupart des grands ports dans le monde suit un régime libéral. Ainsi, soit ce domaine relève d'un régime entièrement privé, comme c'est le cas dans les pays anglo-saxons, soit il est soumis à un régime

¹⁵³⁵ Et ce par l'acquisition des immeubles, au besoin par voie d'expropriation.

¹⁵³⁶ CE, 10 février 2016, *Sté Générin*, n° 373664 : JurisData n° 2016-002134.

¹⁵³⁷ V. DUROY Stéphane, « Fasc. 79-60 : Occupations privatives du domaine privé », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2015. S. DUROY précise que "Si les occupations privatives du domaine privé ne sont pas exclusives de l'accomplissement par l'occupant d'une mission de service public, force est de constater que cette situation n'est pas très fréquente, ce qui explique sans doute une certaine rareté de la jurisprudence, alors que celle illustrant l'absence de mission de service public de l'occupant est nettement plus abondante" T. confl., 2 juin 1975, S. c/ OPHLM ville de Toulouse : Rec. CE 1975, p. 796.

libéral d'utilisation, comme en Belgique et aux Pays-Bas. C'est la domanialité publique qui régit les ports français et certains ports de l'Afrique francophone.

743. Le déclassement des terrains du domaine public peut cependant engendrer une problématique concernant le contrôle des autorités portuaires sur ces dernières. Ce problème se pose en cas de développement de leur domaine privé pour l'investissement des zones industrialo-portuaires. Ph. Corruble préconise en ce sens de déclasser des terrains qui ne constituent pas les espaces portuaires les plus proches des terminaux essentiels situés au cœur des **GPM**, dans lesquels des préoccupations d'intérêt général pourraient être retenues¹⁵³⁸.

744. Les contrats de droit privé conclus avec les investisseurs peuvent également être aménagés afin de garantir un certain contrôle *a priori* par les autorités portuaires. Ces contrats, qui accordent des droits réels aux titulaires, peuvent ainsi aménager la destination industrialo-portuaire des espaces en cause. Ph. Corruble propose une clause dans le contrat portant sur un « *droit d'opposition au GPM, propriétaire, à la cession des contrats ou des actifs, créés par l'occupant à un repreneur dont l'objectif serait d'acquérir à des fins étrangères à la vocation logistique de ces espaces, voire de spéculation immobilière* ».

La question qui peut se poser est celle de savoir si l'imposition de cette clause ne serait pas considérée comme une mesure exorbitante du droit commun. Dans ce cas-là, le contrat, en cas d'identification d'une immixtion importante de la part de la personne publique¹⁵³⁹, ne pourrait plus se rattacher au droit privé, mais relèverait de celui administratif, sachant que, selon la jurisprudence, une seule clause exorbitante comprise dans un contrat par l'administration, suffit à conférer à l'ensemble du contrat un caractère administratif¹⁵⁴⁰. Après avoir adopté un critère lié au *contenu* pour la définition de la clause exorbitante¹⁵⁴¹, la jurisprudence développe un critère de *but*¹⁵⁴². Il appartient ainsi au juge, en l'absence d'une définition législative claire

¹⁵³⁸ Il précise concernant HAROPA que ce déclassement peut viser des terrains situés le long de la vallée de la Seine sur lesquels le rapport appelle à une ré-industrialisation. CORRUBLE Philippe, « Observations juridiques à propos du rapport sur la compétitivité de l'axe Seine », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵³⁹ T. confl., 12 février 2018, C4109, Inédit au recueil Lebon. Concernant un contrat de mise à disposition d'une salle de spectacle communale au profit d'une société.

¹⁵⁴⁰ T. confl., 20 avril 1959, *Sté nouvelle exploitation des plages*, n° 1688, ou plus récemment : T. confl., 20 février 2008, *M. et Mme Verrière c/ Communauté urbaine de Lyon*, n° 3623.

¹⁵⁴¹ Elle peut être définie comme celle « *ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* ». CE, sect., 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. 506.

¹⁵⁴² T. confl., 13 oct. 2014, *SA Axa France IARD* : Lebon, p. 472. Concernant ce critère voir notamment les commentaires de F. BERNET et de F. BOTTINI au « Fasc. 695 : Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClasseur Administratif*, 2021, *op.cit.*

des clauses exorbitantes du droit commun, d'interpréter selon le cas et la jurisprudence constante.

745. Après avoir examiné les potentiels d'une valorisation des infrastructures des **GPM**, il convient d'étudier le régime juridique découlant du droit européen appliqué aux mesures que les ports peuvent mettre en place.

§2. Le régime juridique des aides d'Etat dans les ports maritimes : des moyens à la croisée entre intérêt économique et report modal

746. La revitalisation des ports français nécessite une politique financière de l'État pour investir dans ses infrastructures, ce qui pourrait impliquer une mobilisation des financements publics. Cependant, il convient de prendre en compte les règles européennes relatives aux *aides d'État* **(B)**. Même si ces aides sont déjà en place dans un pays membre, elles doivent être conformes au droit européen. Ainsi, toute politique *d'aide existante* peut faire l'objet d'un examen pour vérifier sa compatibilité avec les règles de l'Union européenne sur les aides d'État, y compris celles appliquées dans les ports français **(A)**.

A- Le régime fiscal des ports maritimes : des aides « existantes » à la loupe du droit européen

747. Les aides d'Etat peuvent, en fonction du droit européen, être qualifiées ainsi, dès la constatation des allègements fiscaux, il en va de même concernant les exonérations octroyées à certaines entreprises investissant dans le secteur portuaire. La jurisprudence a précisé que « *s'il est vrai que la fiscalité et la mise en place de régimes fiscaux relèvent de la compétence des autorités nationales, il n'en reste pas moins que l'exercice d'une telle compétence peut, le cas échéant, se révéler incompatible avec l'article 92§1¹⁵⁴³ (107 TFUE)* »¹⁵⁴⁴. La Cour a confirmé le caractère avantageux de certaines exonérations¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴³ Qui prévoit des dispositions en réglementation des aides d'Etat en imposant un principe d'incompatibilité.

¹⁵⁴⁴ TPICE, 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing Ltd c/ Commission*, aff. T-67/94, pt 54. Le tribunal se réfère à un arrêt intérieur de la Cour : (arrêt de la Cour du 25 juin 1970, *France/commission*, 47/69, Rec. p. 487).

¹⁵⁴⁵ « *Constitue un avantage non seulement une prestation positive mais également toutes les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise* », Arrêt de la Cour de justice du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, pt 38.

748. Plusieurs ports d'Europe bénéficient de l'exonération de l'Impôt sur les sociétés (IS), mais les diverses décisions des institutions juridiques européennes ont veillé à réduire les effets de ces régimes fiscaux spécifiques¹⁵⁴⁶. Certains d'entre eux justifiaient ces allègements par des motivations qui semblent basées sur des fondements peu solides. Les Pays-Bas ont, par exemple, présenté contre une décision de la Commission concernant des exonérations, l'argument selon lequel d'autres ports européens bénéficiaient de ce régime d'exonération. Les ports belges ont ainsi soutenu que les ports des Pays-Bas recevaient des financements publics.

Dans certains ports l'on a essayé de différencier les infrastructures portuaires de la notion d'entreprise adoptée pour appliquer le régime des aides d'Etat dans les aéroports¹⁵⁴⁷. Tel fut, par exemple, le cas concernant la Belgique¹⁵⁴⁸, mais le Tribunal¹⁵⁴⁹ a rejeté le recours des ports belges. Les ports néerlandais ont, de leur côté, avancé des moyens liés à l'égalité de traitement entre les ports européens¹⁵⁵⁰, ce qui prouve que ces entités portuaires n'avaient pas d'argument de fond à opposer devant le Tribunal¹⁵⁵¹ à la décision de la Commission énonçant l'incompatibilité de ces exonérations¹⁵⁵².

749. En France, les ports autonomes bénéficiaient d'une exonération de « tous les impôts et taxes dus par les entreprises privées » par des décisions ministérielles prises le 11 août 1942 et le 27 avril 1943¹⁵⁵³. En 2017, la Commission, dans une décision, a demandé à la France de supprimer ce régime d'aides « existantes », car déclarées incompatibles avec le marché. Elle a justifié sa décision par le fait que la « *mesure en question, qui lie le montant de l'aide aux profits réalisés, n'est pas liée ni limitée aux coûts nets de missions de service public* »¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁶ Pays-Bas, Belgique, Espagne, Allemagne et France.

¹⁵⁴⁷ Décision (UE) 2017/2115 de la Commission du 27 juillet 2017 concernant le régime d'aides SA.38393 (2016/C, ex 2015/E) mis à exécution par la Belgique — Fiscalité des ports en Belgique.

¹⁵⁴⁸ Les ports belges indiquent que « *le monopole des ports résulte d'une décentralisation administrative au profit d'une entité de droit public ne cherchant pas à réaliser un bénéfice alors que la gestion des aéroports est concédée à des personnes privées dans le cadre de la concession exclusive d'une activité économique avec transfert du risque opérationnel de nature économique.* », pt 17.

¹⁵⁴⁹ CJUE, 20 septembre 2019, n° T-696/17, Arrêt du Tribunal, *Havenbedrijf Antwerpen NV et Maatschappij van de Brugse Zeehaven NV contre Commission européenne*. V. Michel MORIN, « Aperçu de la jurisprudence de l'Union Européenne », DMF, n° 824, 5 mai 2020.

¹⁵⁵⁰ Lors d'un recours d'annulation contre une décision de la Commission (21 janvier 2016 la décision 2016/634) sur l'incompatibilité des exonérations au bénéfice de six ports publics néerlandais. Affaire : T-160/16, arrêt du Tribunal du 31 mai 2018, *Groeningen Seaports*.

¹⁵⁵¹ CJUE, n° T-696/17, Arrêt du Tribunal, *Havenbedrijf Antwerpen NV et Maatschappij van de Brugse Zeehaven NV contre Commission européenne*, 20 septembre 2019, *op. cit.*

¹⁵⁵² Le tribunal a rejeté ce moyen en rappelant que la violation, par un Etat membre, d'une obligation lui incombant en vertu du traité ne peut être justifiée par une violation du même ordre commise par d'autres Etats membres.

¹⁵⁵³ Publiée au bulletin officiel des contributions directes de la même année.

¹⁵⁵⁴ Décision (UE) 2017/2116 de la Commission du 27 juillet 2017 concernant le régime d'aides SA.38398 (2016/C, ex 2015/E) mis à exécution par la France, pt 96.

Cette position avait d'ailleurs été adoptée par le Conseil d'Etat deux ans avant la décision de la Commission en 2017, lorsqu'il a précisé, à l'occasion d'une affaire liée à une exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties accordée au **GPM** de Bordeaux, qu'« eu égard aux **différences substantielles** entre les grands ports maritimes créés par la loi 2008 et les ports autonomes, l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties prévue pour les seconds par la décision ministérielle du 11 août 1942....., ne saurait être regardée comme applicable aux premiers »¹⁵⁵⁵.

750. Il s'avère intéressant de noter que, et malgré un aspect moins concurrentiel introduisant la conservation relative d'un service public industriel et commercial dans les **GPM-OM**, l'exonération de l'**IS** qui y était appliquée n'était pas épargnée par la décision mentionnée ci-dessus. Le **GPM** de Guadeloupe a essayé de défendre cette exonération en fonction de l'article 107 §3 point a, s'agissant des aides destinées à favoriser le « développement économique [...] des régions visées à l'article 349 du TFUE, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale ». La Commission, pour motiver sa décision concernant ces ports¹⁵⁵⁶, a indiqué le fait que cette mesure « n'a pas pour objectif le développement économique de ces régions ni la compensation de leur situation structurellement défavorable puisqu'elle se borne à accorder un avantage sectoriel à un type particulier d'entreprises du secteur des transports, quelles que soient les activités de ces entreprises. La France ne démontre pas que la mesure aurait un effet sur le coût des marchandises importées et on peut à cet égard noter que certains ports d'outre-mer dégagent des bénéfices, versent des dividendes à l'État et disposeraient donc a priori de marges pour diminuer le montant des droits de port s'ils étaient perçus comme un handicap pour le développement économique des régions concernées; ainsi l'exonération d'**IS** peut avoir un impact sur différents flux financiers (notamment les dividendes), pas nécessairement sur le coût des marchandises importées. ».

751. La question de l'exonération des charges fiscales au profit des gestionnaires publics des ports peut également marquer la problématique de la conformité aux principes d'égalité devant la loi et face aux charges publiques. A ce propos, une société de droit commun,

¹⁵⁵⁵ CE, 23 octobre 2015, *GPM Bordeaux*, n° 367816, Inédit au recueil Lebon. Ces différences substantielles sont principalement liées à l'interdiction prévue par la loi 2008-660 d'exploitation des outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires. Dans cet arrêt, le Conseil d'État désigne l'État comme redevable de cette taxe.

¹⁵⁵⁶ La Commission confirme qu'ils sont situés dans des régions visées à l'article 349 du TFUE. Cet article concerne « la Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique, la Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, les Açores, Madère et les îles Canaries ; ce en raison de leur situation « aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement ».

exploitant dans le secteur portuaire, a introduit une question prioritaire de constitutionnalité sur l'exonération d'une cotisation foncière¹⁵⁵⁷. La non-conformité opposée par cette société a porté sur l'inégalité devant les charges fiscales, puisque l'exonération de ladite cotisation, en fonction des dispositions du **CGI**, se limite aux « ports gérés par des *collectivités territoriales, aux établissements publics et aux sociétés d'économie mixte gestionnaires d'un port.* »¹⁵⁵⁸. Le Conseil constitutionnel a décidé que seule l'expression « aux sociétés d'économie mixte » serait non conforme à la Constitution, il s'agirait donc là d'une non-conformité partielle. Une telle décision constitue la consécration constitutionnelle d'un traitement favorable aux ports de commerce et de pêche¹⁵⁵⁹. Cependant, cette décision doit être étudiée par rapport au droit des aides d'Etat. Le Conseil constitutionnel avait justifié sa décision dans la logique de faire échapper certaines catégories de petits ports des règles de ce droit et donc de maintenir cette exonération, puisque ces ports ne rentrent pas dans la logique concurrentielle de l'Union européenne. Cette exonération serait potentiellement assujettie au contrôle de la Commission concernant les **GPM**¹⁵⁶⁰.

752. Les aides d'Etat peuvent être qualifiées dans des formes de financements publics dans des investissements relevant d'un aspect concurrentiel, la question étant de savoir dans quelle perspective ces concours publics pourraient être conformes au droit européen.

B- Le régime des aides d'Etat appliqué aux investissements publics portuaires au regard de la qualification prépondérante d'une activité économique

753. Le régime des aides d'Etat fait l'objet d'un cadre procédural ample. Chaque Etat membre doit notifier à la Commission tout type d'aide relevant des ressources publiques¹⁵⁶¹, celle-ci examine ensuite la compatibilité de l'aide avec les dispositions prévues dans les §2 et §3 de l'article 107 (**TFUE**). Ces derniers précisent les types d'aides qui sont prises en compte,

¹⁵⁵⁷ Décision n° 2018-733 QPC du 21 septembre 2018. Sur l'exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises.

¹⁵⁵⁸ Article 1449 2° du code général des impôts.

¹⁵⁵⁹ GUILLET Nicolas, « Le champ d'application de l'exonération de cotisation foncière des ports objet d'une QPC », *DMF*, n° 809, 1er janvier 2019, p. 81-93.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ En fonction du règlement (UE) n° 2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE, qui précise le cadre de la notification à la Commission (JOUE L 248, 24 septembre 2015), l'Etat membre notifiant s'engage à fournir chaque année à la Commission les rapports et les renseignements mentionnés dans ce règlement (article 26).

soit de plein droit¹⁵⁶², soit pouvant être compatibles avec le marché intérieur, à condition qu'elles n'aient pas à altérer l'intérêt commun de ce dernier. Des règlements ont été adoptés dans l'objectif de clarifier les critères des aides dispensées de notification, il s'agit notamment du règlement général d'exemption par catégorie (**RGEC**)¹⁵⁶³.

L'enjeu essentiel lié au financement des infrastructures portuaires consiste à savoir si ces financements remplissent les conditions identifiées par le droit européen pour garantir un intérêt commun¹⁵⁶⁴, ou s'ils relèvent d'un intérêt économique limité à l'Etat membre qui accorde ce financement. La Commission a rappelé dans une Communication que « *le financement public des infrastructures portuaires favorise une activité économique et est donc en principe soumis aux règles en matière d'aides d'Etat.* »¹⁵⁶⁵.

754. En 2016, et en ce qui concerne le financement des infrastructures portuaires, une proposition du règlement a été présentée par la Commission¹⁵⁶⁶, et ce dans le but d'étendre au financement public des infrastructures portuaires le règlement **RGEC**¹⁵⁶⁷. L'adoption de ce texte « *permettrait de clarifier les règles pour les investissements publics dans les ports européens et de dispenser éventuellement les Etats de l'obligation de notification préalable* »¹⁵⁶⁸. L'article 56ter de ce règlement précise que « *Les aides en faveur des ports maritimes sont compatibles avec le marché intérieur au sens de l'article 107, paragraphe 3, du traité et sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du*

¹⁵⁶² Cela implique que la Commission n'a aucun pouvoir d'appréciation, mais que l'Etat membre doit cependant notifier des projets d'aides afin qu'elle vérifie si ces derniers peuvent bénéficier des dérogations prévues dans §2 de l'article 107 TFUE.

¹⁵⁶³ Règlement (UE) n° 651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. L'exemption est conçue pour réduire la charge administrative pesant sur les autorités nationales et locales et encourager les gouvernements de l'UE à canaliser l'aide vers la croissance économique, sans accorder aux bénéficiaires un avantage concurrentiel injuste. Modifié par le Règlement (UE) de la Commission du 14 juillet 2017.

¹⁵⁶⁴ Aides attribuées « *sur la base d'un ensemble de principes communs garantissant que les aides servent un objectif d'intérêt commun, ont un effet incitatif évident, sont appropriées et proportionnées, sont octroyées en toute transparence et soumises à un mécanisme de contrôle ainsi qu'à une évaluation régulière, et n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.* ». Considérant 5 du Règlement (UE) 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, *ibid*.

¹⁵⁶⁵ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'Etat visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE (2016/C 262/01).

¹⁵⁶⁶ Proposition de Règlement de la Commission modifiant le Règlement (UE) n° 651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité, *op. cit*.

¹⁵⁶⁷ Règlement n° 2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n° 651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que les régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale en faveur des régions ultrapériphériques, et modifiant le règlement (UE) n° 702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles.

¹⁵⁶⁸ CORRUBLE Philippe, « Aides d'Etat et financement public des infrastructures portuaires : que veut vraiment la Commission européenne ? », *DMF*, n° 789, 1er mars 2017, p. 253-262.

traité, pour autant que les conditions prévues par le présent article et au chapitre I soient remplies ». Cette exemption est donc conditionnée, selon les dispositions de l'article 107§3, à ce que les aides ne génèrent pas d'altérations de la concurrence. Elles doivent être accordées de manière égale, non-discriminatoire et aux conditions du marché. Dans le secteur portuaire, le règlement n'a pas précisé les critères d'affectation de la concurrence inter-portuaire ni l'impact sur les échanges entre les Etats membres, ce qui constitue un *enjeu de fond*, notamment pour les petits ports ¹⁵⁶⁹.

755. Une distinction est faite par le nouveau règlement entre les investissements liés aux infrastructures de transports et ceux liés aux infrastructures industrielles. Seuls les premiers seront exemptés de la notification en fonction de **RGEC**¹⁵⁷⁰. Cette distinction est susceptible de créer des difficultés dans la pratique¹⁵⁷¹. La distinction en cause semble concrétiser la différenciation entre deux aspects. Il s'agit, d'un côté, d'un aspect qui relève d'un intérêt général pour le marché (aménagement lié au transport, sécurité, utilisation des énergies alternatives...), de l'autre, apparaît donc un aspect uniquement concurrentiel entre les Pays membres et leurs ports (superstructures portuaires et installations industrielles...).

756. La question peut donc se poser de savoir si le développement des infrastructures est lié à un intérêt général ou, au contraire, s'attache à un objectif commercial. Une interprétation jurisprudentielle avait déjà permis de créer un cadre de définition des infrastructures dont le développement n'est pas dissociable de l'exploitation commerciale.

La question de la qualification des financements publics dans les infrastructures a été développée par la Cour de justice en ce qui concerne le secteur aéroportuaire. Premièrement, celle-ci a qualifié l'aéroport d'entreprise et ce, à l'occasion d'une affaire liée à la gestion publique de l'aéroport de Paris¹⁵⁷², en précisant que, puisque ce dernier exerce une activité économique, il aurait à ce titre la qualité d'entreprise et devrait se conformer, concernant son financement, au droit des aides d'Etat.

¹⁵⁶⁹ Qui seront définissables sur une base de tonnage annuel à déterminer. Cette précision a cependant été adoptée dans le secteur aéroportuaire dans le même règlement, Art. 56 bis §8.

¹⁵⁷⁰ Article 56 ter §3 : « *Les coûts afférents aux activités non liées aux transports, notamment à des installations de production industrielle actives dans un port, à des bureaux ou à des commerces, ainsi qu'à des superstructures portuaires ne constituent pas des coûts admissibles* ».

¹⁵⁷¹ V. CORRUBLE Philippe, « Aides d'Etat et financement public des infrastructures portuaires », *op. cit.*, notamment lorsque le Règlement prévoit une exemption pour les infrastructures pour les carburants de substitution permettant aux ports d'accueillir des bateaux utilisant ces sources d'énergie. (Décision Commission du 13 juin 2016 concernant l'aide SA.41193 Green Port Kiel.) Si ces mêmes infrastructures alimentaient aussi des installations industrielles installées sur le port, l'aide devrait donc certainement être notifiée.

¹⁵⁷² CJUE, 24 octobre 2002 Aéroports de Paris/Commission C-82/01.

Cependant, concernant le financement public de certaines infrastructures qui sont destinées à l'ensemble des usagers, la question s'est posée de savoir si une telle participation publique serait dispensée de la notification obligatoire au sens du droit européen ¹⁵⁷³. Cette question a été portée devant la Cour lors d'une affaire liée à la construction d'une nouvelle piste dans l'aéroport de Leipzig-Halle¹⁵⁷⁴, celle-ci devant être financée par un apport de 350 millions d'Euros d'argent public au capital du gestionnaire de l'aéroport¹⁵⁷⁵. La **CJUE** a confirmé que le gestionnaire de l'aéroport de Leipzig-Halle, « *dès lors qu'il offrait des services contre une rémunération issue, notamment, des taxes aéroportuaires, exerçait une activité économique sur le marché des services aéroportuaires régionaux* ».

Deux critères sont donc adoptés par la Cour. Le premier est de vérifier si les dépenses constitueraient un tout indissociablement lié à l'exploitation commerciale. Le second est la vérification de l'absence de l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Il faut, dès lors, vérifier la finalité de l'activité, peu importe si elle relève traditionnellement d'une mission d'aménagement du gestionnaire public, lorsque l'infrastructure est gérée par une personne publique.

757. Dans le secteur portuaire, la solution de la Cour ne diverge pas de celle adoptée dans le secteur « voisin »¹⁵⁷⁶. Nous notons, en constatant la jurisprudence de la Cour, que les missions relevant de l'aménagement portuaire sont considérées, dans le cadre de leur financement public, comme des aides d'Etat. La Cour a qualifié plusieurs de ces missions d'activités mises en place dans l'objectif de l'exploitation commerciale des ports, lorsqu'elles favorisent leur statut concurrentiel.

Des obligations de notification sont donc obligatoires. Il demeure, néanmoins, nécessaire de prouver que ces financements n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun, ainsi que de rechercher la conformité de ces aides avec le droit de la concurrence de l'UE. Ainsi, concernant des extensions du port du Pirée par la construction de brise-lames, la Commission a considéré de telles dépenses publiques comme

¹⁵⁷³ En application de **RGEC**.

¹⁵⁷⁴ CJUE, 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle/Commission*, C-288/11. Dans cet arrêt la Cour se réfère à deux arrêts liés à la qualification de l'aéroport de Paris comme entreprise exerçant une activité économique, « Arrêts Aéroports de Paris », CJUE 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris/Commission*, C-82/01, *op. cit.*, et arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris/Commission*(T-128/98).

¹⁵⁷⁵ Lors de cette affaire, les requérants en annulation partielle de l'arrêt du Tribunal de l'UE ont argué dans le sens de considérer que « *la construction de la nouvelle piste sud constituait une mesure relevant de la politique régionale, de la politique économique et de la politique des transports que la Commission ne pouvait contrôler au titre des règles du traité CE relatives aux aides d'Etat* », pt.14.

¹⁵⁷⁶ CORRUBLE Philippe, « Aides d'Etat et financement public des infrastructures portuaires », *op. cit.*

« un tout indissociablement » lié à l'exploitation commerciale¹⁵⁷⁷. Il en va de même concernant des travaux d'élargissement de l'entrée, afin de sécuriser les navires de commerce dans le port de Salerne¹⁵⁷⁸. Selon la Commission, les travaux en question renforcent la position concurrentielle des ports. Cette vision montre la façon dont le droit européen appréhende le modèle économique des ports de commerce. Il semble que, lorsque le port revêt une importance mondiale et européenne, tout aménagement pourrait être considéré comme attaché à une finalité commerciale et que la différence est étroite entre des « missions traditionnelles » des pouvoirs publics, comme la construction de brise-lames, et d'autres dont le volet s'avère purement économique.

758. Les avantages accordés à certains gestionnaires peuvent cependant être acceptés au regard de certains éléments caractéristiques des ports¹⁵⁷⁹. La Cour de justice avait reconnu qu'en permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité, celui-ci « *vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de la politique économique ou sociale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun* »¹⁵⁸⁰. Quels objectifs peuvent alors justifier ce type d'aides ?

759. Le report modal constitue un objectif important dans l'Union européenne. Il consiste à réactiver et réindustrialiser certaines zones portuaires, et ce par le biais des aides au transport combiné, des « aides à la pince », qui permettent aux acteurs du transport (combiné) de « *développer leurs offres face à la concurrence d'un service tout routier qui ne supporte pas de rupture de charges et de frais de transbordement* ». Ce type d'aides a déjà fait l'objet d'une autorisation de la Commission européenne au profit de la France au titre de la réglementation sur les aides d'Etat¹⁵⁸¹. Ph. Corruble précise que « l'intensification et la concentration » de ces aides sur l'axe Seine devraient logiquement être favorablement accueillies par le régulateur

¹⁵⁷⁷ Décision Commission du 2 juillet 2013 concernant l'aide SA.35418 Extension du Port du Pirée, (2012/N) – Grèce – Extension du Port du Pirée, JO C 256 du 5.09.2013, p. 2.

¹⁵⁷⁸ Décision Commission du 27 mars 2014 concernant l'aide d'Etat SA.38302 Port de Salerne, – Italie – Port de Salerno, JO C 156 du 23.05.2014, p.1.

¹⁵⁷⁹ V. REZENTHEL Robert, « La gestion portuaire soumise au droit de la concurrence (A propos notamment de la décision de l'Autorité de la concurrence du 15 avril 2010) », *DMF*, n° 719, 1er novembre 2010, p. 930-941.

¹⁵⁸⁰ CJCE, 19 mars 1991 - *France c/Commission* - aff. n° C-202/88, *Rec. p.* I-1223 point 12 ; CJCE, 23 octobre 1997 - *Commission c/Pays-Bas* - aff. n° C-157/94, *Rec. p.* I-5699 point 39 ; CJCE, 21 septembre 1999 - *Maatschappij Drijvende Bokken BV* - aff. n° C-219/97 pt. 93.

¹⁵⁸¹ Aide d'Etat SA.53158 (2019/N) – France/ Décision du 29.10.2019, C (2019) 7806 final : prolongation du régime d'aide à l'exploitation de services réguliers de transport combiné de marchandises alternatifs au mode tout routier pour la période 2018-202, Bruxelles, *op. cit.*

européen¹⁵⁸². Cet objectif peut également constituer une raison admissible pour continuer à appliquer un régime fiscal dérogatoire au bénéfice des ports¹⁵⁸³, mais également des entreprises y exerçant leurs activités industrielles, ou liées à la logistique. Dès lors, il faut lier des facilités fiscales aux objectifs de report modal, car l'objectif économique ne peut être pris en compte pour justifier une aide compatible avec le droit européen.

760. L'application du droit de la concurrence de l'Union européenne est censée créer une meilleure réalisation des objectifs du marché commun. L'application encadrée de certaines de ces règles ne saurait être suffisante, si d'autres règles ne sont pas assez encadrées dans leur mise en œuvre. Ainsi, l'application du droit des aides d'Etat aux financements publics des ports maritimes, tout en négligeant le système des ententes existant entre les grands armateurs, semble un vrai élément qui produit une distorsion pour la concurrence. Il convient de noter que les règles du droit de la concurrence s'appliquent à toutes les entreprises, mais que le régime des aides d'Etat s'applique pour sa part uniquement aux entreprises de l'UE¹⁵⁸⁴. Le rapport de force créé par l'alliance des groupes mondialisés ne devrait pas être réalisé au détriment de l'intérêt commun, ni de celui local de chaque Etat membre, en limitant des mesures découlant des aménagements portuaires.

¹⁵⁸² Etant donné que la Commission a pour objectif que 30 % du fret routier soient reportés sur les réseaux ferroviaires et fluviaux d'ici à 2030, et plus de 50 % à l'horizon 2050. Or, à l'heure actuelle, le pourcentage du fret reporté sur ces réseaux est très nettement inférieur à celui du Havre, en comparaison de ceux des ports de Rotterdam ou d'Anvers.

¹⁵⁸³ Décision rendue en décembre 2020 par la Commission au sujet de l'exonération d'impôt dans les ports italiens (Décision (UE) 2021/1757 de la Commission du 4 décembre 2020 concernant le régime d'aides SA.38399 -2019/C (ex 2018/E) mis à exécution par l'Italie - Impôt sur les sociétés applicable aux ports en Italie, JO L 354 du 6.10.2021, p. 1–28).

¹⁵⁸⁴ CORRUBLE Philippe, « Aux portes de l'Union européenne : les “freeports” britanniques », *op. cit.*

Conclusion du chapitre I

761. Il est clair que la concurrence entre les ports, qu'ils aient des statuts différents ou non, peut entraver la relance nécessaire que les **GPM** doivent entreprendre après leur réforme.¹⁵⁸⁵ Dans ce contexte, la coordination devient cruciale pour éviter les effets indésirables de la concurrence à l'échelle nationale. Cependant, une organisation plus intégrée ne se limite pas à réguler la concurrence ; elle doit également moderniser la production portuaire et mettre en place des dispositifs de performance plus efficaces. Pour atteindre ces objectifs, il est essentiel que ces dispositifs de performance soient conçus en tenant compte des exigences imposées aux gestionnaires portuaires, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement, le report modal et le développement durable. Par exemple, la création de zones franches à proximité des zones portuaires à réactiver et à industrialiser pourrait être une initiative stratégique. Ces zones franches pourraient servir de moteur pour attirer des investissements et favoriser le développement économique, tout en respectant les impératifs environnementaux et en encourageant le report modal. En résumé, l'approche doit être holistique et tenir compte des divers aspects économiques, environnementaux et sociaux pour assurer le succès de la relance des ports.

762. Effectivement, le grand port maritime dispose de nombreuses prérogatives qui lui permettent d'utiliser des dispositifs juridiques pour stimuler la relance économique. En tant qu'aménageur, le **GPM** a le pouvoir de développer et de valoriser les terrains qu'il possède, qu'ils soient de statut public ou privé. La mise en valeur de ces terrains constitue un levier essentiel pour dynamiser les ports, notamment en favorisant leur industrialisation

763. Effectivement, l'action des ports peut s'étendre au-delà de leurs infrastructures traditionnelles pour englober d'autres types d'infrastructures, notamment celles nécessaires au transport ferroviaire et fluvial. Après la répartition des réseaux ferroviaires, le contrôle exercé par le port sur ces infrastructures relève principalement d'une gestion managériale visant à assurer une coordination efficace entre les différents modes de transport. En ce qui concerne les infrastructures fluviales, le domaine d'action du port peut plutôt prendre la forme d'un partenariat entre les ports fluviaux et maritimes. Ces partenariats peuvent être formalisés par la création d'entités organisationnelles spécifiques, telles que de nouveaux établissements publics

¹⁵⁸⁵ VASPART Michel, Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable (1) par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes, 2020, *op.cit.*

portuaires résultant de la fusion de plusieurs ports, à savoir par exemple la création d'un nouvel établissement public portuaire qui fusionne trois ports (**HAROPA**).

764. Le domaine portuaire s'étend vers l'hinterland, et ce par le biais des moyens qui peuvent intégrer le cadre de conciliation entre droit européen de la concurrence et intérêt général pour l'UE¹⁵⁸⁶. Cette extrémité vers la terre, en passant par la voie fluviale, pourrait-elle, en raison du poids important des armateurs dans les activités liées au transport maritime, constituer un contrepoint significatif ?

¹⁵⁸⁶ Aides à la pince, report modal, zones franches intéressantes pour l'économie locale.

CHAPITRE II : LA HIERARCHISATION INCERTAINE DES INTERETS DE L'EXPLOITATION PORTUAIRE : LE CAS DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

765. En dépit des réformes successives visant la modernisation de leur gouvernance et modèle, les ports français de commerce « peinent à intéresser »¹⁵⁸⁷. Cette réalité a été soulignée à plusieurs reprises dans divers rapports ministériels. L'évaluation du niveau de développement économique s'est faite en comparant le volume de trafic des ports de commerce, notamment depuis leur réforme de 2008, à celui de leurs concurrents en Europe et dans le monde, tout en examinant les objectifs de cette réforme. Il est donc important d'examiner les obstacles majeurs qui ont entravé le développement souhaité.

766. Certains de ces obstacles sont purement conjoncturels, créant des difficultés générales pour le secteur portuaire¹⁵⁸⁸ ainsi que pour toutes les activités relevant d'un secteur économique¹⁵⁸⁹. D'autres obstacles sont structurels, posant un défi significatif pour les autorités portuaires. Ce défi consiste principalement à trouver un équilibre entre les divers aspects de la gestion portuaire, souvent caractérisés par ce qu'on pourrait appeler un « effet de ciseau »¹⁵⁹⁰. Les législations applicables imposent à l'autorité portuaire le maintien d'un niveau de développement économique stable, tout en respectant des règles concernant des éléments qui, en principe, ne sont pas directement liés aux considérations économiques, notamment la protection de l'environnement et la réduction des potentiels effets néfastes sur celui-ci¹⁵⁹¹.

767. Les ports et les activités qui s'y exercent peuvent avoir un impact potentiel significatif sur l'environnement. La proximité des installations portuaires avec des espaces naturels protégés soulève des défis pour l'autorité portuaire, notamment en ce qui concerne la

¹⁵⁸⁷ V. DESCAMPS Adeline, *Blocage des ports : Des conséquences économiques qui se précisent...*, [<http://www.journalmarinemarchande.eu/actualite/blocage-des-ports-des-consequences-economiques-qui-se-precisent>].

¹⁵⁸⁸ V. MARCHIAFAVA Giovanni, « L'impact de l'urgence épidémiologique Covid-19 sur le régime juridique des ports maritimes italiens », *DMF*, n° 827, 1er septembre 2020, p. 753-763.

¹⁵⁸⁹ V. PREVISION Département analyse et, HEYER Éric et TIMBEAU Xavier, « Évaluation de la pandémie de Covid-19 sur l'économie mondiale », *Revue de l'OFCE*, vol. 2, n° 166, 14 décembre 2020, p. 59-110.

¹⁵⁹⁰ VASPART Michel, *Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable (1) par la mission d'information relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes*, 2020, op.cit.

¹⁵⁹¹ En ce sens, la protection de l'environnement peut se différencier de la sécurité portuaire qui constitue une condition essentielle pour une relance économique.

conciliation entre les exigences environnementales et les nouveaux projets portuaires (**Section 1**).

768. La question juridique qui se pose est de savoir si un développement et un progrès portuaire peuvent être réalisés tout en respectant les principes du droit de l'environnement (**Section 2**).

Section 1. L'exploitation portuaire et la protection de l'environnement : une conciliation difficile

769. L'évocation des enjeux environnementaux dans le secteur portuaire met en lumière les préoccupations majeures liées aux activités de transport maritime dépendantes de ces ports, qui agissent comme des points de « débarquement et d'embarquement »¹⁵⁹². Cependant, il est également important de reconnaître que les activités menées dans les ports, qu'elles soient directement liées au transport maritime ou non, peuvent être une source de pollution. Dans cette perspective, nous examinerons d'abord les interactions entre le fonctionnement portuaire et les éléments relevant du droit de l'environnement (§1), puis nous explorerons les défis que peuvent rencontrer le développement des activités et des projets portuaires en raison de la mise en œuvre de ces règles environnementales (§2).

§1. Les enjeux de la protection de l'environnement dans les ports maritimes

770. La protection de l'environnement est désormais un principe intégré dans les projets et plans, tant des entités publiques que privées, en réponse à un cadre juridique dédié à la préservation environnementale **(A)**. Cette évolution impose à l'autorité portuaire d'établir des règles pour les travaux et projets à entreprendre dans le port **(B)**.

¹⁵⁹² Il s'agit de l'appréciation globale de l'évolution des infrastructures de transport dans le cadre d'un schéma national et des schémas régionaux. V. « *Principales propositions des groupes de travail concernant le transport et la mer* » - Grenelle de l'environnement - doc. Ministère de l'Ecologie, du Développement et de l'Aménagement Durables (MEDAD) du 5 octobre 2007, *Le Moniteur*, 18 octobre 2007.

A- La protection de l'environnement : un cadre juridique général renforcé

771. La protection de l'environnement constitue une mission du service public administratif¹⁵⁹³. Elle relève également de l'intérêt général, ce du fait du législateur¹⁵⁹⁴, qui a procédé à son intégration dans la « hiérarchie des intérêts généraux », concernant toute décision relevant de la politique publique ou de l'agissement privé¹⁵⁹⁵. La prise en compte de l'environnement a désormais fait l'objet de plusieurs textes en droit positif interne¹⁵⁹⁶. Depuis 2005, la protection de l'environnement constitue un objectif de valeur constitutionnelle, puisqu'en conclusion du préambule de la Charte de l'environnement, il est précisé que *« L'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel (...) l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains (...) la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation (...) afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins »*. Il convient de noter qu'en tant qu'élément juridique, l'environnement constitue une « chose commune » et non un bien commun, ce qui implique, entre autres, qu'il n'est pas appropriable¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹³ CE, 2 mars 1975, *Courrière*, req n° 85544. En fonction de cet arrêt, même si les forêts font partie du domaine privé de l'Etat, et les litiges liés à leur gestion relèvent de la juridiction judiciaire, les missions liées à la protection de la forêt constituent des actes de service public administratif, et relèvent de ce fait de la juridiction administrative. Le Tribunal des conflits a confirmé, de son côté, que la protection de l'environnement, en l'occurrence par les collectivités territoriales, présente le caractère d'un service public (T. confl., 22 octobre 2007, *département des Bouches-du-Rhône*, req n° 3625).

¹⁵⁹⁴ L'article premier de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature précisait que *« La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général »*. L'apport essentiel de cette loi est l'intégration de la procédure de l'étude d'impact dans les préoccupations environnementales.

¹⁵⁹⁵ Raphaël ROMI, *Droit de l'environnement*, Ed9, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 83.

¹⁵⁹⁶ Notamment la loi Grenelle 2 de l'environnement portant « engagement national pour l'environnement » : Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 et Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relatives au renforcement de la protection de l'environnement.

¹⁵⁹⁷ V. CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Entre environnement per se et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Environnement*, n° 12, 1er décembre 2012, p. 13-21.

772. Le droit de l'UE¹⁵⁹⁸, ainsi que les textes issus du droit international¹⁵⁹⁹, constituent une ressource importante pour une prise en compte de l'environnement dans les législations internes. La protection de l'environnement est considérée par la Cour de justice comme un objectif essentiel¹⁶⁰⁰, mais également par le droit dérivé, lorsque des textes intègrent la politique environnementale dans les objectifs de la Communauté¹⁶⁰¹. Elle a donné de ce fait lieu à plusieurs textes¹⁶⁰², de nature juridique plus ou moins contraignante, que les Etats membres doivent mettre en place afin de réaliser cet objectif. Dans le cadre de la gestion portuaire, les Etats membres doivent notamment respecter les dispositions découlant de la Directive sur les oiseaux, appelée directive « Oiseaux »¹⁶⁰³, et celle concernant la protection des habitats ainsi que de la flore et la faune sauvage¹⁶⁰⁴, qualifiée de directive « Habitats, ce qui peut introduire la construction du réseau *Natura 2000*¹⁶⁰⁵.

773. L'autorité portuaire doit prendre en compte, lors de la réalisation de la mission liée à la protection de l'environnement, des principes¹⁶⁰⁶ qui s'imposent à toute personne effectuant des projets, plans et activités et impliquent, de manière générale, une mise en œuvre de nature

¹⁵⁹⁸ Notamment en ce qui concerne les évaluations par les autorités nationales compétentes. En 1985 une directive a imposé une évaluation pour certains projets (Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ; JO, L 175, 5 juillet 1985, p. 40-48). Ensuite c'est la directive « plans-programmes » qui a étendu cette obligation aux plans et programmes (directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement). Cette directive s'applique aux plans et programmes publics ayant été élaborés et/ou adoptés par une autorité compétente.

¹⁵⁹⁹ Notamment, le sommet de la terre de Rio de Janeiro, en juin 1992, qui a porté sur la conservation et la gestion des ressources aux fins de développement. Ce sommet, même s'il présente certaines limites concernant les conséquences juridiques et politiques, s'est toutefois apparenté à une organisation mondiale de l'environnement. R. ROMI, *droit de l'environnement et du développement durable*, op.cit, p 58.

¹⁶⁰⁰ CJCE, 7 février 1985 - *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* - affaire n° 240/83 - Rec. p. 531 point 13.

¹⁶⁰¹ Le Traité instituant la Communauté européenne (Traité de Maastricht sur l'Union européenne), JO C 191 du 29.7.1992, p. 1-112, Art. 2 TCE : « *La Communauté a pour mission... de promouvoir ... une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement* ».

¹⁶⁰² L'intégration par l'Acte unique (1986) d'un titre spécifique (VII) à l'environnement dans le traité de Rome CE constitue une démarche importante pour le renforcement de cette protection, mais d'autres textes ont précédé cette démarche, notamment la directive n° 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 (modifiée) concernant la conservation des oiseaux sauvages Directive Oiseaux », La directive de l'Union européenne 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que des espèces de la faune et de la flore sauvages « Directive Habitats ».

¹⁶⁰³ Directive 79/409/CEE du Conseil concernant la conservation des oiseaux sauvages. JOCE n°103 du 25 avril 1979.

¹⁶⁰⁴ Directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que des espèces de la faune et de la flore sauvages.

¹⁶⁰⁵ Il s'agit des « *Outils fondamentaux de la politique européenne de préservation de la biodiversité, les sites Natura 2000 visent une meilleure prise en compte des enjeux de biodiversité dans les activités humaines. Ces sites sont désignés pour protéger un certain nombre d'habitats et d'espèces représentatifs de la biodiversité européenne. La liste précise de ces habitats et espèces est annexée à la directive européenne oiseaux et à la directive européenne habitats-faune-flore.* ». <http://www.natura2000.fr/natura-2000/qu-est-ce-que-natura-2000>.

¹⁶⁰⁶ Ces principes constituent la traduction juridique opérationnelle de la reconnaissance des droits de l'Homme à l'environnement. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 8^e édition, 2019, p. 92.

préventive¹⁶⁰⁷. Le principe de prévention¹⁶⁰⁸ doit être pris en compte pour vérifier les risques avérés sur la nature.

774. Un autre principe important, qui règne désormais lors de l'appréciation des projets, est celui de la précaution¹⁶⁰⁹, qui constitue une nouvelle forme de prévention¹⁶¹⁰ pour « *protéger la société contre des risques encore inconnus ou incertains ... Face à l'incertitude ou à la controverse scientifique actuelle, il vaut mieux prendre de suite des mesures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire en attendant que se révèlent des dommages* »¹⁶¹¹. Il s'agit d'une « appréciation anticipée » de l'intérêt général¹⁶¹², qui doit « *se mesurer désormais à l'aune des générations futures* »¹⁶¹³.

Pour les travaux, une déclaration d'utilité doit être établie en fonction du droit de la construction, c'est la « Déclaration d'utilité publique **DUP** "travaux" ». Il s'agit d'une procédure « *qui permet de réaliser une opération d'aménagement sur des terrains privés par le biais d'une expropriation pour cause d'utilité publique* »¹⁶¹⁴. Selon l'article L110-1 dudit code, « *lorsque la déclaration d'utilité publique porte sur une opération susceptible d'affecter l'environnement relevant ... l'enquête qui lui est préalable est régie par les dispositions ... de ce code* ». En 2013, le Conseil d'Etat a étendu l'application directe du principe de précaution aux

¹⁶⁰⁷ Elles s'opposent en ce sens à l'action a posteriori incluant la réparation, la restauration et la répression. Toutes deux peuvent être considérées comme complémentaires, car, même si la prévention a souvent été préférée à des mesures a posteriori, il n'est cependant pas toujours possible de tout prévoir. V. M. Prieur 2019. *Ibid.* p. 93.

¹⁶⁰⁸ Qui s'attache à contrôler des risques certains ou avérés, le risque avéré est celui pour lequel « *les connaissances scientifiques et le retour d'expérience permettent de déterminer avec certitude la probabilité d'occurrence d'un dommage* ». O. Sutterlin, « Synthèse. Principe de la précaution », *JurisClasseur Environnement et développement durable*.

¹⁶⁰⁹ Il a été transcrit pour la première fois en droit français par la loi Barnier relative au renforcement de la protection de l'environnement, en droit de l'UE ce principe est consacré comme un principe général. V. Raphaël ROMI, *Droit de l'environnement et du développement durable*, ED 10, LGDJ, 2021, p. 141.

¹⁶¹⁰ Un principe classique de droit de l'environnement et qui cristallise l'adage « Prévenir plutôt que guérir », cette exigence est associée au droit de l'environnement à la suite de l'avènement de plusieurs risques, naturels et technologiques (Tchernobyl, AZF...). Cette association a donné, par exemple, lieu à la loi du 1^{er} août 2003 sur les risques (LOI n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages). V. Laurent FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, 2020 2^e éd, PUF, p. 129.

¹⁶¹¹ Par exemple, les « *risques liés à l'utilisation de l'énergie nucléaire ne relèvent pas du principe de précaution, car il n'existe pas d'incertitudes scientifiques sur les conséquences catastrophiques des radiations pour la santé et l'environnement* ». M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op.cit, p. 208.

¹⁶¹² R. Rézenthel, « L'aménagement et la gestion des ports au regard de l'intérêt général », *DMF*, 1^{er} mars 2018, n° 800, op.cit.

¹⁶¹³ Rapport du Conseil d'Etat « Réflexions sur l'intérêt général », rapport public 1999, *precit*, p. 287.

¹⁶¹⁴ Par exemple, V. les détails sur la déclaration d'utilité publique (DUP) sur le site gouvernemental : [Préfet de la Vienne](#) :

déclarations d'utilité publique¹⁶¹⁵. En 2018, il a confirmé, par ailleurs, l'application du principe de prévention lors de cette déclaration¹⁶¹⁶.

775. La mise en place de ces principes a donné lieu à l'imposition de deux moyens de contrôle *a priori*, nous tenons à préciser leur mise en place et d'évolution en raison de leur importance dans la mise en place des projets portuaires. Le premier est celui du régime d'autorisations et des déclarations intérieures. Ainsi que le précise M. Prieur, « *la meilleure prévention passe par l'exigence d'une autorisation préalable pour l'exercice de toute activité polluante ou risquant de porter atteinte à l'environnement. A cette occasion, l'administration et le public doivent pouvoir conduire l'auteur du projet à intégrer le souci de l'environnement* »¹⁶¹⁷.

En ce sens, en ce qui concerne le domaine portuaire, il convient de préciser deux systèmes d'autorisations préalables. Le premier est le système classique des installations classées pour la protection de l'environnement, l'ICPE¹⁶¹⁸. Ainsi, en fonction des dispositions liées à la prévention des pollutions, des risques et des nuisances, sont soumis à autorisation « *les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation économe des sols naturels, agricoles ou forestiers, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* »¹⁶¹⁹. Ce régime a subi des extensions, renforcements et des régressions¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁵ CE, 12 avril 2013, *Association Coordination Interrégionale Stop THT et autres*, n° 342409.

¹⁶¹⁶ CE, 6^e et 5^e ch., 9 juillet 2018, *Communes de Villiers-le-Bâcle, Châteaufort, Magny-les-Hameaux et Saclay*, n° 410917.

¹⁶¹⁷ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, 8e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis Droit public, science politique », 2019.

¹⁶¹⁸ Le régime juridique de prévention des pollutions industrielles est l'une des plus anciennes réglementations du droit de l'environnement, puisqu'il remonte à 1810 et a accompagné l'ère du développement industriel, il introduit un système d'autorisations préalables. A partir de 1903, il a été décidé que certaines catégories d'installations seraient soumises à déclaration et c'est la loi du 19 décembre 1917 qui allait mettre en place ces catégories et elle serait réformée, en 1976 (loi du 19 juillet 1976). Il convient de noter que cette dernière a été précédée, en 1971, d'une réforme institutionnelle en matière d'établissements classés et ces derniers relèvent désormais du ministre de l'Environnement, alors qu'ils étaient auparavant sous la tutelle du ministre de l'Industrie.

¹⁶¹⁹ Art. L511-1 du Code de l'environnement.

¹⁶²⁰ La régression fut ainsi qualifiée par les juristes en droit de l'environnement, lorsque certaines réformes ont, au titre de la simplification, introduit des mesures moins contraignantes, notamment par l'établissement, en plus de la catégorie soumise à autorisation, de deux catégories assurant moins de contrôle et de participation du public, celles des installations soumises à « autorisation simplifiée » et à déclaration. L'ordonnance 2009-663 du 11 juin 2009. V. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 2019, *op. cit.*

Le second système d'autorisations et de déclarations relève d'un instrument sectoriel de lutte contre la pollution, il s'agit de la législation concernant l'eau. Depuis un décret de 1993¹⁶²¹, une nomenclature a été établie dans l'objectif d'imposer des déclarations et des autorisations à certains types d'installations, d'ouvrages, de travaux et d'activités pouvant présenter des risques pour les milieux aquatiques.

776. La seconde mesure préventive relève d'un aspect procédural, il s'agit de la réalisation d'une étude d'impact. Aux termes de l'article L. 122-1 (I.) du Code de l'environnement, « *Les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics et privés qui, par leur nature, leurs dimensions ou leur localisation sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine sont précédés d'une étude d'impact. Ces projets sont soumis à une étude d'impact en fonction de critères et de seuils définis par voie réglementaire et, pour certains d'entre eux, après un examen au cas par cas effectué par l'autorité administrative de l'Etat compétente en matière d'environnement* ». Cette étude a été réformée et révisée par la loi Grenelle II¹⁶²². Le contenu de cette étude est précisé dans l'article R. 122-5, elle doit, selon cet article, être adaptée à la sensibilité environnementale du milieu considéré, ainsi qu'à l'importance du projet. Afin de faciliter l'application du principe de l'information au public¹⁶²³, cette étude doit être précédée d'un résumé non technique¹⁶²⁴. En ce qui concerne les infrastructures de transport, l'étude d'impact « *comprend en outre une analyse des coûts collectifs des pollutions et nuisances et des avantages induits pour la collectivité ainsi qu'une évaluation des consommations énergétiques résultant de l'exploitation du projet, notamment du fait des déplacements qu'elle entraîne ou permet d'éviter* »¹⁶²⁵. Le

¹⁶²¹ Décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau. JORF n°75 du 29 mars 1993.

¹⁶²² Cette procédure classique a été réformée par la loi Grenelle II, qui a constitué l'occasion « d'une réforme en profondeur » de cette procédure « en vue d'en simplifier le régime et d'achever la transposition de la directive du 27 juin 1985. ». Cette loi élargit également le champ de cette étude en remplaçant le seuil financier par des seuils techniques. Elle renforce également les moyens de contrôle de l'administration sur l'ensemble des projets soumis à cette étude. V. Marie-Béatrice LAHORGUE, « La réforme de l'étude d'impact », *AJDA*, n° 32, 4 octobre 2010, p. 1807-1811.

¹⁶²³ L'Article 7 de la Charte de l'environnement dispose que « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.* ».

¹⁶²⁴ Article R 122-5 IV et Article R181-14 du Code de l'environnement.

¹⁶²⁵ Article R. 122-3, 6° du Code de l'environnement. Depuis le décret n° 2019-474 du 21 mai 2019 c'est l'article R 122-5 III qui précise le contenu de l'étude d'impact, dans la sous-section intitulée « Contenu de l'étude d'impact ».

Code de l'environnement précise également le contenu de cette étude, ainsi que les critères et les seuils permettant de définir le régime applicable¹⁶²⁶.

777. Une autre procédure peut être imposée en fonction des directives « Oiseaux » et « Habitats », celle de la désignation des sites de conservation et de protection. Les Etats membres doivent procéder, en vue de l'application de ces deux directives, à une classification des zones de protection spécifiques (**Z. P. S**), et des zones spécifiques de conservation (**Z. S. C**). Ces zones sont connectées entre elles dans le cadre de la construction d'un réseau Natura¹⁶²⁷. Ce « réseau des réseaux » constitue la contribution européenne la plus pertinente dans la politique écologique des Etats membres, l'objectif étant de participer, au niveau international, à la préservation de la biodiversité planétaire. Les Etats membres doivent procéder à la désignation de ces zones sous peine de condamnation¹⁶²⁸.

778. Ces mesures sont prévues en transposition des directives européennes dans les articles L414-1 et suivants du Code de l'environnement. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que la directive « Habitats » du 21 mai 1992 devait être interprétée en ce sens qu'elle « *ne permet pas à une autorité nationale, fût-elle législative, d'autoriser un plan ou un projet sans s'être assurée qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné* »¹⁶²⁹. Une « évaluation d'incidences Natura 2000 » doit ainsi être effectuée en fonction de l'article L 404-4 dudit code, lorsque des activités « *sont susceptibles d'affecter de manière significative un site Natura 2000* ». L'autorité chargée d'approuver, d'autoriser ou de recevoir cette déclaration doit veiller au respect de ces règles, lorsqu'elle doit, en application de l'article ci-dessus, s'opposer à tout document d'une planification ou projet, dont la réalisation pourrait porter atteinte aux objectifs de conservation du site Natura.

¹⁶²⁶ Il s'agit de l'application d'une évaluation de façon systématique, ou après un examen au cas par cas *qui sera effectué par l'autorité administrative de l'Etat compétente en matière d'environnement*. Ces conditions sont précisées par voie réglementaire, c'est la section « Etudes d'impact des travaux et projets d'aménagement », (notamment les articles R122-4 à R122-5), qui précise le contenu de l'étude d'impact, quant au R122-2, il indique quelles sont les dispositions générales.

¹⁶²⁷ « *La transposition en droit français des dispositions juridiques relatives à Natura 2000 a été réalisée tardivement et dans un contexte d'hostilité d'une partie du monde rural. Le premier acte a été l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001. Les dispositions législatives relatives à Natura 2000 sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 414-1 à L. 414-7 et R. 414-1 à R. 414-19 du Code de l'environnement* ». Laurent LE CORRE « Fasc. 3820 : Réseau Natura 2000. – Constitution. Régime de protection », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 26 septembre 2016.

¹⁶²⁸ CJCE, 18 mars 1999 - Commission c/ France – aff. n° C-166/97, *op. cit.* Dans cette affaire, qui concerne l'estuaire de la Seine, la Cour déclare que la France, « *en omettant de classer en zone de protection spéciale une superficie suffisante dans l'estuaire de la Seine et d'adopter des mesures visant à conférer à la zone de protection spéciale classée un statut juridique suffisant, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages.* ».

¹⁶²⁹ CJUE, 16 février 2012, *Solvay e.a. c/ Région Wallonne*, aff. n° C-182/10.

779. L'intérêt public lié à la protection de l'environnement implique un rôle central de l'Etat, dans une circulaire relative à la prise en compte de l'environnement dans l'élaboration et l'instruction des projets d'infrastructures il est ainsi déclaré qu'il « *revient à l'administration centrale d'apprécier l'opportunité des projets par rapport aux grands enjeux d'aménagement du territoire et d'environnement, en amont des études (...)* »¹⁶³⁰. Cependant, et en ce qui concerne la valeur juridique de cette circulaire, cette dernière étant dépourvue d'un caractère réglementaire, elle ne peut donc pas être invoquée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir¹⁶³¹, ce qui donne à cet énoncé une valeur purement indicative¹⁶³². L'évaluation des plans et programmes au regard du droit de l'environnement permettrait à l'Etat de réaliser ce contrôle, et ce par l'intermédiaire de ses représentants au sein de l'organe compétent, qui sont habilités à mettre fin aux projets stratégiques¹⁶³³, mais possèdent également le pouvoir de contrôler la compatibilité des orientations du port avec la politique portuaire nationale, ou celle liée à la protection de l'environnement¹⁶³⁴. L'Etat doit entamer des poursuites contre des navires engendrant des pollutions dans les eaux françaises, sa compétence est confirmée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (**CNUDM**)¹⁶³⁵, même si cette compétence, aux termes de cette dernière convention, s'avère nuancée¹⁶³⁶. Ce point a fait l'objet d'une décision de la Cour de cassation, en 2019, concernant le *Thysseas*¹⁶³⁷. Le juge a alors eu recours à *la théorie de l'acte de gouvernement*¹⁶³⁸ pour sanctionner un navire étranger polluant les eaux françaises.

780. Après avoir présenté le droit de l'environnement par rapport à son lien avec le droit portuaire, il convient de préciser l'application de ce droit lors de la mise en œuvre des activités et travaux portuaires.

¹⁶³⁰ La circulaire n° 98-21 du 11 février 1998.

¹⁶³¹ CE, 19 juin 1999, *Cne Liffre et a.* n° 162034, n° 162096 et n° 162174 : JurisData n° 1999-050773.

¹⁶³² V. REZENTHEL Robert, « Fasc. 1194- Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *op. cit.*, p. 45.

¹⁶³³ Conseil de surveillance.

¹⁶³⁴ Notamment par le Commissaire du gouvernement en fonction de l'article R. 102-29 du Code des ports maritimes.

¹⁶³⁵ Signé à Montego Bay, 10 décembre 1982, entrée en vigueur 16 novembre 1994, conformément au §1 de l'article 308. Site : Nation Unies.

¹⁶³⁶ Ce lorsque le sinistre est survenu dans certaines zones, ce qui est le cas concernant les zones économiques exclusives **ZEE** (art 228), en haute mer (art 92 et 97) de **CNUDM**.

¹⁶³⁷ Cass. (Ch. Crim.), 24 septembre 2019, navire *Thysseas*, n° 18-85.846.

¹⁶³⁸ Pour reprendre l'expression de P. Bonassis, Pierre BONASSIS « Comment la Chambre Criminelle utilise la théorie de l'acte de gouvernement pour sanctionner le navire étranger polluant les eaux françaises », *DMF* n° 818, 1^{er} novembre 2019, p 899-903.

B- Le fonctionnement du port au regard du droit de l'environnement : un régime environnemental souple ?

781. Dans le guide intitulé « Lutte contre les pollutions portuaires », il a été précisé que les ports sont « exposés à des risques de pollutions accidentelles pouvant toucher leurs plans d'eau ou leurs infrastructures et perturber pendant un temps leur exploitation. »¹⁶³⁹. De surcroît, la pollution générée dans le cadre de l'exploitation portuaire n'est pas seulement accidentelle, les déchets opérationnels, par exemple, constituent des sources de pollution chronique. Les ouvrages d'infrastructures peuvent contribuer à provoquer l'érosion¹⁶⁴⁰, que ce soit du « trait de côte »¹⁶⁴¹, ou un ensablement important¹⁶⁴² portant atteinte aux propriétés riveraines de la mer. Le port peut alors constituer un terrain engendrant plusieurs nuisances ayant des effets redoutables sur l'environnement.

782. Des dégradations au milieu naturel marin peuvent être principalement causées par la réalisation des opérations liées à l'entretien des accès portuaires, à l'aménagement et l'extension des places portuaires, opérations liées au dragage et au clapage¹⁶⁴³. Ces opérations sont susceptibles d'avoir des impacts sur le milieu marin par plusieurs éléments plus ou moins importants en fonction de la sensibilité de l'écosystème, ainsi des bilans doivent être effectués. L'analyse de l'impact résultant de ces opérations relève principalement de plusieurs aspects du droit de l'environnement¹⁶⁴⁴. Cependant, tout en vérifiant la mise en œuvre de ce régime dans le secteur portuaire, une question se pose concernant le niveau de sa rigueur, notamment à l'égard des dispositions législatives en la matière.

¹⁶³⁹ Un guide opérationnel a été réalisé par le **Cedre*** en 2018 avec le soutien financier de l'Agence de l'eau Loire-Bretagne et du Ministère de la transition écologique et solidaire.

* Expert international en pollutions accidentelles des eaux organisé autour de cinq activités : soutien à l'intervention, planification, formation, analyses et tests, recherche. C'est également un centre de ressources documentaires reconnu. <https://wwz.cedre.fr/Qui-sommes-nous>

¹⁶⁴⁰ CE, 27 avril 1966 - *Cne d'Hossegor* - Rec. p. 287, concernant des travaux de stabilisation de la plage et la responsabilité de la personne publique en charge de ces travaux.

¹⁶⁴¹ « *Le trait de côte pourrait se définir simplement comme la limite entre la terre et la mer.* ». Site observatoires-littoral.developpement-durable.gouv.fr. Consulté le 31/12/2021.

¹⁶⁴² CE, 31 octobre 1984 - *S.C.I « Le prieuré »* - n° 48338. Concernant la protection contre l'érosion marine. V. REZENTHEL, « L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », *DMF*, n° 699, 1^{er} janvier 2009, p. 64-71.

¹⁶⁴³ Le dragage portuaire peut s'effectuer pour des opérations d'entretien de chenaux et de bassins, ou dans le cadre des opérations d'aménagement et extension, v. *infra*. § 2.

¹⁶⁴⁴ Selon L. BORDEREAUX, ces aspects sont au nombre de trois : la législation sur l'eau, l'étude d'impact, et le dispositif *Natura 2000*. V. « Dragage portuaire et droit de l'environnement : Regard de synthèse », *DMF*, n°763, 1^{er} novembre 2014, p. 918-929.

783. Concernant le dragage portuaire, il est soumis aux dispositions de la législation sur l'eau, notamment au régime des déclarations et autorisations pour certaines activités. Cette soumission est prévue dans la rubrique « Dragage et/ou rejet y afférent en milieu marin »¹⁶⁴⁵, dans laquelle sont précisés les critères permettant de déterminer le régime appliqué¹⁶⁴⁶, sur la base desquels il est notamment possible de définir des règles en fonction des seuils. Mais il semble que ce régime présente une certaine souplesse, notamment en ce qui concerne l'exigence de réaliser une étude d'impact. Ainsi, seul les dragages soumis à autorisation nécessitent automatiquement une étude d'impact en fonction de l'article R 214-1 du code de l'environnement, tandis que les opérations soumises à une simple déclaration, ne relèvent pour leur part d'aucun texte pour la réalisation de cette étude, ce qui, selon L. Bordereaux, peut être « discutable » au regard des « principes généraux » du droit des évaluations environnementales¹⁶⁴⁷.

784. Les opérations de dragage sont également soumises au dispositif Natura, et ce à la suite de l'extension en mer du réseau Natura¹⁶⁴⁸. Parmi les éléments découlant de ce dispositif, une évaluation d'incidences doit être établie pour toute activité ou tout projet pouvant affecter un site de protection ou de conservation au sens de ce dispositif¹⁶⁴⁹. L. Bordereaux considère que les mesures prises en droit français de l'environnement concernant le rejet des boues de dragage dans les sites Natura se caractérisent par une « souplesse relative »¹⁶⁵⁰, notamment par rapport aux règles de la désignation et la limitation des sites, lorsque la législation afférente à ce dispositif s'inscrit, en droit interne, dans une « *logique de conciliation et de gouvernance locale* », notamment par le biais du « document d'objectifs ». Ainsi, l'article L 414-1 V du Code de l'environnement dispose que les mesures de prévention et de conservation prises « *sont définies en concertation notamment avec les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements concernés ainsi qu'avec des représentants de propriétaires, exploitants et utilisateurs des terrains et espaces inclus dans le site* », et que ces mesures tiennent compte

¹⁶⁴⁵ Titre IV, rubr. 4.1.3.0. Issue de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n°3 du 4 janvier 1992 (modifiée par le Décret n° 2020-828 du 30 juin 2020).

¹⁶⁴⁶ Ces critères sont liés aux niveaux de contamination des sédiments extraits (il existe deux niveaux de gravité de contamination N1 et N2), en fonction de la localisation de l'opération (selon la façade maritime en cause et la proximité ou non d'une zone de culture marine), et enfin, du volume dragué.

¹⁶⁴⁷ BORDEREAUX Laurent, « Dragage portuaire et droit de l'environnement : Regard de synthèse », *DMF*, n° 763, *op.cit.*

¹⁶⁴⁸ Sites considérés comme protégés en fonction des directives Oiseaux et Habitats, *op.cit.*

¹⁶⁴⁹ Décret n° 2010-365 du 9 avril 2010 relatif à l'évaluation des incidences Natura 2000, JORF n°0085 du 11 avril 2010.

¹⁶⁵⁰ L. BORDEREAUX, « Boues de dragage portuaire : les contraintes juridiques du clapage en site Natura 2000 », *DMF*, 1^{er} novembre 14, n° 763, p 951-955. Note sous jugement du Tribunal administratif de Rennes, en date du 13 juin 2014, *Comité régional des pêches maritimes et des élevages marins et autres*.

« des exigences économiques, sociales, culturelles et de défense, ainsi que des particularités régionales et locales ».

785. Quoi qu'il en soit, en matière d'application du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire, la doctrine portuaire est partagée entre une « souplesse »¹⁶⁵¹, et une « raisonnable »¹⁶⁵². Le problème se définit premièrement peut-être dans la caractérisation d'un « télescopage »¹⁶⁵³ des procédures appliquées à ces opérations. Ainsi, il existe une variation des procédures en fonction de la nature même de l'opération de dragage, et ce indépendamment du seuil appliqué par rapport à la législation sur l'eau. Par exemple, l'ouverture de nouvelles zones de dépôt à terre de produits de dragage est soumise à une « enquête publique préalable »¹⁶⁵⁴, alors que l'immersion de tels matériaux ne l'est pas.

786. Certaines mesures législatives prévoient des exceptions à l'application des dispositions liées à la protection des milieux nautiques, il s'agit de certaines dispositions du code minier concernant les opérations de dragage, lorsque certaines d'entre elles peuvent ne pas s'appliquer aux dragages portuaires. Ainsi, l'interdiction des opérations de dragage qui peut être dommageable pour le milieu nautique ne sera pas appliquée aux dragages effectués dans les ports et leurs chenaux d'accès¹⁶⁵⁵. D'autres règles applicables aux ports de plaisance ne s'appliquent pas aux ports de commerce, notamment en ce qui concerne les zones industrialo-portuaires. Ainsi, certains principes appliqués en matière de protection de la propriété publique ou de l'urbanisme ne s'appliquent pas aux ports de commerce. A titre d'exemple, le principe d'interdiction de porter atteinte à l'état naturel du rivage de la mer¹⁶⁵⁶ ne s'applique pas dans les zones portuaires destinées à l'industrialisation.

787. Tel est également le cas concernant des installations, constructions, aménagements de nouvelles routes et d'ouvrages nécessaires au fonctionnement des services publics

¹⁶⁵¹ *ibid.*

¹⁶⁵² REZENTHEL Robert, « L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire », *DMF*, n° 612, 1er février 2001, p. 158-175.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, p. 162.

¹⁶⁵⁴ En fonction du décret n° 85-453 du 23 avril 1985 adopté pour l'application de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement. Il convient de noter que cette dernière loi a été abrogée et reprise dans les articles L 123-1 à L 123-16 du code de l'environnement.

¹⁶⁵⁵ Article L 321-8 du Code de l'environnement qui prévoit que « Les extractions de matériaux non visés aux articles L. 111-1 et L. 111-2 du code minier sont limitées ou interdites lorsqu'elles risquent de compromettre, directement ou indirectement, l'intégrité des plages, dunes littorales, falaises, marais, vasières, zones d'herbiers, frayères, gisements naturels de coquillages vivants et exploitations de cultures marines. Cette disposition ne peut toutefois faire obstacle aux travaux de dragage effectués dans les ports et leurs chenaux ni à ceux qui ont pour objet la conservation ou la protection d'espaces naturels remarquables. ».

¹⁶⁵⁶ Aux termes de l'article L. 2124-2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

portuaires¹⁶⁵⁷. Il semble que le critère de la « nécessité technique impérative » conditionne leur exclusion de l'application du champ d'application des règles issues de la loi littorale. Ainsi, ces derniers ne sont pas soumis aux prescriptions du code de l'urbanisme particulières au littoral¹⁶⁵⁸ et ce, comme le précise le Conseil d'Etat, « *lorsque leur localisation, fût-ce en dehors de la zone portuaire, répond à une nécessité technique impérative.* »¹⁶⁵⁹.

788. Il s'agit de préciser le champ d'application du régime des installations classées en tant qu'équipements portuaires ou installées dans le port (**ICPE**), ou de définir le niveau de rigidité de ce régime à l'égard de l'autorité portuaire. Il semble que c'est le critère de la garde qu'il convient de prendre en compte pour définir la responsabilité. De la sorte, si l'autorité portuaire n'a aucun lien de droit avec le propriétaire de la marchandise, le préfet ne peut imposer de prescriptions à l'autorité portuaire tendant à intervenir sur ces marchandises¹⁶⁶⁰. L'autorité portuaire ne peut constituer, en fonction du principe d'égalité, un « exploitant »¹⁶⁶¹ au même titre qu'un industriel, lorsque, et comme le précise R. Rézenthel, elle « *n'a pas la maîtrise de l'accueil des marchandises, tant en raison de leur nature, que de leur volume, voire de leur conditionnement. Le pouvoir dont il dispose (le port) relève de la police et ne présente pas un caractère industriel et commercial* »¹⁶⁶².

789. L'application du droit de l'environnement dans les ports de commerce présente une certaine souplesse, notamment lorsqu'il s'agit des ports de commerce. Cette souplesse se traduit par l'absence d'un régime précis appliqué d'emblée en matière de protection des milieux marins et portuaires, ou d'un régime comme celui appliqué dans les ports de plaisance. Mais la difficulté peut résider, ce qui peut sembler en soi contradictoire, dans la diversité des règles nécessaires à mettre en place, lorsque de grands investissements sont en jeu. Les procédures s'y multiplient, et les litiges aussi.

¹⁶⁵⁷ Article L 146-8 du Code de l'urbanisme. Cette disposition ne s'applique pas aux ports de plaisance.

¹⁶⁵⁸ Comme l'article L 146-6 C. urb. Ces dispositions impliquent souvent des restrictions à la construction sur des endroits qualifiés d'espaces proches du rivage. Ce régime se caractérise par l'application de la règle de l'extension limitée de l'urbanisation. V. Robert REZENTHEL, *Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral*, PU de Rennes, Didact Droit, 2004, p.143.

¹⁶⁵⁹ CE, sect., des travaux publics, 14 avr. 2009, avis n° 382.669, en confirmant le premier alinéa de l'article L 146-8 du Code de l'urbanisme.

¹⁶⁶⁰ V. R. Rézenthel, « L'autorité portuaire et le régime juridique de la garde (ouvrages, installations, marchandises, navires », *DMF*, n°579, 01/02/1998, p. 179. En vertu de cet article l'exploitant doit se présenter au préfet qui peut lui imposer des prescriptions pour l'application des mesures liées à la protection de l'environnement.

¹⁶⁶¹ Au titre des articles 4 et 16 de la loi 76-663 relative aux installations classées, JORF 20 juillet 1976 p 4320, abrogée.

¹⁶⁶² R. REZENTHEL, « Les ports et le régime des installations classées pour la protection de l'environnement », *DMF*, n°606, 1 juillet 2000, *op. cit.*

§2. Le développement économique confronté à la protection de l'environnement

790. Dispenser les ports de commerce des dispositions législatives appliquées sur le littoral ne les a pas fait échapper, pour autant, à la volonté d'aligner le régime juridique français aux règles européennes en matière de droit de l'environnement, les plaçant ainsi sous la surveillance étroite de la Cour de justice. Ces données juridiques pourraient-elles entraîner une hausse des coûts portuaires ou prolonger les délais d'instruction des projets ?

791. L'application du droit de l'environnement semble constituer un frein au développement économique, posant ainsi une difficulté notable dans la conciliation de ces deux objectifs sur le plan pratique. Il convient d'étudier cette difficulté à l'échelle de la *réglementation nationale* en la matière (A), tout en se penchant sur la position « tranchante » de la *jurisprudence européenne* à cet égard (B).

A- Cadre juridique national et frein au développement : les exigences procédurales environnementales

792. La relance économique constitue un objectif que les **GPM** doivent prendre en compte lors de la définition de leur stratégie. Cette relance nécessite des aménagements qui peuvent constituer un champ étendu pour l'application du droit de l'environnement. Cependant, assurer la conciliation entre un développement économique et des exigences environnementales ne semble pas toujours s'avérer aisé, lorsque « *tout aménagement nouveau est perçu comme une agression réelle ou potentielle du milieu marin* »¹⁶⁶³. En ce qui concerne les ports de plaisance, les dispositions revêtent une telle importance que les conséquences sont elles aussi flagrantes. La notion d'« espace remarquable »¹⁶⁶⁴ peut constituer une base permettant au juge d'ordonner la destruction d'un port de plaisance, et ce lorsqu'il est « irrégulièrement construit »

¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶³ R. REZENTHEL, « L'avenir des ports maritimes confrontés à la protection de l'environnement », *DMF*, n° 699, 1er janvier 2009, *op. cit.*

¹⁶⁶⁴ BORDEREAUX Laurent, « Condamnation à la destruction d'un port de plaisance irrégulièrement construit sur un "espace remarquable" », *DMF*, n° 730, 1er novembre 2011, p. 921-941.

¹⁶⁶⁵ La possibilité de procéder à une régularisation n'est pas envisageable dès lors qu'à l'égard de ces dispositions, il s'agit d'un espace remarquable.

793.Comme tous les projets d'aménagement et d'extension, ceux de développement portuaire doivent faire l'objet de procédures d'évaluations environnementales. Premièrement, cette évaluation doit s'effectuer au niveau des plans et programmes définis dans le projet stratégique par le **GPM**¹⁶⁶⁶. Les projets¹⁶⁶⁷ font aussi, conformément à l'article L 122-1 du Code de l'environnement¹⁶⁶⁸, l'objet d'une instruction administrative importante liée à l'étude des incidences potentielles¹⁶⁶⁹.

794.Les opérations d'aménagements portuaires doivent également respecter les règles découlant du droit européen, et afférentes à la réalisation de cette étude d'impact¹⁶⁷⁰. La Cour de justice¹⁶⁷¹ avait réclamé que, pour accorder à une administration l'autorisation de construire un port de plaisance, il soit procédé à une évaluation des incidences du projet sur l'environnement, et ce au titre de l'article 4 de la directive n° 85/337/CE ¹⁶⁷².

795.L'obligation d'effectuer une étude d'impact préalablement à une autorisation de réalisation des projets a été précisée dans l'article L 122-1 du Code de l'environnement. Cette règle a été confirmée dans le secteur portuaire par le Conseil d'Etat, en 1999¹⁶⁷³, qui a précisé qu'une étude d'impact précédant un projet d'extension d'un port de plaisance doit prendre en compte « *les effets de l'ouvrage projeté sur la flore et la faune, et présente les mesures destinées à supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement* ».

796.L'enjeu lié à cette étude tient souvent à son contenu¹⁶⁷⁴ apprécié par le juge en cas de litige, ainsi, une étude insuffisante pourrait entraîner l'annulation d'une décision autorisant des travaux dans un port de commerce. Le critère que le juge vérifie pour apprécier si l'étude

¹⁶⁶⁶ En fonction de l'article R 122-17 31° du Code de l'environnement.

¹⁶⁶⁷ L'article L 122-1 du Code de l'environnement précise la signification du projet pour son application comme « *la réalisation de travaux de construction, d'installations ou d'ouvrages, ou d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol* ».

¹⁶⁶⁸ « *Lorsque leur nature, leur localisation ou leur dimension sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine* ».

¹⁶⁶⁹ Etude d'impact.

¹⁶⁷⁰ R. Rézenthel, « Les aménagements portuaires et la protection de l'environnement » - *N.P.I.*, 15 février 2003 p. 83.

¹⁶⁷¹ CJCE, 2 juin 2005 - Commission c/ Italie - aff. n° C-83/03 point 21.

¹⁶⁷² Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement, JO L 175 du 5.7.1985, p. 40-48.

¹⁶⁷³ CE, 6 janvier 1999, *Société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS)*, n° 161403, Note. Laurent LE CORRE, « Installations portuaires sur des zones humides d'importance internationale », *Droit de l'environnement*, n° 68, avril 1999, p. 7-8.

¹⁶⁷⁴ Le contenu de l'étude, notamment en ce qui concerne les conditions et les seuils appliqués, est précisé par voie réglementaire. C'est la section « Etudes d'impact des travaux et projets d'aménagement », notamment les articles R122-4 à R122-5 en ce qui concerne le contenu de l'étude d'impact et R122-2 pour les dispositions générales.

de l'impact s'avère suffisante réside dans la comparaison entre l'impact du fonctionnement du port dans sa configuration actuelle et celui qui résultera de son fonctionnement dans sa configuration future. Cette annulation a été, par exemple, annoncée concernant une décision autorisant l'installation d'une canalisation sur le domaine public maritime du port de l'Herbaudière. Le Conseil d'Etat, étant donné les impacts potentiels du dragage et du « clapage »¹⁶⁷⁵ sur le domaine public maritime, considère que cette évaluation environnementale doit comporter des « *précisions suffisantes sur les incidences de l'opération sur le milieu aquatique* »¹⁶⁷⁶, tout en confirmant la décision, objet de cassation, du Tribunal administratif de Nantes, qui avait annulé la décision autorisant l'évacuation, dans le domaine public, des produits de dragage.

797. Les actes précédant toute autorisation constituent des actes préparatoires et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il n'en demeure pas moins qu'une autorisation d'extension sans respecter ces règles peut être annulée par le juge pour irrégularité¹⁶⁷⁷. L'importance de cette possibilité réside dans celle dont dispose le juge, en effectuant un contrôle sur les dispositions réglementaires¹⁶⁷⁸, pour annuler une décision autorisant des travaux portuaires. La question se pose concernant la qualité **d'ayants droit** pour agir contre ces décisions¹⁶⁷⁹. Le droit de recours contre une décision prise « *après des*

¹⁶⁷⁵ L'évacuation des produits de dragage, ou « *l'opération qui consiste à déverser en mer des substances, à l'aide d'un navire dont la cale peut s'ouvrir par le fond.* ». actu-environnement.com

¹⁶⁷⁶ CE, 8 juin 1998, *ministre de l'Environnement*, n° 169243. Sur des évacuations des produits de dragage provenant du port de l'Herbaudière.

¹⁶⁷⁷ REZENTHEL Robert, « Extension portuaire et protection de l'environnement CE 6 janvier 1999, Société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS) », *DMF*, n° 592, 1 avril 1999.

¹⁶⁷⁸ Les dispositions prises pour préciser les modalités de mise en œuvre d'une loi définissant le cadre de la protection de la population contre les risques que l'environnement peut faire courir à la santé en fonction de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement. Si ces dispositions ne se bornent pas à tirer, de la loi sur laquelle elles apportent des précisions de mise en œuvre, les conséquences nécessaires, seule la loi elle-même, et non la mesure réglementaire d'application, peut alors être utilement contestée, dans ce cas le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler en dehors de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité prévue à l'article 61 de la Constitution. V. Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, « [Le juge administratif et le droit de l'environnement](#) », 1 juin 2015, p.6.

¹⁶⁷⁹ Ont la qualité d'agir en justice les victimes, personnes physiques, mais également les associations de défense de l'environnement*, et ce depuis que ce droit leur a été reconnu par le législateur. Elles peuvent, aux termes de l'article L. 142-2 du code de l'environnement, tel que modifié par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, « *exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre [...]* ».

* L'article L141-1 du code de l'environnement dispose, concernant ces associations, que « *Lorsqu'elles exercent leurs activités depuis au moins trois ans, les associations régulièrement déclarées et exerçant leurs activités statutaires dans le domaine de la protection de la nature et de la gestion de la faune sauvage, de l'amélioration du cadre de vie, de la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, de l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances et, d'une manière générale, œuvrant principalement pour la protection de l'environnement, peuvent faire l'objet d'un agrément motivé de l'autorité administrative.* ».

*conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête »*¹⁶⁸⁰ est disponible pour toute personne justifiant d'un intérêt à agir.

798. Le juge effectuait un contrôle minimal¹⁶⁸¹, mais depuis la prise en compte de la théorie du bilan, il peut réaliser un contrôle maximal et des examens poussés¹⁶⁸². Il appartient alors au juge d'apprécier l'intérêt général en dressant un bilan entre les différents intérêts sociaux, économiques et environnementaux en jeu. Un rôle important a été attribué au juge pour apprécier l'intérêt général, lorsque la Haute Juridiction lui reconnaît « *la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité* »¹⁶⁸³.

799. En plus de l'annulation des décisions autorisant des travaux, le juge administratif a procédé à ordonner la suspension de plusieurs décisions prises dans le cadre des aménagements portuaires, lorsqu'il existe un manquement aux dispositions du droit de l'environnement. Tel fut le cas lorsque le Conseil d'Etat a donné droit à la demande des associations de protection du littoral, et ce en ordonnant le sursis à exécution de l'arrêté attaqué autorisant des travaux de construction dans un port de plaisance¹⁶⁸⁴. Il s'agit de l'application du principe intime de prévention. La suspension des travaux peut être ordonnée, même s'ils sont déjà commencés. C'est ce qui a été jugé opportun par le Conseil d'Etat concernant des travaux d'extension d'un port de plaisance, en précisant que les risques d'atteinte à un herbier de posidonies par des travaux portuaires justifiaient le sursis à exécution de la décision autorisant leur réalisation¹⁶⁸⁵.

800. Si le dragage portuaire présentait une certaine souplesse, la juridiction administrative française a, de son côté, contribué à relativiser celle-ci concernant le régime de dragage portuaire. Il s'avère possible d'observer une certaine divergence en la matière. Ainsi, alors que la Cour administrative d'appel de Marseille avait jugé que « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude des incidences Natura 2000 ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que*

¹⁶⁸⁰ Aux termes de l'article 6 de la loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement (abrogée depuis le 20 septembre 2000), et ce à condition que cette demande comporte « *un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci.* ».

¹⁶⁸¹ CE, 23 avril 1982 - *sté pour l'étude et la protection de la nature en Bretagne* - n° 23290.

¹⁶⁸² CE, 9 février 2004 - *assoc. Manche-Nature* - n° 223121. Lorsque le Conseil d'Etat précise « *qu'aux termes de l'article 2 du décret du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : Le contenu de l'étude d'impact doit être en relation avec l'importance des travaux et aménagements projetés et avec leurs incidences prévisibles sur l'environnement.* ».

¹⁶⁸³ CE, 12 janvier 2011, *M. Georges A...*, n° 327191.

¹⁶⁸⁴ CE, 1^{er} mars 1991, *assoc. Des amoureux du littoral et des sites Tréedunais*, n° 116339.

¹⁶⁸⁵ CE, 30 décembre 2002, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, n° 245621.

si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative »¹⁶⁸⁶, un arrêt du tribunal administratif de Rennes précise, concernant l'activité de dragage et de clapage des sédiments, que des lacunes importantes dans les évaluations d'incidences peuvent justifier une annulation de la décision administrative autorisant la réalisation de cette activité¹⁶⁸⁷. L'importance de ce jugement¹⁶⁸⁸ réside dans le fait qu'une annulation contentieuse a été apportée par un contrôle juridictionnel sur l'évaluation de l'incidence Natura concernant le clapage sur un site désigné, mais le point nouveau est la remarque énoncée par le juge administratif concernant la réalisation du clapage sur un site Natura, lorsqu'il précise que « le principe même du bien-fondé du choix du clapage sur un site Natura 2000 peut être mis en doute ». Selon L. Bordereaux, cette remarque doit être « relativisée en droit », notamment en fonction de la transposition du dispositif Natura 2000 dans le Code de l'environnement¹⁶⁸⁹.

801.L'instruction des documents environnementaux¹⁶⁹⁰ se caractérise non seulement par la complexité, mais aussi par un manque d'articulation¹⁶⁹¹ entre les procédures, ce qui complexifie la conciliation entre, d'un côté, la dynamique nécessaire pour des projets économiques prometteurs et une construction administrative pesante, de l'autre. Cette problématique a été illustrée par les rapporteurs, dans un rapport public interministériel datant de 2013, où, concernant le développement durable des ports, il a été précisé notamment que « Les procédures relevant des droits de l'urbanisme et de l'environnement sont peu coordonnées. Certaines procédures font doublon (exemple de l'étude d'impact qui peut être exigée dans le cadre des procédures loi sur l'eau, permis de construire et ICPE) et pourraient être regroupées dans un dossier et une instruction unique. Avoir pour interlocuteur d'un dossier entier une cellule unique rassemblant les différents services instructeurs de l'État permettrait une meilleure articulation des procédures ainsi qu'une réduction des délais d'instruction ». Ce

¹⁶⁸⁶ CAA Marseille, 17 juin 2014, SAS Sovatram, n° 12 MA02502.

¹⁶⁸⁷ BORDEREAUX Laurent, « Boues de dragage portuaire : les contraintes juridiques du clapage en site Natura 2000 », *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ Au point de considérer qu'il va « faire jurisprudence ». *Le marin*, 20 juin 2014, p. 23.

¹⁶⁸⁹ Le paragraphe V. Article L 414-4 de ce Code de l'environnement.

¹⁶⁹⁰ Catoire Serge, Lacave Jean-Marc, Gadbain Françoise et Patey Gérard, *La mise en œuvre des projets portuaires pour y développer durablement les activités logistiques et industrielles*, Rapport. Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, 2013.

¹⁶⁹¹ Les rapporteurs précisent concernant le **GPMH** que « L'articulation des procédures, au titre de législations et de maîtres d'ouvrage différents, n'est pas toujours fluide et logique. Pour le PLPN 2, le GPMH déposera un permis d'aménager, au titre duquel il sera soumis à étude d'impact (et donc à enquête publique). Les futurs occupants du PLPN 2 seront soumis à PC et à autorisation ICPE, procédures pour lesquelles ils seront également dans l'obligation de réaliser une étude d'impact et une enquête publique. ».

rapport recommande en ce sens de « *réduire les délais d'instruction, notamment en regroupant certaines procédures* » lorsque cela « *permettrait de superposer les délais attachés aux différentes procédures plutôt que de les faire se succéder dans le temps.* ». Il recommande également que soient définis les délais maximaux d'instruction.

802. Le droit européen constitue une source importante du droit français de l'environnement, mais c'est surtout la jurisprudence européenne qui insiste sur l'application stricte de ce droit.

B- Les restrictions découlant du cadre juridique européen

1) La priorité de la protection de l'environnement en droit européen

803. Il est question de savoir dans quelle mesure le droit européen donne la priorité à la protection de l'environnement par rapport à d'autres intérêts concernant la perspective de l'importance de la construction du marché intérieur. La réponse apportée par la Cour de justice a constitué une façon de démontrer l'existence d'une certaine priorité accordée à l'intérêt rattaché à la protection de l'environnement par rapport à d'autres principes généraux du droit de l'Union européenne.

804. Ce sont les articles 34 et 35 du **TFEU** qui précisent le cadre de la construction de ce marché, ce en établissant notamment des interdictions vis-à-vis de la limitation de la libre circulation des marchandises au sein de l'**UE**, entre autres en interdisant les restrictions quantitatives de l'importation et de l'exportation, ainsi que toutes les mesures ayant un effet équivalent. Cependant, il semble que l'objectif de la protection de l'environnement pourrait comporter une limitation de l'application de ces règles, et ce malgré leur intérêt économique pour l'**UE**. Dans la constitution du marché intérieur, la protection de l'environnement ne peut justifier, par principe, des mesures restrictives de l'importation ou de l'exportation, mais cette règle est susceptible de comporter des exceptions, entre autres, lorsque des dispositions environnementales sont susceptibles d'être rachetées en fonction de l'article 36 dudit traité¹⁶⁹².

¹⁶⁹² « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons ... de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, ... ».

805.Néanmoins, la constitution du marché commun nécessite une application harmonieuse de ces restrictions, ce qui implique une neutralité des dispositions pouvant affecter les règles établissant le cadre de cette dernière. Le préambule de la directive EIE¹⁶⁹³ souligne cette problématique en précisant que « *La disparité entre les législations en vigueur dans les différents Etats membres en matière d'évaluation des incidences sur l'environnement des projets publics ou privés peut créer des conditions de concurrence inégales et avoir, de ce fait, une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun* ». R. Rézenthel précise en ce sens qu'afin « *d'assurer une concurrence équitable entre les ports, il y a lieu de renforcer la neutralité de l'écologie à l'égard de l'économie* »¹⁶⁹⁴. D'ailleurs, le rapport concernant les projets de développement portuaire de 2013¹⁶⁹⁵ précise la facette de ce problème concernant le développement portuaire français en insistant sur l'idée que : « *La comparaison avec d'autres pays de l'Union Européenne, qui partagent notre volonté de maîtriser le risque technologique, met en évidence des contraintes particulières à la France.* »¹⁶⁹⁶.

806.Si la contrainte environnementale est considérée comme étant l'une des raisons influant sur la compétitivité des ports maritimes, la question qui se pose consiste à savoir si ces contraintes s'imposent à la majorité des ports concurrents, la concurrence, dans un tel cas ne subira pas d'impact négatif. Cependant, cet impact se manifesterait-il plus clairement au sens où certains ports nécessitent davantage d'aménagements et une plus grande extension que d'autres. Cela est d'autant plus significatif que la position de la Cour de justice vient confirmer cette priorité d'un intérêt général environnemental européen.

2) La position stricte de la Cour de justice

807.La Cour de justice, depuis 1985, fait de la protection de l'environnement un objectif prioritaire en disposant que « le principe de la liberté du commerce n'est pas à considérer d'une manière absolue, mais est assujéti à certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général

¹⁶⁹³ Evaluation des incidences sur l'environnement (EIE) Directive du Conseil n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 portant sur l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement.

¹⁶⁹⁴ R. Rézenthel, « L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », *op.cit.*

¹⁶⁹⁵ La mise en œuvre des projets portuaires pour y développer durablement les activités logistiques et industrielles, Rapport. CGEDD N° 008724-01, CGEIET N° 2012/34/CGEIET/SG, octobre 2013, *op.cit.*

¹⁶⁹⁶ Dans ce rapport, concernant la maîtrise des risques technologiques, les industriels rapportent particulièrement, en comparaison avec les pays voisins, l'existence de niveaux de contraintes spécifiques à la France dans quatre domaines, qui sont « *les normes de construction applicables aux risques d'incendie dans les entrepôts, la densité d'occupation des sites, les distances entre sites, les incertitudes et les délais associés.* », p. 54.

poursuivis par la Communauté »¹⁶⁹⁷. Ensuite, la Cour précise que la liberté de commerce peut être limitée¹⁶⁹⁸ par une réglementation intérieure, si cette dernière vise à appliquer les règles en vigueur pour la protection de l'environnement¹⁶⁹⁹, mais de manière appropriée¹⁷⁰⁰. En matière portuaire cette position a été confirmée par la Cour à plusieurs reprises. Dans le cas des travaux d'extension portuaire dans le port de commerce de *Sheerness* au Royaume-Uni, la Cour a précisé, en réponse à une question préjudicielle portant sur la possibilité d'appliquer l'article 6 §4 de la directive 92/43/CEE¹⁷⁰¹, que « les exigences écologiques... ne doivent pas être mises en balance... avec les exigences économiques »¹⁷⁰². Selon la Cour, qui adopte une application « littérale »¹⁷⁰³ de la directive « oiseaux » en la matière, un Etat membre « *lors du choix et de la délimitation d'une zone de protection spéciale, n'est autorisé ni à tenir compte, lors du choix et de la délimitation d'une zone de protection spéciale, des exigences économiques mentionnées à l'article 2 de la directive, ni même à faire intervenir de telles exigences au titre d'un intérêt général supérieur à celui auquel répond l'objectif écologique visé par celle-ci* ». Quelques

¹⁶⁹⁷ CJCE, 7 février 1985, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, aff. n° 240/83- Rec. CJCE 1985, p. 531, *op. cit.*

¹⁶⁹⁸ CJCE, 20 septembre 1988 - *Commission c/ Danemark* – aff. n° 302/86 - Rec. p. 4607 point 9. Dans cette affaire, la Cour a précisé que la limitation de liberté du commerce était possible en raison de l'exigence impérative de la protection de l'environnement si cette limitation s'avérait proportionnelle à l'objectif poursuivi.

¹⁶⁹⁹ Notamment, concernant l'application du principe de précaution, la Cour a effectué un contrôle des dispositions nationales pour vérifier si elles étaient « *nécessaires, proportionnées et constituaient le moins restrictif des moyens envisageables pour atteindre l'objectif en question* ». V. VOS Ellen, « Le principe de précaution et le droit alimentaire de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 (t. XVI), p. 219-252.

¹⁷⁰⁰ Ce contrôle s'avère moins facile à réaliser en présence des incertitudes scientifiques, mais la Cour a préféré, en cas de doute, confirmer les mesures prises par les Etats membres pour la protection de l'environnement, et ce « *dans la mesure où des incertitudes persistent en l'état actuel des connaissances scientifiques* ». CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. n° 227/82- Rec. 1983, p.3883, point 37.

¹⁷⁰¹ Sur la mise en place des mesures compensatoires pour réaliser des plans et projets d'un intérêt public majeur, y compris de nature sociale et économique. Directive 92/43/CEE, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

¹⁷⁰² CJCE, 11 juillet 1996 - *Regina, Secretary of State for the Environment e.a.* – aff. n° C-44/95 - Rec. p. I-3843, point 25. Cette affaire portait sur une question préjudicielle concernant la non-classification de certains hectares du Port de *Sheerness* au Royaume-Uni, qui avait une grande importance pour la manutention des marchandises et le fret et fournissait de nombreux emplois.

¹⁷⁰³ REZENTHEL Robert, « Extension portuaire et protection de l'environnement CE 6 janvier 1999, Société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS) », *op. cit.*

années plus tard, à l'instar de cette affaire, la Cour a confirmé sa position¹⁷⁰⁴ concernant un autre port, d'une importance économique majeure au Royaume-Uni, celui de Bristol¹⁷⁰⁵.

808. La position rigoureuse de la Cour a également été relevée à propos de l'application du régime de mesures compensatoires en fonction de l'article 6 §3 et §4 de la directive 92. Concernant l'extension du port de Bristol en 2000¹⁷⁰⁶, la Cour a adopté une position stricte à propos de la désignation des ZSC, car, en fonction de l'article 4 de la directive *Habitats*, cette désignation ne pouvait, selon la Cour, prendre en considération les exigences économiques et sociales de ces zones en vertu du dernier article. Seuls les impératifs de nature environnementale sont concernés par cette désignation¹⁷⁰⁷.

Par ailleurs, en 2016, dans une affaire concernant d'importants travaux menés dans le port d'Anvers, la Cour a fait, lors de la procédure d'évaluation portant sur ces ZSC¹⁷⁰⁸, une différenciation entre trois catégories de mesures à effectuer. Celles-ci ne feraient pas l'objet d'un même régime concernant l'évaluation des plans ou projets à l'égard de la directive *Habitats*. Ces catégories sont les mesures de conservation, prévention et compensatoires. La Cour a précisé que des mesures qui visent à compenser les effets négatifs d'un projet sur un site Natura 2000 sont compensatoires et « *ne sauraient être prises en compte dans le cadre de l'évaluation des incidences dudit projet* »¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁴ L'autorité portuaire, propriétaire du port de Bristol, contestait un acte par lequel l'autorité administrative compétente en était venue à proposer à la Commission l'idée selon laquelle l'Estuaire du Severn, dans lequel se situe le port de Bristol, faisait partie des zones susceptibles d'être délimitées en tant que zones « d'intérêt communautaire » pour la conservation des habitats ainsi que de la flore et de la faune sauvages en fonction de l'article 4§1 de la directive *Habitats*. La Cour a précisé que la prise en considération des exigences économiques, sociales et culturelles ainsi que des particularités régionales et locales, lors de la proposition des sites à la constitution du réseau écologique européen, aurait pour effet de ne pas pouvoir établir un *inventaire exhaustif des sites éligibles comme ZSC*.

¹⁷⁰⁵ Le ministre de l'Environnement, des Transports et des Régions a présenté, comme moyen pour justifier sa décision, l'idée de proposer à la Commission certains terrains du port en question à la classification ZCS, en se basant sur la décision de la Cour de 1996 (*Royal Society for the Protection of Birds* (C-44/95, Rec. p. I-3805) et en précisant que cette dernière a exclu les raisons économiques et sociales lors de la désignation des ZCS au titre de l'article 4 de la directive *Habitats*.

¹⁷⁰⁶ CJCE, 7 novembre 2000, *Secretary of State for the environment, transport and the regions* - aff. n° C-371/98-Rec. p. I-9235, *op. cit.*

¹⁷⁰⁷ La Cour a précisé, en 2016, dans une autre affaire, qu'elle n'admettait comme dérogation aux dispositions de cette directive, en tant que raisons impératives d'intérêt majeur, que « *des considérations liées à la santé de l'homme et à la sécurité publique ou à des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement.* ». CJUE 10 novembre 2016, *Commission c/ Grèce*, aff. n° C-504/14 point n° 77 ; CJUE, 14 janvier 2016, *Grüne Liga Sachsen*, aff. n° C-399/14 point n° 57.

¹⁷⁰⁸ Évaluation précédente à l'acte promulguant la réalisation d'un projet sur une ZSC.

¹⁷⁰⁹ En vertu de l'article 6, paragraphe 3, qui prévoit que « *Tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets, fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site. Compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné et après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public.* ».

809. Deuxièmement, les activités liées à la protection de l'environnement se rattachent, selon la Cour de justice, à l'exercice de certaines prérogatives qui sont typiquement de puissance publique « *et ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité.* ». Cette précision a été portée par la Cour dans une affaire liée à une activité exercée dans un port maritime. En l'espèce, il s'agissait d'une activité de surveillance anti-pollution dans un port italien¹⁷¹⁰, la Cour y reconnaissait le caractère d'un service rattaché à des prérogatives d'ordre public qui échappaient à l'application du droit de la concurrence, et ce nonobstant le moyen du financement et le mode de gestion adoptés.

810. La souplesse qui caractérisait le régime de dragage portuaire a été, à son tour, remise en cause par la jurisprudence européenne. Selon la Cour de justice¹⁷¹¹, l'interprétation de l'article L 414-4 du Code de l'environnement est contraire à la lecture de l'article 6, paragraphe 2 de la directive Habitats¹⁷¹². Le troisième alinéa de paragraphe V du dernier article dispose que les mesures de prévention et de préservation « *tiennent compte des exigences économiques, sociales, culturelles et de défense, ainsi que des particularités régionales et locales. Elles sont adaptées aux menaces spécifiques qui pèsent sur ces habitats naturels et sur ces espèces. Elles ne conduisent pas à interdire les activités humaines dès lors qu'elles n'ont pas d'effets significatifs sur le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable de ces habitats naturels et de ces espèces.* ». En l'espèce, le gouvernement français soutenait qu'une interdiction de toute détérioration des habitats serait une position radicale et a tenté de démontrer que toutes les détériorations ne devaient pas être interdites. La Cour a cependant précisé que ce dernier article « *ne distingue pas selon qu'il existe ou non des intérêts prépondérants liés à l'exercice de l'activité litigieuse. C'est pourquoi cette réglementation (l'article L 414-4) ne peut pas être justifiée au nom de tels intérêts* »¹⁷¹³. Selon la Cour¹⁷¹⁴, les

¹⁷¹⁰ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl et Servizi Ecologico Porto di Genova SpA*, aff. n° C-343/95 - Rec. p. I-1547, *op.cit.* V. *supra*, 1^{ère} Partie, 1^{er} titre, 2^{ème} chapitre, 2^{ème} section.

¹⁷¹¹ CJUE, 4 mars 2010, *Commission européenne c/ République française*, aff. n° C-241/08. Le désaccord entre les parties portait sur « *le point de savoir si la République française a correctement transposé l'article 6 de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages* ».

¹⁷¹² Pt. 37, conclusions.

¹⁷¹³ Pt 40, conclusions.

¹⁷¹⁴ CJUE, 4 mars 2010, *Commission européenne c/ République française*, aff. n° C-241/08, p 57, *op. cit.*

activités soumises à une simple déclaration ne peuvent, comme le soutenait la République française, être exemptées de ce fait de l'évaluation des incidences Natura 2000¹⁷¹⁵.*

811. Cette position rigoureuse de la Cour est susceptible d'avoir des effets sur le développement de nouveaux projets dans le secteur portuaire, surtout en affectant la sécurité juridique, ce qui pourrait entraver « *la planification de nouvelles installations portuaires et l'expansion des ports* »¹⁷¹⁶. La question d'une conciliation entre ces deux intérêts économique et environnemental semble alors d'autant plus importante qu'elle doit être étudiée à plusieurs niveaux, dès lors que cela serait possible !

¹⁷¹⁵ V. JOLIVET Simon, « Directive Habitats. Mauvaise transposition par la France des dispositions de la directive Habitats. Manquement aux dispositions de l'article 6, paragraphe 2 : déclaration générale relative au caractère non perturbant de certaines activités (chasse et pêche). Manquement aux dispositions de l'article 6, paragraphe 3 : exemption systématique d'évaluation des incidences pour certaines catégories de travaux. Cour de justice de l'Union européenne, 4 mars 2010, Commission européenne c/ République française, affaire C-241/08 (extraits), avec note », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 35, n° 4, 2010, p. 701-711. www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2010_num_35_4_5416

¹⁷¹⁶ V. G. Mintiens, « Les ports ont appris à gérer les normes environnementales » *Le Lloyd* 23 février 2007 p. 4, cité par R. REZENTHEL, « L'avenir des ports maritimes confrontés à la protection de l'environnement », *op.cit.*

Section 2. Le développement durable et le développement économique portuaire : une conciliation

812. La conciliation entre la protection de l'environnement, d'un côté, et le développement économique et le progrès social, de l'autre, constitue un objectif primordial attribué aux pouvoirs publics et possède une *valeur constitutionnelle* en fonction de la Charte de l'environnement¹⁷¹⁷. Face au cadre strict du droit de l'environnement dans les projets portuaires, comment cette conciliation peut-elle être réalisée lors de la relance économique et sociale ?

813. En tant que gestionnaire public, le port doit remplir certaines missions liées à la réalisation de cet objectif de conciliation (**§2**). Toutefois, les initiatives des ports seraient mieux réalisables s'ils pouvaient s'appuyer sur un cadre juridique assurant cette conciliation (**§1**).

§1. Le cadre juridique assurant la conciliation des intérêts dans les ports maritimes

814. Que ce soit lors des litiges, ou de la définition des projets à mettre en place, la conciliation entre les intérêts est un élément juridique qu'il convient désormais de prendre en compte. Le *juge administratif* a ainsi joué un rôle important dans la réalisation de cette conciliation (**A**), mais le *cadre réglementaire* s'est récemment développé dans la perspective de faire cohabiter économie et écologie, dans l'objectif d'atteindre une certaine prospérité, envisagée à partir de nouveaux angles (**B**).

A- Le rôle du juge en conciliation, entre protection de l'environnement et développement économique ?

815. Les décisions prises par les juridictions contribuent à l'évolution de la réglementation dans un domaine. D'ailleurs, le champ et les conséquences du rôle du juge administratif ont étendu en plusieurs domaines en du droit public, notamment en matière des

¹⁷¹⁷ L'article 6 de la Charte de l'environnement (Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005 page 3697).

contrats administratifs¹⁷¹⁸, des actes administratifs¹⁷¹⁹, mais aussi en matière de la protection de la liberté personnelle¹⁷²⁰. En matière environnementale, le juge administratif a relevé les exigences pour établir des responsabilités étatiques (1). Dans le même temps, l'augmentation des contentieux dans le domaine de la protection de l'environnement contribue à positionner le juge en tant que conciliateur entre les intérêts divergents (2).

1) Le rôle du juge dans la définition de la responsabilité étatique en matière écologique

816. L'observation de plusieurs jurisprudences nous permet de noter que le périmètre de la responsabilité en matière écologique s'est trouvé défini dans ses grandes lignes par la jurisprudence. En matière portuaire et maritime, cela a pu engendrer la concrétisation d'un régime de plus en plus régalien de la protection de l'environnement maritime et portuaire pour faire face aux nouvelles exigences découlant du « préjudice écologique ».

817. Les opérateurs privés en viennent à être de plus en plus impliqués dans l'exercice d'activités portuaires, et ce notamment par la délégation accentuée des services industriels et commerciaux. Certes, les périls découlant de leur exécution sont de nature économique et matérielle, mais en raison de la présence de matières de nature sensible pour la sécurité et la protection de l'environnement, il est susceptible d'exister un risque important de préjudices dits « écologiques » généré par l'exploitation des infrastructures portuaires (hydrocarbures, produits chimiques...), ce qui est surtout le cas dans les zones industrialo-portuaires. En matière de transport maritime et depuis l'arrêt *Cie gén. Transatlantique*¹⁷²¹, le juge a, en fonction des dispositions du contrat de transport, instauré une obligation de résultat à la charge de l'Etat concernant le service public de transport, et ce par un souci de sécurité. Or, à l'instar de ce qui a été jugé en matière de responsabilité étatique pour le préjudice écologique en matière de la navigation maritime, la question peut se poser de la responsabilité de l'Etat, et éventuellement

¹⁷¹⁸ CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802.

¹⁷¹⁹ CROUZATIER-DURAND Florence, « Le pouvoir normatif du juge administratif », *AJDA*, n° 27, 28 juillet 2008, p. 1504. Concernant l'annulation d'un décret du ministre en raison d'une méconnaissance d'une règle de procédure liée à une concertation préalable (prévue par la loi de du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales).

¹⁷²⁰ CROUZATIER-DURAND Florence, « Le Conseil d'État, gardien de la liberté personnelle », *AJDA*, n°3, 31 janvier 2022, p. 179-183.

¹⁷²¹ Cass. civ., 21 nov. 1911 *Cie gén. transatlantique C. Zbidi Hamida ben Mahmoud* ; *DP* 1913, I 249, 1^{re} esp., note Sarrut ; *S.* 1912, I 73, note Lyon-Caen ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., 2000, n° 262.

de l'autorité portuaire représentant ce dernier dans l'emplacement portuaire, concernant les préjudices engendrés en raison de l'exploitation portuaire par des opérateurs privés qui demeurent liés à celui-ci, soit en raison de l'implantation de leurs activités dans le domaine public portuaire, soit du fait de la délégation des services portuaires découlant du régime de la puissance publique, et ce, notamment en raison de leur lien avec l'application de l'intérêt général dans les ports. Sachant que ce dernier comporte trois dimensions d'ordre social - la sécurité, la sûreté et la protection de l'environnement - une « politisation »¹⁷²² des conséquences de ces risques s'avère possible en raison de « l'évolution juridique » des risques encourus.

818. La juridiction administrative française a consacré de nouvelles avancées à la responsabilité du Gouvernement et à la question de la réparation en cas de dommage en matière écologique. En l'occurrence, il s'agit notamment de ce qui est qualifié d'« Affaire du siècle ». Ainsi, par un jugement du 3 février 2021¹⁷²³, l'Etat a été « reconnu responsable de manquements dans la lutte contre le réchauffement climatique » ; d'autre part, dans un autre jugement du 14 octobre 2021, le Tribunal administratif de Paris a, pour la première fois, enjoint à l'Etat de réparer les conséquences de sa « carence fautive » en matière de lutte contre le changement climatique¹⁷²⁴. Il s'agit là d'une action qui traduit en droit une mobilisation de la société civile sur une grande échelle¹⁷²⁵. Cette affaire constitue, avec celle « Grande Synthe »¹⁷²⁶ arrêtée au niveau du Conseil d'Etat, en premier et dernier ressort, la base de la reconnaissance de la part de la jurisprudence administrative de la présence d'un préjudice écologique. Ces deux affaires présentent d'ailleurs des « avancées réelles »¹⁷²⁷ au niveau juridique. L'affaire « Grande-Synthe » a par exemple engendré l'admission, par principe, du préjudice écologique au nombre des préjudices réparables par le juge administratif, et ce, en recours de plein contentieux. De plus, ces deux affaires présentent une « *approche consolidée*

¹⁷²² MOUTON Stéphane, « Le droit maritime vers un changement de paradigme 2.0 », *op.cit.*

¹⁷²³ En mars 2019, des associations de défense de l'environnement Oxfam France, Notre Affaire à tous, Fondation pour la Nature et l'Homme et Greenpeace France ont introduit quatre requêtes (req. n°190467, 190468, 190472, 190476) devant le Tribunal administratif de Paris afin de faire reconnaître « la carence de l'Etat français dans la lutte contre le changement climatique, d'obtenir sa condamnation à réparer non seulement leur préjudice moral mais également le préjudice écologique et de mettre un terme aux manquements de l'Etat à ses obligations ».

¹⁷²⁴ « L'Affaire du Siècle : l'Etat devra réparer le préjudice écologique dont il est responsable », Site du Tribunal administratif de Paris, 14 octobre 2021.

¹⁷²⁵ Une campagne publique lancée par une pétition totalisant 2,1 millions de signatures en une semaine.

¹⁷²⁶ CE, 19 novembre 2020, Commune de Grande Synthe, n°42730.

¹⁷²⁷ RADIGUET Rémi « Note : Affaire(s) du siècle ? Ne vendons pas la peau du caribou* », sur CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe*, req. n° 427301 et TA Paris 3 février 2021, *Association Oxfam France et a.*, req. n°s 1904967, 190498, 1904974/4-1 », *Revue juridique de l'environnement*, Vol 46, n° 2/2021, p. 407-417.

* « Référence explicite est évidemment faite au célèbre écrit du Professeur Michel PRIEUR dénonçant la faible sensibilité environnementale du Conseil d'Etat en réaction aux propos tenus par le vice-président du Conseil d'Etat de l'époque dans la presse : M. PRIEUR, « Pas de caribous au Palais Royal », *RJE*, 2/1985, p. 137 », : NBP écrite par RADIGUET. R., auteur de la note.

du contentieux climatique naissant qui justifie une analyse groupée des décisions focalisée sur leurs principaux apports », constat d'autant plus évident puisqu'elles se situent dans « un registre différent ». En effet, en raison de la non-suffisance¹⁷²⁸ de l'action gouvernementale et de la carence administrative à l'égard des conventions internationales et des engagements européens, la juridiction administrative enjoint au gouvernement en mai 2023¹⁷²⁹, et dans la suite de l'affaire de « grande Synthe », de prendre de nouvelles mesures permettant d'atteindre l'objectif de réduction des émissions de **GES**.

819.Ces initiatives « témoignent d'une tendance de plus en plus marquée à la judiciarisation de la lutte contre le réchauffement planétaire », alors que, comme le précise S. Lavorel¹⁷³⁰, « *face à l'insuffisance des politiques climatiques engagées par les États, le recours au juge apparaît désormais – à tort ou à raison – comme une stratégie porteuse pour inciter les autorités publiques à agir.* ».

820.La consécration par le juge administratif français de la responsabilité du Gouvernement en matière écologique démontre davantage la nécessité indéniable de réaliser un contrôle de la part de celui-ci en matière de risques écologiques. Or, il faut noter que le juge européen a tendance à nuancer le caractère régalien de certaines activités liées à la sécurité dans le secteur maritime. En l'occurrence, concernant l'application du principe de l'immunité juridictionnelle des sociétés de classification et de certification, la Cour de justice¹⁷³¹ a écarté l'instauration de cette immunité lorsqu'elle découlait de la mise en place des prérogatives de puissance publiques dont disposent ces sociétés privées. En matière portuaire, il semble que la responsabilité des ports demeure maintenue pour couvrir des risques écologiques potentiels, il serait donc opportun d'adapter le régime juridique portuaire. Certes, ce dernier, en comparaison du secteur maritime, est majoritairement publiciste, mais l'attribution accentuée des compétences et des missions au secteur privé laisse envisager l'hypothèse d'une délégation, sans imposition des **OSP**, des missions régaliennes au secteur privé, et de cette hypothèse découle la question de la responsabilité portuaire des risques encourus dans l'emplacement portuaire.

¹⁷²⁸ V. Jean-Marc PASTOR, « Grande-Synthe 3 : l'action climatique de l'État reste insuffisante », *Dalloz actualité*, 17 mai 2023.

¹⁷²⁹ CE, 10 mai 2023, n° 467982. Le Conseil d'État a posé au gouvernement une « *nouvelle » date butoir, soit le 30 juin 2024, pour qu'il prenne toutes les mesures permettant d'atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de - 40% en 2030 par rapport à leurs niveaux de 1990.

* Etant donné que cet objectif n'ayant pas été respecté à la date initiale, fixée au 30 mars 2022.

¹⁷³⁰ LAVOREL Sabine, « Le rôle des juges dans l'émergence d'une responsabilité climatique des États », *Revue juridique de l'environnement*, vol 46, n° 1/2021, p. 37-62.

¹⁷³¹ CJUE, le 7 mai 2020, *Rina*, aff n° C-641/18, sur les activités des sociétés de classification et de certification des navires.

Nous pensons que le lien déjà existant entre le droit portuaire et les règles de droit public ne doit pas s'estomper en raison de cette implication renforcée des opérateurs privés dans les différentes activités portuaires. Si, dans le secteur maritime, il s'avère fort nécessaire de changer de paradigme, selon certains auteurs¹⁷³², celui adopté dans le secteur portuaire devrait également chercher l'équilibre entre les règles de droit privé et public pour concevoir un régime de responsabilité claire et le plus possible anticipé. En premier lieu, il est possible dans ce sens d'appliquer des théories de droit public en vue de la protection du domaine portuaire, notamment de celle du « domaine public global »¹⁷³³. Deuxièmement, la solution peut être appliquée au niveau des entreprises chargées des missions comportant des prérogatives de puissance publique en raison du service public qui y est attaché. Les conventions conclues entre l'autorité portuaire et ces entreprises doivent préciser les conditions d'exercice de ces missions en respectant les règles de droit européen, international et national en matière de protection de l'environnement. Une troisième solution peut consister dans les clauses incluses entre le gestionnaire portuaire et les exploitants portuaires afin de respecter également ces règles.

2) *Le rôle conciliateur du juge administratif en matière de l'environnement*

821. Le droit de l'environnement témoigne d'un développement spectaculaire du contentieux, ce qui peut s'expliquer, comme le précise Y. Jégouze, par la découverte de la part des associations de protection de l'environnement des « *vertus du contentieux administratif conjuguées avec la jurisprudence libérale du Conseil d'Etat reconnaissant largement à ces associations l'intérêt à agir leur permettant d'introduire des recours pour excès de pouvoir* »¹⁷³⁴. Le rôle du juge administratif se limite cependant à trouver des solutions à des litiges et il ne s'étend pas à créer des principes généraux du droit de l'environnement, ce qui résulte de la place qu'occupe le droit écrit, législatif et réglementaire, du droit de l'environnement. C'est également la conséquence du rôle important de la jurisprudence européenne qui, en s'impliquant fortement en la matière, n'a pas laissé assez de place au juge national. Il ne reste au juge national qu'un rôle « *normatif traditionnel consistant à combler les*

¹⁷³² MOUTON Stéphane, « Le droit maritime vers un changement de paradigme 2.0 », *op.cit.*

¹⁷³³ SORBARA Jean Gabriel, « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, n° 12, 26 mars 2007, p. 619-625.

¹⁷³⁴ JEGOUZO Yves, « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 29, n° 1, 2004, p. 19-30.

lacunes des textes ou à en interpréter les dispositions »¹⁷³⁵. Ainsi, les magistrats administratifs, en fonction de leur culture, de leur formation, de leur sensibilité, de leur origine sociale et géographique, vont « *apprécier discrétionnairement l'existence et la hiérarchisation des intérêts généraux en présence, reconnaissant la primauté de l'un au détriment des autres* »¹⁷³⁶.

822. La méthode utilisée pour l'application de la conciliation est la théorie du bilan (coût-avantages)¹⁷³⁷, qui pourrait déboucher sur un certain équilibre entre les différents intérêts lors de la détermination des projets¹⁷³⁸, lorsqu'elle « *tente de faire cohabiter au sein de l'intérêt général, l'intérêt [environnemental] et celui des projets en cause* »¹⁷³⁹. Elle peut être appliquée par l'administration en vue de justifier l'utilité publique¹⁷⁴⁰ d'un projet et d'arrêter les décisions liées à la gestion, ou, pour le juge, d'annuler ou de confirmer la comptabilité de certains actes administratifs¹⁷⁴¹, y compris de ceux liés au régime des autorisations, au regard du droit de l'environnement. Mais la mise en place de cette théorie serait-elle être identique dans le cas de juridictions différentes ?

823. En ce sens il semble que l'interprétation des textes par la jurisprudence opère une distinction entre l'ordre juridictionnel national et celui européen. Le Conseil d'Etat a présenté un aspect « réaliste » quand il s'agissait d'établir une comparaison entre les intérêts généraux. Ce qui peut être retenu concernant la position du Conseil d'Etat à propos de l'application du droit de l'environnement est qu'il convient de vérifier si les objectifs de ce dernier sont respectés, alors que la jurisprudence de l'UE s'attache plutôt à la lettre du texte¹⁷⁴². Ainsi, à titre d'exemple, le Conseil d'Etat a considéré qu'un arrêté préfectoral approuvant des travaux

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ REZENTHEL Robert, « Les ports de plaisance : la conciliation de l'économie et de l'écologie », *DMF*, n° 825, 1 juin 2020, p. 548-557.

¹⁷³⁷ V. FRAYSSINET Margaux, « La théorie du bilan à l'épreuve du droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 46, n° 2, 2 juillet 2021, p. 283-299.

¹⁷³⁸ V. article 1^{er} de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire modifié par l'article 52 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010.

¹⁷³⁹ BILLET Philippe, « La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique », *Natures Sciences Sociétés*, Supplément, Supp.1, 2006, p. 13-21.

¹⁷⁴⁰ Selon le Conseil d'Etat, l'intérêt environnemental participe à la définition de l'utilité publique ; et ce depuis 1972. CE, 12 avril 1972, *Pelte*, *Rec.*, p. 269.

¹⁷⁴¹ L'atteinte à l'environnement a été prise en compte par le Conseil d'Etat depuis les années 1990 : CE, 23 mai 1990, n° 97188, *M^{me} Olga Brun*, *RDP* 1991, p. 1758, et CE, 13 déc. 2002, n°s 229348 et 229370, *Assoc. pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray, Cne d'Allonne*, lorsque dans cet arrêt le Conseil d'Etat considère le projet de réalisation d'un barrage-réservoir, en application de la théorie du bilan, comme dépourvu d'utilité publique. V. René HOSTIOU, « La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2004, p. 1193.

¹⁷⁴² REZENTHEL Robert, « L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire », *op. cit.*

portuaires, sur des terrains constitués de dépôts de produits de dragage, était légal¹⁷⁴³, et ne portait pas atteinte à un intérêt général découlant de la directive « Oiseaux »¹⁷⁴⁴, et ce dès que les incidences du dragage sur les vasières, la faune et la flore, ont été étudiées normalement dans l'étude d'impact¹⁷⁴⁵. Le Conseil d'Etat a précisé que ces travaux n'étaient pas de nature à compromettre les intérêts qu'entend protéger la directive relative à la protection des oiseaux sauvages¹⁷⁴⁶, en déduisant que le classement en **ZPS**¹⁷⁴⁷, n'implique pas nécessairement l'interdiction de tous les travaux d'intérêt général. Il a également jugé qu'en raison des mesures de précaution prises, les inconvénients d'un aménagement d'une zone portuaire et des voies routières de desserte, « *ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'il présente en permettant d'améliorer la circulation publique et de contribuer au développement de l'économie régionale et nationale ; que par suite l'opération concernée pouvait légalement être déclarée d'utilité publique par l'arrêté ministériel attaqué* »¹⁷⁴⁸.

824.D'ailleurs, en ce qui concerne l'étude d'impact, la question a également été posée de savoir dans quelle mesure un vice de procédure serait susceptible de l'entacher. A quel niveau l'insuffisance de l'étude d'impact pourrait-elle entacher d'illégalité la procédure adoptée lors d'une prise de décision ? En 2011, et dans une décision concernant des opérations de dragage portuaire, le Conseil d'Etat a précisé que « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* »¹⁷⁴⁹. Le Conseil d'Etat se montre ainsi pragmatique concernant l'objectif de l'étude d'impact, cela étant l'information du public, si la finalité est atteinte, la procédure ne serait pas fautive, et la décision prise ne serait pas illégale. Il s'agit là d'un rôle restreint du juge et, comme le précise L. Bordereaux en commentant cet arrêt : « *Sur*

¹⁷⁴³ C.E. 6 janvier 1999 - *société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS)* - DMF 1999. 449, note R. REZENTHEL.

¹⁷⁴⁴ Directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 (modifiée) concernant la conservation des oiseaux sauvages « Directive Oiseaux », JO L 103 du 25.4.1979, p. 1

¹⁷⁴⁵ CE, 7 avril 1993 - *association pour la sauvegarde de la baie de Chingoudy* - Rec. tables p. 761. Concernant des incidences sur la surface des vasières indispensables aux oiseaux migrants suite à des travaux de dragage portuaire. Le juge a exercé dans cette affaire un contrôle minimal en examinant les éléments du dossier et sans se référer à des études scientifiques.

¹⁷⁴⁶ Directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 (modifiée) concernant la conservation des oiseaux sauvages « Directive Oiseaux », JO L 103 du 25.4.1979, p. 1.

¹⁷⁴⁷ Zones de protection spécifiques.

¹⁷⁴⁸ CE, 2 juin 2003, *Assoc. Bouconne-Val de Save et a.* n° 249321 : JurisData n° 2003-065670.

¹⁷⁴⁹ CE, 14 oct. 2011, *Sté Ocreal*, AJDA 5/2012, p. 275, note M.-B. Lahorgue.

*le plan contentieux, le Conseil d'Etat a quelque peu restreint le domaine du grief d'illégalité externe afférent au vice de procédure »*¹⁷⁵⁰.

825. Le Conseil d'Etat a également fait preuve d'un certain réalisme concernant le nombre de documents à établir lors de la construction environnementale. Selon lui, une étude d'impact peut se substituer à d'autres documents exigés lors de la définition d'un projet. Ainsi, en 2003, concernant un projet d'extension du port du Havre, le Conseil d'Etat¹⁷⁵¹ a jugé qu'une telle étude pouvait se substituer à un document d'incidence prévu par le décret de la loi sur l'eau de 1992. Il a considéré que cette étude, comme prévu à l'article 2 du décret pris en application de la loi pour la protection de la nature de 1976¹⁷⁵², doit présenter une analyse des effets (directs et indirects, temporaires et permanents) du projet, sur, parmi d'autres éléments, celui de l'eau. Ce dernier fait donc partie de l'évaluation et il ne serait pas nécessaire qu'il donne lieu à une étude isolée.

826. La position du Conseil d'Etat, en plus d'être plus pragmatique que celle de la Cour de justice, se distingue également de celle des tribunaux administratifs¹⁷⁵³. En ce sens, le Conseil d'Etat a développé une « doctrine prudente »¹⁷⁵⁴, et ce notamment en matière portuaire. De manière générale, il semble que les tribunaux administratifs se présentent comme des « défenseurs de l'environnement »¹⁷⁵⁵, alors que le Conseil d'Etat en tant qu'« ennemi de l'environnement »¹⁷⁵⁶. Les raisons avancées par la doctrine seraient essentiellement basées sur la proximité de ces tribunaux avec les terrains pollués, ce qui les rend par conséquent plus sensibles à ces questions locales. Cette position du Conseil d'Etat a engendré des critiques divergentes. Selon M. Prieur, il est « *regrettable que le Conseil d'Etat ne considère pas encore qu'un territoire proposé comme site d'intérêt communautaire n'ait pas à apparaître comme tel dans une étude d'impact. Ce cache-cache ne sert personne* »¹⁷⁵⁷. D'après R. Romi, le contrôle

¹⁷⁵⁰ BORDEREAUX Laurent, « Dragage portuaire et droit de l'environnement : Regard de synthèse », *op. cit.*

¹⁷⁵¹ CE, 14 novembre 2003, *Association Robin des Bois*, n° 228477.

¹⁷⁵² Décret du 12 octobre 1977 pris en application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, et ce dans sa rédaction résultant du décret du 25 février 1993.

¹⁷⁵³ V. PITTARD Yves, « Le juge administratif : juge vert ? Le point de vue d'un avocat », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 20, n° 1, 1995, p. 27-38.

¹⁷⁵⁴ Pour reprendre l'expression de R. Rézenthel dans « Extension portuaire et protection de l'environnement », *op.cit.*

¹⁷⁵⁵ V. PRIEUR Michel, « Les tribunaux administratifs nouveaux défenseurs de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, 1977, n° 3, p 237-239.

¹⁷⁵⁶ V. CABALLERO Francis, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 9, n° 1, 1984, p. 3-42.

¹⁷⁵⁷ PRIEUR Michel, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 1981. Etudes d'impact. p. 103-128.

contentieux de l'obligation de prendre en compte l'environnement est « plus limité »¹⁷⁵⁸, d'autres juristes vont jusqu'à qualifier cette prudence de « complaisance »¹⁷⁵⁹.

827. La tendance à combiner développement économique et protection de l'environnement semble avoir, d'ailleurs, influencé récemment la position « stricte » de la Cour. Il semble que cette dernière ait tendance à assouplir sa doctrine concernant les enjeux économiques majeurs. Cet assouplissement est apparu à l'occasion d'une affaire concernant des travaux importants dans le port d'Anvers et est lié à une dérogation au régime des zones Natura. La Cour a ainsi jugé qu'en « *dépit de conclusions négatives de l'évaluation effectuée ... de cette directive, un plan ou un projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et (que) lorsqu'il n'existe pas de solutions alternatives, l'État membre concerné prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Natura 2000 soit protégée* »¹⁷⁶⁰. La même année, quelques mois auparavant, à propos de la directive relative à la protection des habitats naturels, elle avait, par ailleurs, jugé que : « *L'examen d'éventuelles raisons impératives d'intérêt public majeur et celui de l'existence d'alternatives moins préjudiciables requièrent en effet une mise en balance par rapport aux atteintes portées audit site par le plan ou le projet considéré* »¹⁷⁶¹. La Cour accepte désormais l'instauration d'un bilan entre les différents impératifs publics majeurs. La prise en compte des divers intérêts afin de les concilier correspond, par ailleurs, à la politique de l'UE en matière de protection de l'environnement, puisque l'article 191 **TFUE** prévoit que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union* »¹⁷⁶². La question qui peut se poser consiste à savoir si la Cour européenne s'attèle à faire varier la dimension de l'intérêt environnemental au sein des autres intérêts généraux. Ce constat est à vérifier dans un domaine qui n'est autre que celui du portuaire. La conciliation entre les intérêts généraux constitue désormais une priorité

¹⁷⁵⁸ R. ROMI, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LJDG 10 ed, *op. cit.*, p 101.

¹⁷⁵⁹ V. L. FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, 2 éd. mise à jour, PUF, 2020, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷⁶⁰ CJUE, 21 juillet 2016, *Hilde Orleans c/ Vlaams Gewest*, aff. n° C-387/15 et C-388/15, point 62.

¹⁷⁶¹ CJUE, 14 janvier 2016, *Grüne Liga Sachsen e.a.*, C-399/14, *op. cit.*, point 57.

¹⁷⁶² L'Avocat Général Philippe Léger a précisé dans ses conclusions devant La CJCE que : « *Le concept de développement durable ne signifie pas que les intérêts de l'environnement doivent nécessairement et systématiquement l'emporter sur les intérêts défendus dans le cadre des autres politiques poursuivies par la Communauté... Il met au contraire l'accent sur l'équilibre nécessaire entre divers intérêts parfois contradictoires, mais qu'il convient de concilier* », Ph. Léger, conclusions sous CJCE, 7 novembre 2000 - *Secretary of State for the environment, transport and the regions* - aff. n° C-371/98, Rec. p. I-9235 (Cité par R. Rézenthel « L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », *op.cit.*, p.10.)

juridique, mais par quel moyen, hormis l'interprétation des juges sur la mise en place de la théorie du bilan, serait-elle réalisable ?

B- L'évolution du cadre législatif en vue d'une conciliation ?

828. Le lien juridique entre le droit de l'environnement et le droit des affaires (public et privé) évolue dans la perspective d'une conciliation mutuelle (1). Cette conciliation trouvera son application dans le secteur portuaire en conformité avec les réglementations en vigueur visant notamment la clarté et la simplification (2). Cependant, face aux risques réels constatés dans certains secteurs, cette conciliation, cristallisée par le concept de développement durable, peut sembler insuffisante et peu satisfaisante (3).

1) La notion de développement durable à la convergence des intérêts ?

829. Afin de responsabiliser les entreprises lors de la définition des décisions stratégiques, un concept de développement durable (**DD**) a été consacré depuis les années 1990. L'idée était de leur faire prendre davantage en compte les dimensions environnementales et sociales dans leurs décisions et leur gestion¹⁷⁶³. La notion d'objectifs de développement durable se distingue de celle des objectifs de la protection de l'environnement¹⁷⁶⁴. L. Fonbaustrier précise en ce sens que la notion de **DD** est porteuse de confusion et n'est *en aucun sens assimilable à la protection de l'environnement*. Elle est en lien étroit avec une philosophie de progrès.

830. Depuis la mise en place de la Loi Grenelle 2 de l'environnement, le rapport des politiques publiques a été également modifié par ce concept, puisque ce dernier doit constituer désormais « *un axe d'orientation qui gouverne tout à la fois leur élaboration comme leur mise en œuvre* »¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶³ REMILLARD Denyse et WOLFF Dominique, « Sustainable development or the emergence of a new coordination convention », *Revue française de gestion*, vol. 4, n° 194, 26 mai 2009, p. 29-43.

¹⁷⁶⁴ L. FONBAUSTRIER a précisé en ce sens que la notion de développement durable est porteuse de confusion et n'est *en aucun sens assimilable à la protection de l'environnement*. Elle est en lien étroit avec une philosophie de progrès. Laurent FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, 2020, op. cit, p 53.

¹⁷⁶⁵ CARRE François, *L'essentiel du développement durable: la loi Grenelle 2 et le verdissement des politiques publiques*, Paris, Gualino-Lextenso éditions, coll. « Les carrés droit, science politique », 2012, p. 3.

Les personnes publiques doivent, en fonction de la Constitution, à la suite de la loi constitutionnelle de 2005, dans son premier article, promouvoir les objectifs du **DD** dans leurs politiques. La conciliation entre les différents intérêts se situe au centre de ce principe, ainsi l'article 6 de la Charte de l'environnement annexée à la Constitution consacre ce principe de conciliation en disposant que : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement et le progrès social* ». Les décisions prises par les autorités administratives, selon le Conseil d'Etat, doivent veiller à assurer cette conciliation¹⁷⁶⁶.

831. Cette conciliation figure également dans l'approche développée de la Commission européenne. Ainsi, concernant les activités de dragage, la Commission, tout en soulignant tout à la fois la richesse naturelle des estuaires et le rôle stratégique des ports, a précisé que : « *le développement portuaire et les activités de dragage au sein ou à proximité des estuaires classés sites Natura 2000 peuvent, s'ils sont soigneusement planifiés, aller de pair avec la préservation de l'intégrité écologique du site* »¹⁷⁶⁷. Certes, la Cour de justice européenne a procédé à une application stricte des règles liées à la protection de l'environnement, ce qui n'empêche pas pour autant de remarquer que ces règles incitent à trouver cette conciliation¹⁷⁶⁸. L'Avocat Général Philippe Léger a ainsi précisé dans ses conclusions devant la Cour que : « *Le concept de développement durable ne signifie pas que les intérêts de l'environnement doivent nécessairement et systématiquement l'emporter sur les intérêts défendus dans le cadre des autres politiques poursuivies par la Communauté... Il met au contraire l'accent sur l'équilibre nécessaire entre divers intérêts parfois contradictoires, mais qu'il convient de concilier* »¹⁷⁶⁹. Le principe consistant dans l'établissement des mesures compensatoires correspond¹⁷⁷⁰, même si leur mise en œuvre est bien encadrée par le contrôle jurisprudentiel européen, à cette

¹⁷⁶⁶ CE, 9 mai 2006 - *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne* - req. n° 292398. Le Conseil d'Etat souligne que : « *Le ministre chargé de la protection de la nature doit se conformer aux obligations résultant des engagements internationaux de la France dès lors que ceux-ci produisent des effets directs dans l'ordre juridique interne ou ont été suivis de mesures nationales de transposition ou de mise en œuvre ; qu'il lui incombe également de veiller à ce que les décisions qu'il prend, tout en permettant la sauvegarde d'une espèce animale menacée d'extinction, n'apportent pas aux autres intérêts en présence une atteinte excessive* ».

¹⁷⁶⁷ Commission européenne, *Développement portuaire et activités de dragage dans les estuaires et les zones côtières Natura 2000*, European Commission guidance, Office des publications de l'Union européenne, 2012.

¹⁷⁶⁸ Le préambule de la directive n° 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages dispose que : « *le but de la présente directive étant de favoriser le maintien de la biodiversité, tout en tenant compte des exigences économiques, sociales, culturelles et régionales, elle contribue à l'objectif général d'un développement durable* ».

¹⁷⁶⁹ Concernant des travaux d'extension du port de Bristol. Ph. LÉGER, conclusions sous CJCE, 7 novembre 2000 - *Secretary of State for the environment, transport and the regions* - aff. n° C-371/98, Rec. p. I-9235, *op. cit.*

¹⁷⁷⁰ Parmi les mesures **ERC** que l'Union européenne a contractées lors de la Convention sur la biodiversité biologique adoptée lors du sommet de la Terre (Rio de Janeiro en 1992).

perspective de conciliation, qui est à la portée des personnes publiques et privées dans la réalisation des projets.

C'est l'article 6 de la directive Habitats qui organise la cadre de ces mesures compensatoires, il dispose ainsi, dans son paragraphe , qu'« *en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur le site et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, l'État membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée. L'État membre informe la Commission des mesures compensatoires adoptées* ».

832.La construction du réseau Natura exige une application stricte des règles européennes liées au dragage, pourtant, une conciliation apparaît concernant les activités de dragage portuaire dans la transposition française des directives européennes en la matière, notamment par rapport à la rigidité des règles liées à la désignation et de délimitation de ces sites. Selon L. Bordereaux¹⁷⁷¹, cette « souplesse » s'inscrit dans une logique de conciliation et de gouvernance locale¹⁷⁷², et ce à travers les « documents d'objectifs¹⁷⁷³ ». Sur le plan juridique, il convient de noter que le recours à un tel document peut susciter certaines interrogations, notamment en raison des termes non clairs inclus dans sa définition, en tant que « propositions de mesures de toute nature ». Il en va de même lorsqu'il n'est pas mentionné si ce document doit être pris en compte par d'autres documents contraignants, comme ceux résultant de la planification urbaine. Il ne précise pas non plus comment son contenu peut intégrer les obligations afférentes aux réglementations protégeant l'environnement¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷¹ BORDEREAUX Laurent, « Dragage portuaire et droit de l'environnement :Regard de synthèse », *op. cit.*

¹⁷⁷² L. BORDEREAUX ajoute que « *La remarque vaut, mutatis mutandis, pour les parcs naturels marins : si les projets de clapage des sédiments peuvent sembler inappropriés, eu égard aux objectifs de conservation du milieu marin de ces parcs, ils n'y sont pas pour autant interdits par principe, étant notamment précisé que la procédure dite de l'avis conforme devra être respectée* »C. env., art. L. 334-5 § 4 ».

* §4 : « Lorsqu'une activité est susceptible d'altérer de façon notable le milieu marin d'un parc naturel marin, l'autorisation à laquelle elle est soumise ne peut être délivrée que sur avis conforme de l'Office français de la biodiversité ou, sur délégation, du conseil de gestion. Cette procédure n'est pas applicable aux activités répondant aux besoins de la défense nationale, de l'ordre public, de la sécurité maritime et de la lutte contre la pollution. ».

¹⁷⁷³Pour sa définition, nous citons par exemple celle donnée par le site du département de l'Oise : « *Le document d'objectifs (DOCOB) est à la fois un document de diagnostic et un document d'orientation pour la gestion des sites Natura 2000. Il fixe des objectifs de protection de la nature conformément à des textes dont la protection et la gestion des milieux naturels sont la fonction principale. Le document d'objectif est élaboré avec tous les partenaires locaux concernés (élus, propriétaires, gestionnaires, ...) dans le cadre d'une large concertation. Il constitue le document de référence pour la préservation des habitats présents sur le site.* » Consultable sur : <https://www.oise.gouv.fr/Politiques-publiques/Environnement/Natura-2000/Generalites/Document-d-objectif-DOCOB-elaboration-et-animation>.

¹⁷⁷⁴ Le Lamy environnement- Installations classées, 260-77- Documents d'objectifs des sites Natura 2000.

833. Il a été, par ailleurs, développé que le **DD** peut constituer un élément du jeu concurrentiel¹⁷⁷⁵. Ainsi, le non-respect de la réglementation des **ICPE** peut constituer une concurrence déloyale¹⁷⁷⁶. Selon G. Jazottes, cela présente une preuve pour que ce concept de **DD** soit enraciné dans le mode des affaires, et ce en dépit des doutes qui se présentent dans le lien entre les deux. Cette position évolutive de la Cour « *a pour intérêt d'intégrer le respect de l'environnement à la loyauté des affaires et, au-delà, à l'éthique des affaires.* ».

2) Le cadre juridique pour la réalisation de la conciliation des intérêts dans les ports maritimes : la simplification pour la prévention ?

834. Le cadre juridique établi dans l'objectif de réaliser la conciliation entre la protection de l'environnement et le développement économique s'inscrit dans des stratégies générales, nationales¹⁷⁷⁷, et européennes. Ces différentes stratégies ont prévu des engagements, que ce soit à la charge de l'Etat, ou des ports. Cette volonté de conciliation s'est manifestée expressément par le texte législatif avec la loi littorale dans son titre premier lié à l'aménagement et la protection du littoral¹⁷⁷⁸, portant notamment des modifications en matière de dispositions liées à l'urbanisme sur le littoral.

835. La mise en place d'un régime clair de responsabilité, concernant l'activité de dragage, est susceptible de faciliter la conciliation entre les intérêts. Le **GPM** doit effectuer des opérations de dragage dans le cadre de son obligation de sécurité et de maintien normal des ouvrages portuaires, cette mission relève donc de sa responsabilité. Mais jusqu'où sa responsabilité pourrait-elle s'étendre en cas de dommage envers la nature ? Il faut noter que la jurisprudence a contribué à clarifier la responsabilité de la personne effectuant des travaux par rapport aux effets néfastes sur la nature. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Bordeaux¹⁷⁷⁹ a estimé que l'exploitant « *d'un parc à huîtres qui avait subi un envasement inhabituel alors que les dragages se déroulaient à une distance relativement importante de l'établissement de*

¹⁷⁷⁵ JAZOTTES Géraud, « Le développement durable, élément du jeu concurrentiel », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 94, 1 juin 2014, p. 55-59.

¹⁷⁷⁶ Cass. com., 21 janv. 2014, *société Revival*, n° 12-25.443.

¹⁷⁷⁷ Notamment, la stratégie nationale de relance portuaire de 2013 et celle nationale portuaire de 2021, pour un réseau des ports au cœur des chaînes logistiques, du développement économique et des transitions écologiques et numériques.

¹⁷⁷⁸ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (LOTI), JORF du 4 janvier 1986.

¹⁷⁷⁹ C.A.A. Bordeaux 2^{ème} ch. 20 mars 1995 - *Michel Saint-Jours* - req. n° 93BX01328.

*culture marine, n'était pas fondé à mettre en cause la responsabilité du maître d'ouvrage des travaux dès lors que le lien de causalité n'était pas démontré »*¹⁷⁸⁰. Il faut donc démontrer un lien de cause à effet pour prouver ou écarter le lien entre le dragage et le dommage sur la nature.

836. En France, depuis la loi de la transition de 2015, plusieurs dispositifs législatifs ont été prévus afin d'encourager l'ouverture à la croissance verte par le biais de la logistique, et ce notamment au niveau fiscal. Ainsi, en termes d'imposition fiscale et afin d'inciter les compagnies maritimes à s'engager dans la transition énergétique de leurs navires et bateaux, l'article 56 de la loi de finances pour 2019 a mis en place un dispositif de suramortissement¹⁷⁸¹. Dans le Code général des impôts, l'article 39 decies¹⁷⁸² nouveau dispose que « *Les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu selon un régime réel d'imposition peuvent déduire de leur résultat imposable : 2° Une somme égale à 105 % des coûts supplémentaires immobilisés, hors frais financiers, directement liés à l'installation d'équipements, acquis à l'état neuf, permettant l'utilisation du gaz naturel liquéfié comme énergie propulsive principale ou pour la production d'énergie électrique destinée à la propulsion principale des navires et bateaux de transport de marchandises ou de passagers et qui sont affectés à leur activité, lorsque le contrat d'acquisition de ces équipements ou de construction du navire ou du bateau est conclu à compter du 1er janvier 2020 et jusqu'au 31 décembre 2024.* ».

837. La conciliation entre les différents intérêts doit être recherchée à tous les niveaux, notamment pendant la phase contentieuse. Nous savons que le juge peut avoir recours à la théorie du bilan afin de comparer les différents intérêts, mais le retard causé par un nombre excessif de recours pour des raisons liées à la protection de l'environnement peut, s'ils ne sont pas appuyés sur une base juridique sûre, constituer un frein important à la relance portuaire. Ainsi, la réduction des recours abusifs au titre de la protection de l'environnement serait, selon un rapport public sur les projets portuaires¹⁷⁸³, d'une importance vitale pour assurer la sécurité dans les ports. Il faudrait donc réduire la « *fréquence des recours (en organisant la concertation différemment ?) et pour limiter la portée des recours abusifs.* »¹⁷⁸⁴. Mais comment les textes

¹⁷⁸⁰ REZENTHEL Robert, « L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire », *DMF*, n° 612, 1 février 2001, p. 158-175.

¹⁷⁸¹ « Suramortissement : acquisition de navires ou bateaux de transport plus vertueux pour l'environnement », *Les Nouvelles Fiscales*, n° 1236, 15 janvier 2019.

¹⁷⁸² Modifié par l'article 143 de la Loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

¹⁷⁸³ CATOIRE Serge, LACAVE Jean-Marc, GADBIN Françoise et PATEY Gérard, *La mise en œuvre des projets portuaires pour y développer durablement les activités logistiques et industrielles*, op. cit.

¹⁷⁸⁴ Recommandation 5 du rapport.

ont-ils pu davantage adopter une concertation de la décision sur les projets ayant un impact sur l'environnement ? Cela peut se traduire à deux niveaux. A celui procédural, la participation du public doit être assurée pendant toute la phase d'élaboration d'un projet, et ce par le biais d'une enquête publique préalable. Au niveau institutionnel, deux autorités indépendantes sont chargées de veiller au respect du droit de l'environnement. La première est la Commission nationale de débat public (**CNDP**), qui est chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national¹⁷⁸⁵. En 2017, un débat, concernant des extensions portuaires dans le **GPM** de Dunkerque¹⁷⁸⁶, a permis de débattre des solutions alternatives ou de choisir entre deux projets en fonction des avis des participants dans le débat public, qui ont procédé à une évaluation des impacts entre deux solutions sur les trois dimensions de développement durable : environnementale, économique et sociale¹⁷⁸⁷. Ces concertations doivent présenter un caractère continu, ainsi des débats sont maintenus pendant la conception, les travaux et l'exploitation du projet *Port Seine Métropole Ouest (PSMO)*, porté par **HAROPA-Paris**¹⁷⁸⁸.

L'autre institution est l'autorité environnementale¹⁷⁸⁹. Certains dossiers des projets contenant des études d'impact nécessitent un avis environnemental, qui pourrait, même s'il n'est pas contraignant, assurer une meilleure qualité à l'étude d'impact. Cette dernière présente des avis et des recommandations aux **GPM**, elle effectue aussi régulièrement des contrôles sur la politique environnementale de ces établissements dans leurs projets et programmes¹⁷⁹⁰. Elle constitue d'ailleurs une garantie pour assurer ce contrôle au niveau national.

¹⁷⁸⁵ Articles L 121-1 et L 121-8 du Code de l'environnement.

¹⁷⁸⁶ Le bilan du débat public CAP 2020 GPM de Dunkerque 18 septembre – 22 décembre 2017 sur la poursuite du nouveau bassin pour le conteneur « CAP 2020 ».

¹⁷⁸⁷ Il s'est agi d'opérer un choix entre la solution intitulée « Atlantique » dans le prolongement vers le Sud du bassin existant, dans la continuité du quai de Flandre, et l'autre appelée « Baltique », avec la création d'un nouveau bassin et d'un nouveau chenal d'accès à ce dernier. La solution atlantique a été adoptée parce qu'elle « *présente un coût inférieur, une emprise plus faible et des impacts plus limités sur les activités agricoles et humaines ainsi que sur l'environnement et que la solution « Atlantique » est la solution privilégiée par le grand port maritime de Dunkerque, sa gouvernance et ses ministères de tutelle. Considérant que lors du débat public, une grande majorité des participants s'est prononcée en faveur du projet Atlantique* ». Décision du 16 mars 2018 du grand port maritime de Dunkerque sur la poursuite du nouveau bassin pour le conteneur « CAP 2020 », JO 20 mai 2018.

¹⁷⁸⁸ <https://www.debatpublic.fr/projet-port-seine-metropole-ouest-psmo>.

¹⁷⁸⁹ L'Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes remplace la référence à l'autorité administrative de l'Etat compétente en matière d'environnement par une référence à l'autorité environnementale dans toutes les dispositions législatives en vigueur. Ainsi, en fonction de cette dernière, le dossier présentant l'étude d'impact, et à la demande d'autorisation, est transmis pour avis à l'autorité environnementale. (Article L 122-1 du Code de l'environnement).

¹⁷⁹⁰ Note de l'Autorité environnementale sur les projets stratégiques des grands ports maritimes.

838.L'amélioration du professionnalisme constitue, par ailleurs, une condition importante pour la réalisation des évaluations environnementales les plus contrôlées¹⁷⁹¹. En droit européen, la directive du 16 avril 2014 impose au maître d'ouvrage, dans un objectif de qualité et de complétude de l'étude d'impact, de s'assurer qu'elle est préparée par des experts compétents¹⁷⁹². La mise en place de ce qui est qualifié de « cadrage préalable » de l'étude d'impact¹⁷⁹³, peut constituer une importante source d'informations, à la portée du maître d'ouvrage, indiquant celles qui devront figurer dans l'étude d'impact, et ce avant de faire la demande d'une autorisation en vue de réaliser un projet.

839.Des dispositions législatives ont également été prévues dans la perspective de faciliter les démarches que les porteurs de projets doivent accomplir au titre des autorisations environnementales. Ces dispositions interviennent dans le cadre de la simplification de l'administration et la modernisation du droit de l'environnement, il s'agit de l'Ordonnance 2017¹⁷⁹⁴, qui vient confirmer en les adaptant deux expérimentations ayant eu lieu en 2014¹⁷⁹⁵ et 2016¹⁷⁹⁶. Une réforme majeure a été prévue dans le cadre de la mise en place d'une administration moins complexe¹⁷⁹⁷, et ce par le biais de la loi **ESSOC**¹⁷⁹⁸. Afin de renforcer la phase amont de la demande d'autorisation, en fonction de l'article 58 de cette loi, l'État s'engage à organiser la participation du public et à réaliser l'ensemble des études préalables en amont des futurs appels d'offres. Pour permettre aux exploitants de bénéficier des dernières

¹⁷⁹¹ MAITRE Marie-Pierre, « Vers un véritable instrument de maîtrise des risques environnementaux : quelles évolutions nécessaires ? », *Bulletin de Droit de l'Environnement Industriel (BDEI)*, n° NS63, 1 juin 2016, p. 9-14.

¹⁷⁹² Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, article 5 §3 a.

¹⁷⁹³ Si le maître d'ouvrage le requiert avant de présenter une demande d'autorisation, l'autorité compétente rend un avis sur le champ et le degré de précision des informations à fournir dans l'étude d'impact. L'autorité compétente consulte les autorités mentionnées au V de l'article L. 122-1. A la demande du maître d'ouvrage, l'autorité compétente organise une réunion avec les parties prenantes locales intéressées par ce projet afin que chacune puisse faire part de ses observations sur les incidences potentielles du projet envisagé.

¹⁷⁹⁴ Ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JORF 27 janvier 2017, JORF n° 0023 du 27 janvier 2017.

¹⁷⁹⁵ Ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n°0068 du 21 mars 2014.

¹⁷⁹⁶ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, dont l'objectif essentiel était la simplification et la clarification, pour les porteurs des projets, de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite (« loi Macron », JORF n°0181 du 7 août 2015), mais également dans la mise en place de la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés (JO L 26 du 28.1.2012, p. 1-21).

¹⁷⁹⁷ Le décret d'application n° 2018-1204 du 21 décembre 2018 précise les procédures d'autorisations des installations de production d'énergie renouvelable en mer (JORF n°0297 du 23 décembre 2018).

¹⁷⁹⁸ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, JORF n°0184 du 11 août 2018. Cette loi habilite le Gouvernement à ordonner des mesures afin de faciliter la réalisation de projets de construction et favoriser l'innovation (art 31), ou encore pour simplifier les règles pour le public (art 56).

innovations technologiques, sans devoir réaliser des modifications des autorisations, les porteurs de projets pourront demander des « autorisations à caractéristiques variables¹⁷⁹⁹ ».

840. La sécurisation des entreprises a constitué un objectif majeur des mesures législatives, en 2014. Ainsi, parmi les apports majeurs de ces dispositions, une possibilité a été prévue pour délimiter des zones dites économiques selon des dispositions environnementales adaptées. Le législateur a habilité le Gouvernement¹⁸⁰⁰ à prendre toute mesure législative visant « à délimiter précisément des zones présentant un intérêt majeur pour l'implantation d'activités économiques identifiées, dans lesquelles les enjeux environnementaux font l'objet d'un traitement anticipé »¹⁸⁰¹. Cette mesure est considérée, malgré son application limitée, comme une « idée intéressante qu'il faut garder en tête »¹⁸⁰² puisqu'elle permettrait une gestion en amont, pour « l'ensemble des acteurs qui vont s'installer dans cette zone, les contraintes environnementales et (afin) d'essayer de les régler une fois pour toutes, de telle sorte qu'ensuite, lorsque les opérateurs viennent s'installer dans la zone, le terrain soit balisé, qu'il n'y ait en fait pratiquement plus d'aléas liés à l'environnement au plan des autorisations administratives¹⁸⁰³ ».

La simplification de l'investissement organisée par cette loi prévoit également une mesure visant à établir une autorisation unique¹⁸⁰⁴ dans le cadre du régime des autorisations¹⁸⁰⁵, notamment en ce qui concerne le régime des autorisations liées aux **ICPE**¹⁸⁰⁶.

Dans le secteur portuaire, et dans une affaire concernant le port autonome de La Rochelle, l'autorité de la concurrence a précisé que « La délimitation d'un marché de services portuaires est liée « aux hinterlands » des ports qui peuvent être définis comme des zones d'influence économique, structurées et innervées par des axes de desserte terrestre des ports

¹⁷⁹⁹ Article L181-28-1 2° du Code de l'environnement.

¹⁸⁰⁰ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°0002 du 3 janvier 2014.

¹⁸⁰¹ C'est le préfet qui procède à cette délimitation, cette mesure devait être appliquée à titre expérimental, dans un nombre limité de régions. Article 16 1°.

¹⁸⁰² Pour reprendre l'expression de BOIVIN Jean- Pierre, « Le choc de simplification : posture conjoncturelle ou tendance de fond », *Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel (BDEI)*, 01/10/2015, NS59, p. 34-42.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ Cette mesure a également été reprise par l'Ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JORF 27 janvier 2017.

¹⁸⁰⁵ Selon l'article 1er de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.* : « Sont soumis aux dispositions de la présente loi, les usines, ateliers, dépôts, chantiers, carrières et d'une manière générale les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments ».

¹⁸⁰⁶ Le droit des **ICPE** comprend trois régimes juridiques distincts qui « sont fonctions des effets potentiellement néfastes de l'activité en cause pour l'environnement et la santé publique : régime d'autorisation, enregistrement et déclaration ». V. R. RADIGUET, *Le service public environnemental*, thèse, *op.cit.*, p.215.

»¹⁸⁰⁷. Selon R. Rézenthel, dans le cadre de la planification, les préoccupations communes à la ville et au port sont le développement économique et la gestion environnementale. Le rayonnement économique des grands ports se définit par son hinterland¹⁸⁰⁸. Ces zones économiques situées dans le port peuvent donc être définies en concertation avec les villes.

En raison de l'absence de texte précisant les zones d'intérêt économique concernées par cette mesure, une instruction ministérielle a¹⁸⁰⁹ énoncé trois critères : géographique¹⁸¹⁰, économique¹⁸¹¹ et organique¹⁸¹². Cependant, à la suite d'une requête d'annulation pour excès de pouvoir introduite par plusieurs communes, le Conseil d'Etat, ayant jugé que le ministre¹⁸¹³, tout en fixant des critères exclusifs sans y être habilité par la loi, a pris une mesure d'application de cette dernière, a donc annulé cette circulaire en donnant droit aux requérants¹⁸¹⁴.

841.L'opposition entre la recherche de la prospérité économique et la protection de l'environnement dans le domaine maritime se révèle parfois très significative, telle est le cas concernant les pollutions générées par les navires « de croisières et de yachts ». Ce secteur connaît une croissance importante aux abords du port de Marseille, ce qui a incité le Député Hendrik DAVI de proposer¹⁸¹⁵ une loi visant à limiter la pollution générée par l'activité des navires de croisière et des yachts. Cette proposition se justifie par un déséquilibre entre les bénéfices économiques générées par ces activités de plaisance et de tourisme d'un côté, et de des effets nocifs pour les habitants vivant à proximité¹⁸¹⁶ de l'autre. Selon les députés à l'origine de cette proposition, « *le passage d'un navire de croisière ne profite guère à l'économie*

¹⁸⁰⁷ Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-28 du 15 juin 2005 relative à des pratiques d'entreprises de manutention et de stockage sur le port de La Rochelle.

¹⁸⁰⁸ REZENTHEL Robert, « Les rapports entre la ville et le port (Colloque international Université Paris Descartes : Les ports maritimes face aux défis du développement durable) », 23 octobre 2018.

¹⁸⁰⁹ L'instruction du ministre de l'Aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales du 8 décembre 2016 portant définition des zones d'activité portuaire et compétences des communes et EPCI pour la gestion des ports.

¹⁸¹⁰ « *Requiert que la zone d'activité portuaire fasse l'objet d'une cohérence d'ensemble et d'un périmètre défini, dans les limites administratives d'un port* ».

¹⁸¹¹ Il exige que la zone portuaire, quelle que soit la nature de l'activité portuaire, de plaisance, de pêche ou de commerce, soit « *destinée à accueillir des activités économiques pour développer de façon coordonnée une offre économique spécifiquement portuaire* ».

¹⁸¹² La zone doit être aménagée par la puissance publique, quelle que soit la nature des activités (publiques ou privées) pour organiser et coordonner les activités portuaires.

¹⁸¹³ CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 25 mai 2018, n° 407640, Inédit au recueil Lebon.

¹⁸¹⁴ A noter qu'en 2017, le juge des référés avait rejeté une demande de ces communes pour la suspension de cette instruction. (CE, Juge des référés, 3 mars 2017, n° 407649, Inédit au recueil Lebon). V. R. Rézenthel, « Transfert des zones d'activité portuaire aux communautés d'agglomération », *DMF*, n°793, 1 juillet 2017, p. 651-661.

¹⁸¹⁵ Proposition de loi n°1597 visant à limiter la pollution générée par l'activité des navires de croisière et des yachts, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 juillet 2023.

¹⁸¹⁶ « *Ces polluants sont fortement nocifs pour les habitants vivant à proximité, principalement dans les quartiers populaires, provoquant des maladies respiratoires, des cancers, des aggravations des allergies et de l'asthme.* ».

locale »¹⁸¹⁷, ce que justifie pleinement la nécessité d'une législation encadrant ces activités, dans une perspective de « sobriété écologique » recherchée. La loi prévoit notamment l'imposition d'une nouvelle taxe carbone pour certaines croisières et yachts, ainsi qu'un renforcement de l'inspection et du contrôle des navires.

3) La conciliation en développement durable au regard critique du droit de l'environnement

842. La notion de développement durable constitue pour certains juristes en droit de l'environnement un « cantonnement » de ce dernier¹⁸¹⁸. C'est pour cette raison que la mise en place d'une conciliation juridique entre intérêt socio-économique et protection de l'environnement n'était pas d'une facilité évidente.

843. Le législateur, encourage la conciliation des différents intérêts. La conciliation est considérée comme un principe « non spécifique » en droit de l'environnement. L. Fonbaustier précise en ce sens qu'il s'agit d'une « opération intellectuelle, juridique et matérielle (ou son résultat) familière au juriste. L'univers des choix politiques est confronté de manière habituelle à des clivages entre intérêts et des conflits de perspectives : temps court contre temps long, intérêts privés contre intérêt général, tension au sein de l'intérêt général lui-même, etc.... La conciliation découle ainsi de l'impossible convergence des principes et des règles au sein des systèmes juridiques »¹⁸¹⁹. Le principe de la conciliation a été constitutionnalisé en se référant à la notion de développement durable. Selon R. Romi, insuffler l'écologie dans la conception de l'économie pose « la question de savoir s'il ne faudrait pas substituer à la notion de conciliation, induite par le choix de la référence au développement durable, la notion de hiérarchisation, induite par le principe d'écologisation, dont la première étape est le principe d'intégration »¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁷ « D'une part, les compagnies font jouer la concurrence entre les ports d'accueil pour inciter ces derniers à abaisser leurs frais, conduisant ainsi à un nivellement par le bas. D'autre part, un tiers des passagers ne descend pas lors des escales et tous sont encouragés à consommer uniquement à bord du navire ».

¹⁸¹⁸ R. Romi précise ainsi que « la notion de développement durable, dont la mode est curieusement comme une victoire du droit de l'environnement, constitue de manière de plus en plus visible un cantonnement du droit de l'environnement ». V. R. ROMI, *Droit de l'environnement*, éd. 9, 2016, op. cit, p 16.

¹⁸¹⁹ L. FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, 2020, op.cit, p. 163.

¹⁸²⁰ Article 6 de la Charte de l'environnement. *Droit de l'environnement*, op.cit, p.17.

844. Les notions créées dans le cadre de la mise en place de cette conciliation ont suscité certains doutes. Ainsi, concernant la création des zones d'intérêt économiques¹⁸²¹, et même si cette démarche a été applaudie en tant que protection en amont, l'article 16 de cette loi¹⁸²² constitue, selon R. Romi, un « détricotage » des obligations liées à la protection de l'environnement « *sous prétexte de simplification, et est contrainte au droit communautaire* »¹⁸²³.

845. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de remettre de l'ordre dans cette hiérarchie secouée par la recherche d'une conciliation. Il semble que la position du Conseil constitutionnel ait tendance à confirmer la priorité des exigences découlant de la protection de l'environnement sur les principes émanant, en l'espèce, des libertés commerciales. Ainsi, dans une décision **QPC** du 31 janvier 2020¹⁸²⁴, le Conseil constitutionnel a précisé que la liberté d'entreprendre n'est pas absolue¹⁸²⁵ et que la protection de l'environnement peut prévaloir sur cette liberté. Il a indiqué que le texte d'interdiction d'exportation n'était pas de nature à présenter un déséquilibre manifeste entre liberté d'entreprendre et préservation de la santé, qui constituent, avec la protection de l'environnement, des « *objectifs de valeur constitutionnelle* ». Il convient de noter que le Conseil constitutionnel avait déjà confirmé que le législateur peut apporter à cette liberté « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »¹⁸²⁶.

Cette hiérarchie est de plus en plus marquée au profit d'une priorité environnementale au sein du texte constitutionnel. Ainsi, le 20 janvier 2021, un projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1^{er} de la Constitution a été adopté par le Conseil des ministres¹⁸²⁷. Ce projet

¹⁸²¹ En tant que dispositions environnementales adaptées.

¹⁸²² Concernant la délimitation des zones d'intérêt économique.

¹⁸²³ R. ROMI, *Droit de l'environnement*, 2016, *op.cit.*, p.101.

¹⁸²⁴ Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020. L'Union des industries de la protection des plantes et l'Union française des semenciers ont soulevé une QPC contre une loi (Egalim) interdisant la production, le stockage et la circulation en France des produits phytosanitaires contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne, par conséquent, ces produits ne peuvent pas, non plus, être exportés depuis la France. Le principal moyen présenté par cette Union consiste à considérer que cette interdiction d'exportation est contraire à la liberté d'entreprendre.

¹⁸²⁵ Le Conseil Constitutionnel avait déjà confirmé que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue. Cons. const., 16 janv. 1986, n° 85-200 DC.

¹⁸²⁶ Cons. const., 16 janv. 2000, n° 2000-439 DC sur la loi relative à l'archéologie préventive.

¹⁸²⁷ V. ZARKA Jean-Claude, « Le projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1^{er} de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement », *Actu-Juridique.fr*, *Lextenso*, 2 avril 2021.

propose d'intégrer à cet article la préservation de l'environnement et de l'inscrire parmi les principes fondateurs de la République française¹⁸²⁸.

La Convention citoyenne pour le climat (**CCC**) a aussi proposé d'ajouter au sein du Préambule de la Constitution un alinéa aux termes duquel il est énoncé que : « *La conciliation des droits, libertés et principes qui en résultent ne saurait compromettre la préservation de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité* ». En plaçant la protection de l'environnement au-dessus des droits et libertés publiques, cette proposition de la **CCC** conduirait à introduire une hiérarchie entre les normes fondamentales. Il faut noter que cette réclamation n'a pas eu de retour positif, à ce moment-là, de la part du gouvernement¹⁸²⁹.

846. Il en résulte qu'au niveau juridique, les conséquences significatives des activités humaines sur l'environnement introduisent des priorités, en cas de litige. La prévention de la production de ces conséquences doit être réalisée à un niveau intégré de programmation par les autorités publiques, ainsi que par les ports dans leurs projets et plans.

§2- Le rôle positif du port dans la réalisation des objectifs de développement durable

847. L'institution portuaire du **GPM**, en tant propriétaire de son domaine public et gestionnaire général de l'infrastructure, peut jouer un rôle important dans la protection de l'environnement (**A**). D'ailleurs, elle doit, dans sa politique et ses projets, concilier les intérêts divergents entre protection de l'environnement et développement économique (**B**).

A- La protection de l'environnement par le port : cadre préventif

848. En tant que propriétaire de son domaine, le **GPM** peut effectuer un contrôle renforcé de la pollution potentielle. Ainsi, une activité produisant une pollution produite dans l'eau

¹⁸²⁸ Il aura un effet d'accélérateur sur l'engagement des pouvoirs publics, notamment en termes de responsabilité de faute d'inaction de ces pouvoirs, à condition « toutefois que soit démontré un lien de causalité entre cette inaction fautive et le dommage allégué », V. rapp. Assemblée nationale, n° 3894, 17 févr. 2021, sur le projet de la loi constitutionnelle complétant l'article 1er de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement (n° 3787) P.-A. ANGLADE, p. 40.

¹⁸²⁹ Le président de la République Emmanuel Macron a, lors d'une interview télévisée, confirmé le 14 juillet 2020, qu'il écartait cette demande de réécriture du Préambule du texte constitutionnel pour « placer l'environnement au-dessus de nos autres valeurs fondamentales ».

portuaire, notamment par des hydrocarbures, peut constituer une contravention de grande voirie¹⁸³⁰, ce lorsque cette pollution fait obstacle « à l'exercice par le public, de son droit à l'usage du domaine »¹⁸³¹. Cela implique, en fonction de l'action domaniale¹⁸³², pour la personne qui a commis cette infraction, une obligation de remise en état du domaine dans les conditions fixées par le juge administratif. La mission consistant à exploiter et gérer le domaine public dans le respect de son affectation permettrait au gestionnaire d'imposer à un titulaire d'un droit sur ce domaine des obligations liées à la protection de l'environnement, ce qui serait le cas concernant l'imposition de certaines conditions dans la convention de terminal portuaire. Le contrôle de la destination du domaine public peut également être effectué par le juge. Par exemple, le Conseil d'Etat a déclaré, concernant des travaux dans un port de plaisance, que les travaux en cause n'étaient pas compatibles avec la destination du domaine public naturel¹⁸³³, le respect de la destination du domaine public peut alors engendrer une mise en place indirecte du droit de l'environnement¹⁸³⁴.

Selon le Conseil d'Etat, la domanialité publique peut assurer cette protection par le biais de l'imposition des autorisations préalables par la puissance publique lorsqu'il précise que « *La préoccupation de s'assurer de la conformité de l'affectation du domaine public ainsi constitué à l'utilité publique ou à d'autres objectifs légitimes, tirés notamment du libre accès au rivage de la mer, de la protection de l'environnement ou de l'aménagement du territoire justifie que la puissance publique interdise à un tel propriétaire de conserver la propriété d'une parcelle incorporée au domaine public maritime naturel par l'effet de la progression du rivage de la mer et d'y procéder à des travaux, fût-ce d'endiguement, sans autorisation préalable* »¹⁸³⁵. Ce régime d'autorisations préalables découle du code de l'environnement¹⁸³⁶.

¹⁸³⁰ Selon l'article L 2132 du CGPPP, qui prévoit que « Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende. Nul ne peut en outre, sur ce domaine, procéder à des dépôts ou à des extractions, ni se livrer à des dégradations » M. Rézenthel précise que cela concerne toute atteinte à l'intégrité et au bon état d'une dépendance domaniale autre que les voies terrestres, les cimetières et les édifices de culte. R. Rézenthel, *Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral*, op.cit, p. 71.

¹⁸³¹ CAA Nantes 14 octobre 2003, M. Henri Cacheux, req. n° 01NT02101.

¹⁸³² L'action domaniale est liée à l'infraction pénale prévue par le texte, qui constitue l'action répressive.

¹⁸³³ CE, Ass 30 mars 1973, ministre de l'Aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme, req n° 88151.

¹⁸³⁴ V. REZENTHEL Robert, « Les ports de plaisance : la conciliation de l'économie et de l'écologie », op. cit.

¹⁸³⁵ CE, 22 septembre 2017, société civile immobilière (SCI) A..., M. C...A...et Mme B...A..., req n° 400823.

¹⁸³⁶ « *L'autorité chargée d'autoriser, d'approuver ou de recevoir la déclaration s'oppose à tout document de planification, programme, projet, manifestation ou intervention si l'évaluation des incidences requise (...) n'a pas été réalisée, si elle se révèle insuffisante ou si il en résulte que leur réalisation porterait atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000* ». (C. env., art. L. 414-4 VI.).

849. Les missions que le **GPM** doit assumer peuvent aussi introduire un cadre de prévention des effets néfastes sur l'environnement. L'autorité portuaire est tenue d'assurer l'entretien des ouvrages publics, qui doit être conforme à des exigences normales¹⁸³⁷. Par exemple, l'autorité portuaire est tenue d'éliminer dans les plans d'eau les sources significatives de pollution. Elle doit également interdire l'utilisation des ouvrages par les navires lorsqu'il existe un risque sérieux de corrosion de leur coque. Il a été jugé que la pollution des eaux d'un port peut être à l'origine de l'incendie d'un navire¹⁸³⁸, c'est ainsi que, d'une certaine manière, à partir de l'obligation de sécurité à l'égard des usagers, l'autorité portuaire se trouve devant des charges liées à la protection de l'environnement.

Depuis la loi sur l'eau¹⁸³⁹, l'autorité portuaire doit veiller à améliorer la qualité de celle-ci, lorsqu'elle est tenue de mettre en œuvre un système de récupération et de traitement des eaux usées portant sur les différents terminaux sous sa gestion, processus qui permettrait de mieux maîtriser la qualité des eaux rejetées, mais également d'éviter des incidences engendrant sa responsabilité. Selon le Conseil d'Etat, cette dernière peut être engagée même si elle n'est pas, comme en l'espèce, à l'origine de la pollution¹⁸⁴⁰.

850. L'autorité portuaire peut également jouer un rôle dans la protection de l'environnement par le biais des dispositions qu'elle détient en tant qu'autorité titulaire du pouvoir de police dans le port. Ainsi, l'article L. 556-3 du code de l'environnement prévoit qu' : « *I. - En cas de pollution des sols ou de risques de pollution des sols présentant des risques pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques et l'environnement au regard de l'usage pris en compte, l'autorité titulaire du pouvoir de police peut, après mise en demeure, assurer d'office l'exécution des travaux nécessaires aux frais du responsable* ». Les autorités portuaires doivent s'impliquer dans un contrôle des navires¹⁸⁴¹, opération qui sera effectuée en collaboration avec les Etats de la côte. En fonction du Mémoire d'entente de Paris, l'autorisation donnée à certains navires de pouvoir prendre la mer, est conditionnée à une inspection de l'Etat du port¹⁸⁴².

¹⁸³⁷ V. REZENTHEL Robert, « L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire », *op. cit.*

¹⁸³⁸ CE, 17 février 1954 - *ministre des Travaux publics c/ Compagnie navale d'Afrique du Nord* - Rec. p. 111.

¹⁸³⁹ Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n°3 du 4 janvier 1992.

¹⁸⁴⁰ CE, 28 mars 1980 - *ministre de l'Équipement c/ Compagnie d'assurances Rhône-Méditerranée e.a.* - Rec. tables p. 823. Lorsque la pollution d'un plan d'eau provenait du déversement de rejets d'eaux usées d'origine urbaine dans un bassin du port.

¹⁸⁴¹ V. LE GARREC Marcel-Yves, « L'intervention de l'autorité portuaire dans le contrôle des navires. », *DMF*, n° 637, 1 mai 2003, p. 476-489.

¹⁸⁴² Mémoire d'entente de Paris sur le contrôle des navires par l'État du Port » signé le 26 janvier 1982, applicable depuis le 1er juillet 1982.

Le code de l'environnement prévoit l'existence de certaines infractions, ce qui permet de renforcer la protection de la qualité des eaux portuaires. Ces infractions consistent, notamment, en des déversements volontaires de substances diverses¹⁸⁴³, ou dans le fait, pour un navire transportant plus de 2 000 tonnes d'hydrocarbures en vrac, de quitter un port sans être muni d'un certificat attestant que la responsabilité civile de son propriétaire est garantie par un contrat d'assurance ou une garantie financière¹⁸⁴⁴.

L'article 8 du règlement général de police des ports maritimes de commerce et de pêche¹⁸⁴⁵ permet aux officiers du port d'interdire l'entrée des navires susceptibles de compromettre l'environnement ou la bonne exploitation des ouvrages portuaires.

En plus de ce contrôle général, les autorités portuaires peuvent faire effectuer un contrôle et une surveillance de la navigation par des services spécialisés, précisément des services du trafic maritime **STM**¹⁸⁴⁶. Cette surveillance a davantage été mise en valeur après la survenue de naufrages de pétroliers¹⁸⁴⁷ qui ont produit des catastrophes environnementales pour les côtes affectées. Les **GPM** ont mis en place un système de services et imposé son utilisation aux navires traversant des zones de couverture du **STM**¹⁸⁴⁸.

851. Une obligation pèse également sur l'autorité portuaire et peut constituer une garantie pour la protection de l'environnement. Il s'agit de l'obligation à la charge des ports d'accueillir des navires en détresse¹⁸⁴⁹. C'est le décret du 2 février 2012¹⁸⁵⁰ qui a prévu cette

¹⁸⁴³ Art. L 216-6 du Code de l'environnement.

¹⁸⁴⁴ Art. L 218-3 et L. 218-8 du Code de l'environnement.

¹⁸⁴⁵ Décret n° 2009-877 17 juillet 2009 portant règlement général de police dans les ports maritimes de commerce et de pêche.

¹⁸⁴⁶ Par la résolution A 578 de l'OMI (14) lignes directrices pour les Services de trafic maritime. <https://www.imo.org/fr/OurWork/Safety/Pages/VesselTrafficServices.aspx>. Ces services sont à mettre en place par les autorités portuaires et les Etats côtiers.

¹⁸⁴⁷ Le naufrage de l'Erika, le 12 décembre 1999 et celui du Prestige, le 19 novembre 2002. Ce dernier a touché près de 1 300 kilomètres de côtes d'Espagne et de France (le littoral aquitain), et suscité des interrogations quant à la responsabilité du gouvernement espagnol. V. FATTAL Paul. « Pollutions du Prestige et de l'Erika : deux crises aux enjeux différents », in : *Rev. Géographique des Pyrénées et du Sud-Ouest européen*, tome 17, 2004. Nuisances urbaines (Coordonné par Jean-Noël SALOMON) sous la direction de Jean-Noël SALOMON. pp. 61-75.

¹⁸⁴⁸ Les procédures et les instructions sont définies dans un arrêté préfectoral qui porte création de ces zones et réglemente ce service. V. par ex : <https://www.marseille-port.fr/accueil-navire-service-de-traffic-maritime> et <http://www.dunkerque-port.fr/fr/capitainerie/service-traffic-maritime-dunkerque.html>.

¹⁸⁴⁹ Le fait de considérer un navire comme étant en difficulté dépend de plusieurs éléments internes (état de la coque, fonctionnement des appareils à gouverner et de propulsion, etc.), et externes (environnement géographique et météorologique, etc.) Selon un rapport, la simple panne d'un auxiliaire (par exemple d'une pompe d'assèchement) peut avoir des conséquences radicalement différentes, selon que le navire est sur mer calme ou en pleine tempête, loin des côtes, ou au contraire près des secours, etc. V. Rapport n° 2003-0031-02 le 19/06/2003 sur « *Navires en difficulté et recours aux lieux de refuge* » rédigé par Henri HORNUS, et autres, en collaboration avec le secrétariat général de la mer, p.19.

¹⁸⁵⁰ Qui désigne l'autorité compétente pour imposer l'entrée d'un navire en difficulté en application de l'article 20 de la directive n° 2009/17/CE du Parlement européen et du Conseil, car « *Les États membres désignent une ou plusieurs autorités compétentes qui ont l'expertise requise et le pouvoir, au moment de l'opération, de prendre de leur propre initiative des décisions en ce qui concerne l'accueil de navires ayant besoin d'assistance* ».

mesure et a été pris pour donner suite à plusieurs textes nationaux et européens en la matière¹⁸⁵¹. Il découlait du premier article de ce décret que « *lorsqu'un navire en difficulté a besoin d'assistance, le préfet maritime ou, outre-mer, le délégué du Gouvernement pour l'action de l'Etat en mer peut, afin d'assurer la sécurité des personnes ou des biens ou de prévenir des atteintes à l'environnement, décider, après avis du préfet ou du haut fonctionnaire de zone de défense et de sécurité, que ce navire sera accueilli dans un port qu'il désigne. Il enjoint alors à l'autorité portuaire d'accueillir ce navire.* »¹⁸⁵². Cette disposition aurait pour effet de prévenir un naufrage en mer de ces navires et d'éviter une pollution marine due à ce naufrage, même si elle découle d'une imposition de l'Etat à l'autorité portuaire sans qu'il ait été procédé à la moindre concertation. Elle peut, par ailleurs, constituer une charge importante sur les gestionnaires des ports¹⁸⁵³.

852. Il convient de poser la question du rôle de l'autorité portuaire concernant la qualité de l'air, le changement climatique¹⁸⁵⁴ et l'émission de poussière¹⁸⁵⁵. Il faut noter que l'autorité portuaire, lors de l'évaluation ayant précédé des programmes et plans, ainsi que dans l'étude d'impact antérieure à un projet de développement portuaire, doit prendre en compte le climat comme élément essentiel de ces évaluations, puisque et selon le code de l'environnement¹⁸⁵⁶, le climat fait partie des facteurs sur lesquels peuvent peser des incidences notables directes ou indirectes¹⁸⁵⁷.

853. La nouvelle gouvernance au sein des **GPM** est censée assurer une conformité des projets portuaires avec le droit de l'environnement, et ce par le biais du contrôle *a priori* que le conseil de surveillance doit exercer sur les projets stratégiques. De surcroît, au sein du nouveau conseil de développement, se trouvent des « *représentants d'associations agréées de défense de l'environnement et, au moins pour un quart* »¹⁸⁵⁸, ce qui implique un contrôle par cet organe

¹⁸⁵¹ Notamment le préambule de la directive n° 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 27 juin 2002 relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi des navires, L'ordonnance n° 2004-691 du 12 juillet 2004 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports a créé un article L 361-1 du Code des ports maritimes (abr).

¹⁸⁵² C'est la formulation de l'article R 304-12-I du Code des ports maritimes comme prévue par ce Décret.

¹⁸⁵³ V. REZENTHEL Robert, « Le décret du 2 février 2012 et l'accueil des navires en difficulté : Une décision lourde de conséquences pour les gestionnaires de ports », *DMF*, n° 735, 1 avril 2012, p. 378-385.

¹⁸⁵⁴ V. BOILLET Nicolas, « Les infrastructures portuaires et les changements climatiques », *DMF*, n° 815, 1er juillet 2019.

¹⁸⁵⁵ MARCADON Jacques, « Les ports de commerce, l'environnement et la gestion intégrée du littoral (Ports of trade, the environment and integrated management of the coast) », *Bulletin de l'Association de Géographes Français*, vol. 76, n° 2, 1999, p. 204-211.

¹⁸⁵⁶ Art. L 122-1III 3° du Code de l'environnement.

¹⁸⁵⁷ L'article R 122-5 C. env. précise que l'étude d'impact doit contenir la description des incidences du projet sur le climat et de la vulnérabilité du projet au changement climatique.

¹⁸⁵⁸ Art. R 5312-36 du Code des transports.

consultatif¹⁸⁵⁹ pour assurer la conformité exigée. Mais le port doit-il se limiter à jouer un rôle préventif dans la protection de l'environnement ? Comment peut-il constituer un acteur effectif dans la réalisation de la conciliation entre les divers intérêts ?

B- La réalisation des objectifs de développement durable à la croisée des intérêts dans les ports maritimes : un cadre volontaire de la gestion

854. La réalisation des objectifs de développement économique durable doit être planifiée au niveau national (1). Dans le même temps, en plus de son rôle en tant que gardien du respect de la réglementation dans ce domaine, le gestionnaire public portuaire devra veiller à la mise en place de cette politique en assumant un rôle de plus en plus important en tant qu'aménageur incitateur dans cette perspective (2).

1) Le rôle crucial des collectivités publiques dans la réalisation d'un développement durable

a. Le rôle important de l'Etat dans la définition des lignes directrices au niveau national

855. La réduction de la pollution dans les ports consiste dans la réalisation des objectifs du report modal. L'État, dans le cadre de sa stratégie portuaire, devra accompagner le développement des capacités portuaires et créer les conditions d'une desserte terrestre efficace des **GPM** français par les modes de transport massifiés, ferroviaire et fluvial. En partant de cette priorité accordée au transport massifié, la loi Grenelle de l'environnement engage l'Etat « *en matière d'infrastructures, à accorder une priorité aux investissements ferroviaires, fluviaux et portuaires, tout en tenant compte des enjeux liés au développement économique et à l'aménagement et à la compétitivité des territoires. Il soutiendra le développement des trafics massifiés de fret ferroviaire et fluvial, du transport combiné ferroviaire, fluvial et maritime, des autoroutes ferroviaires et des autoroutes de la mer* »¹⁸⁶⁰. L'article 36 de la loi donne la priorité

¹⁸⁵⁹ Art. L 5312-11 du Code des transports.

¹⁸⁶⁰ L'article 11, de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (*dite loi Grenelle 1 : Journal Officiel du 5 Août 2009*).

au transport non polluant au niveau de la politique des marchés publics et des infrastructures et par l'évolution du bonus-malus¹⁸⁶¹. La collaboration que les **GPM** doivent réaliser peut aussi être liée à des objectifs de ce report modal.

Le port doit assurer une articulation poussée avec son arrière-pays en privilégiant des transports moins polluants. En application du Grenelle de l'environnement, la priorité de la politique française en la matière doit consister à privilégier certains modes de transport et mettre en avant un report modal. Dans le cadre du fret ferroviaire, le **GPM** doit investir dans le développement et, à l'intérieur de sa circonscription, dans la construction et l'investissement des voies ferrées portuaires¹⁸⁶². En ce qui concerne les ports estuariers¹⁸⁶³, il semble que le transport fluvial, pourrait constituer un objectif à mettre en place, dans le cadre de cette politique d'articulation.

856. La question du développement économique des ports maritimes a, d'ailleurs, été mentionnée dans la loi Grenelle de 2009, et ce dans la perspective de la réalisation d'un report modal, mais également de la génération d'opportunités d'emplois grâce à la relance portuaire. Ainsi, le paragraphe III de l'article 11 précise que : « *L'amélioration de la compétitivité des ports maritimes français dans la concurrence internationale et de leur desserte multimodale permettra l'accroissement du transport de fret et des activités de logistique, créateurs d'emplois et respectueux de l'environnement. L'objectif est de doubler la part de marché du fret non routier pour les acheminements à destination et en provenance de ports d'ici à 2015.* ». La programmation de l'Etat en termes d'investissement dans les transports a mis l'accent, dans l'objectif de réduire l'impact de la mobilité sur l'environnement¹⁸⁶⁴, sur l'importance de l'accélération du **report modal**, chose qui sera rendue possible, selon cette loi, par « *le soutien à une politique de transport des marchandises ambitieuse, et notamment le renforcement de*

¹⁸⁶¹ Article 36 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Titre III : Développer les transports propres pour améliorer la qualité de l'air et protéger la santé.

¹⁸⁶² Article 4 de l'Ordonnance n°2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du code des ports maritimes. Cette Ordonnance introduit une répartition des voies ferrées entre la compétence des ports maritimes et la **SNCF***.

*SNCF réseau et SNSF mobilité, et ce en fonction de la modification apportée par l'Ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹⁸⁶³ « L'estuaire est l'embouchure fluviale, soumise aux courants alternatifs de la marée. Pénétrant à l'intérieur des terres, il constitue une voie de circulation privilégiée. C'est pourquoi, l'estuaire est souvent un site portuaire privilégié, car les navires de mer font une partie du voyage en direction des villes de l'intérieur, et dans des conditions de relative sécurité », VAUTHIER-VEZIER Anne, « Chapitre I. Les mutations portuaires et économiques », in : *L'estuaire et le port : L'identité maritime de Nantes au XIXe siècle*, Rennes, PU de Rennes, coll. « Histoire », 2015, p. 13-37.

¹⁸⁶⁴ V. JOURDAN Fleur, « Loi LOM : les mobilités comme moteur de la transition écologique », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 9, 2 mars 2020, p. 25-26.

*l'accessibilité des ports, des pôles logistiques et des grands itinéraires internationaux ferroviaires, maritimes et fluviaux. »*¹⁸⁶⁵.

Cela pourrait mettre, en quelque sorte, en évidence le lien réciproque existant entre ces deux notions. Ainsi, si le développement économique doit dorénavant respecter les règles issues du droit de l'environnement, la réalisation du développement durable dépend de la relance économique et de la mise en place d'une organisation, d'une performance et d'un régime juridique qui assurent cette relance, et ce que pourrait produire au niveau de fret, une *marchandise ambitieuse*. La recherche d'un équilibre potentiel vs une certaine confrontation entre développement économique et protection de l'environnement peut se réaliser dans la définition des politiques portuaires et maritimes intégrées¹⁸⁶⁶. L'autorité portuaire doit alors trouver des formules de gestion assurant cette conciliation, puisqu'elle se positionnerait à l'égard de ces politiques en tant que moteur de conciliation.

857. La responsabilité de l'Etat dans la question du report modal a été encadrée par le droit européen, afin d'être ensuite appliquée dans les Etats membres. En application d'une directive européenne de 2014, les États membres sont tenus de garantir une couverture suffisante en points de ravitaillement pour favoriser leur « propre » mobilité dans l'UE¹⁸⁶⁷. En France c'est la loi de transition énergétique de juillet 2015 qui vise cette stratégie¹⁸⁶⁸, tout en constituant une transposition de cette directive. Ainsi, l'article 52 de cette loi précise que *«L'Etat favorise, notamment en soutenant des opérations pilotes, l'installation de systèmes de distribution de gaz naturel liquéfié et d'alimentation électrique à quai dans les ports pour les navires et les bateaux, en vue de l'implantation, au plus tard le 31 décembre 2025, sur les ports du réseau central RTE-T, d'une part, d'un nombre approprié de points de ravitaillement en gaz naturel liquéfié, et, d'autre part, d'un nombre approprié de bornes d'alimentation électrique à quai à moins qu'il n'y ait pas de demande et que les coûts soient disproportionnés par rapport aux avantages, y compris les avantages environnementaux. »*¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁵ Article 1, °4 e de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JORF n°0299 du 26 décembre 2019.

¹⁸⁶⁶ V. Par exemple : « Politique portuaire : la Commission européenne lance une réflexion globale et une consultation » Comm. De presse de la Commission à la suite de la participation de la Commission dans la conférence de ESPO *“A European Policy for Seaports – Suggestions on the way forward*, le juin 2006 à Stockholm.

¹⁸⁶⁷ Directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.

¹⁸⁶⁸ La stratégie nationale bas-carbone et les budgets-carbone qu'elle prévoit constituent de nouveaux outils.

¹⁸⁶⁹ En application de la directive 2014/94/UE du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs. Cette directive prévoit qu'en 2025, les pays de l'UE soient équipés d'une station GNL tous les 400 km au plus.

b. Le rôle des collectivités locales : un cadre à définir

858. La représentation¹⁸⁷⁰, des collectivités territoriales a été renforcée dans la gouvernance des **GPM**, dans le but de concentrer davantage les décisions prises au niveau stratégique entre les gestionnaires portuaires et les entités locales publiques, en étroite collaboration avec la gestion de la place portuaire.

859. Parallèlement, le régime juridique de l'organisation des collectivités locales a évolué, avec deux aspects distincts mais interdépendants. D'abord, il y a eu une transition vers une organisation plus intégrée visant à promouvoir un développement économique et durable, tout en prenant en compte les nouveaux enjeux de transition écologique. Cela a conduit à la création du statut de métropoles en tant qu'**EPCI**¹⁸⁷¹ (Établissement public de coopération intercommunale) depuis 2010, avec plusieurs textes législatifs ultérieurs¹⁸⁷² venant renforcer, moderniser et intégrer ce statut dans le cadre de la réforme territoriale. Il s'agit de l'affirmation du rôle des grandes agglomérations « comme moteurs de la croissance et de l'attractivité du territoire ». En même temps, des textes de nature juridique moins contraignante ont confirmé le rôle de ces métropoles dans la réalisation de la stratégie nationale de développement local, axée sur des thématiques liées à la politique nationale de développement économique durable. En 2016¹⁸⁷³, un Pacte a été signé entre l'État (Premier ministre) et les quinze métropoles, intégrant des idées émergentes autour de trois thèmes principaux : (ville « intelligente » et mobilités), (transition énergétique et environnement), et (excellence économique et rayonnement international).

860. En second lieu, il y a eu un renforcement de la participation citoyenne au niveau de la démocratie locale, notamment dans le cadre de « l'émergence de politiques climatiques locales »¹⁸⁷⁴. Un contrôle des stratégies adoptées à l'échelle locale est donc renforcé pour le

¹⁸⁷⁰ V. *supra*, 1^{ère} partie, 1^{er} titre, 2^{ème} chapitre.

¹⁸⁷¹ Le statut de métropole a été créé par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n°0292 du 17 décembre 2010.

¹⁸⁷² La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

¹⁸⁷³ Pacte Etat-Métropole signé le 6 juillet 2016, définit une « stratégie nationale de développement des métropoles fondée sur l'innovation », ce qui est qualifiée comme « l'innovation au service des territoires ». V. Site du Gouvernement, « Les politiques prioritaires ».

¹⁸⁷⁴ CROUZATIER-DURAND Florence, « L'action du citoyen par le CESER* : une nouvelle forme d'expression citoyenne » In « *Droit et climat : interventions publiques locales et mobilisations citoyennes (2022)* » sous la direction de KADA Nicolas, Université Grenoble Alpes. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, p. 159.

*Conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux. Auparavant : Conseils économiques et sociaux régionaux dont le statut est défini par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982. Ce statut a été modifié par la loi de n° 2010-177 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, qui a ajouté et confirmé l'aspect environnemental à leurs compétences.

l'engagement des collectivités publiques dans les enjeux de développement durable. C'est la région qui assume le rôle de chef de file de la politique environnementale, notamment à travers l'élaboration des schémas de cohérence territoriale (**SCOT**). Les réglementations émises par ces entités contribuent à établir un cadre de protection de l'environnement dans les plans et les schémas adoptés pour réaliser un développement économique et une cohérence sociale au niveau local. De plus, leur organisation¹⁸⁷⁵ permet de plus en plus une participation citoyenne en amont afin de garantir la réalisation de ces perspectives d'un développement respectueux des impératifs sociaux et environnementaux.

861. Le rapport entre le **GPM** et les collectivités territoriales et établissements portuaires nécessite des éclaircissements. Par exemple, en matière d'urbanisme, ce rapport semble présenter des contrastes¹⁸⁷⁶. Ces contrastes se reflètent également dans l'ordonnancement juridique concernant la gestion et l'attribution des compétences¹⁸⁷⁷, créant ainsi une forme de gestion qui cherche à équilibrer le respect du droit de l'environnement et les ambitions d'attractivité économique. Il convient de noter que l'article L. 5314¹⁸⁷⁸ du code des transports attribue aux régions une compétence de principe pour « créer, aménager et exploiter les ports maritimes de commerce ». Cependant, cette attribution de compétence exclut les « grands ports maritimes »¹⁸⁷⁹ et les « ports autonomes »¹⁸⁸⁰. Par conséquent, l'intégration des politiques locales dans celles des grands ports de commerce bénéficiant du statut de **GPM** s'effectue non par un contrôle direct de gestion, mais par le biais de concertations préalables et de partenariats visant à mettre en œuvre les stratégies respectives de chaque partie.

862. Ces divers éléments, en particulier les contrastes juridiques, ainsi que le renforcement des concertations préalables à tout projet et la dispersion de l'organisation

¹⁸⁷⁵ Notamment par les CESER. *Ibid.*

¹⁸⁷⁶ Comme il le précise R. REZENTHEL, « Si des plans d'aménagement peuvent être contenus dans le projet stratégique des grands ports maritimes, c'est au titre de la gestion de leur patrimoine foncier. En revanche, le droit de l'urbanisme ne leur confère aucune compétence pour se substituer aux collectivités territoriales dans cette matière ». Rézenthel. Robert « Les ports maritimes entre le rapport de force et le rapport de droit », *op.cit.*

¹⁸⁷⁷ R. REZENTHEL exprime également cette inefficace d'ordonnancement juridique : « On a le sentiment que l'ordonnancement juridique en matière portuaire est conçu sans tenir compte des enjeux économiques et politiques mondiaux. La recherche de l'efficacité dans la gestion des ports est indéniable, mais des considérations politiques l'emportent. Par exemple, alors que la jurisprudence encourage le regroupement de la gestion des équipements portuaires, le législateur permet à toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales de demander à l'État de pouvoir gérer les ports situés dans son ressort géographique pour la totalité ou pour partie du port, individualisable, d'un seul tenant et sans enclave. », Rézenthel Robert, « L'attractivité portuaire : une stratégie complexe et évolutive », *DMF*, n° 855, 1 mars 2023, p. 252-259.

¹⁸⁷⁸ En vertu de l'article 22 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

¹⁸⁷⁹ C. transp., art. L. 5312-1.

¹⁸⁸⁰ C. transp., art. L. 5313-1.

territoriale entre les collectivités locales compétentes, les entités de coopération, les organisations civiles et les gestionnaires portuaires, peuvent se traduire dans les sciences humaines par une conflictualité¹⁸⁸¹ constante liée aux enjeux environnementaux et territoriaux dans les villes portuaires¹⁸⁸². Dès lors, il est essentiel d'établir un régime juridique liés aux **GPM** qui fasse du gestionnaire portuaire un moteur de ces enjeux de développement durable tout en respectant les impératifs environnementaux.

2) Le rôle incitateur des ports maritimes au développement durable : une perspective finaliste

863.L'autorité portuaire peut présenter un cadre incitatif à la réalisation d'un développement durable, et ce en déployant des outils à sa disposition en tant que gestionnaire et aménageur.

864.L'implication des ports dans le déploiement d'une énergie alternative, dans le cadre de la mise en place de la réduction de l'utilisation de l'énergie fossile¹⁸⁸³, a été introduite par la loi de transition énergétique de juillet 2015¹⁸⁸⁴. Il découle de ces divers instruments de programmation¹⁸⁸⁵ que les ports maritimes devraient s'adapter afin d'accueillir de nouvelles sources d'énergie, entre autres, des carburants alternatifs et des énergies renouvelables - y compris pour le fonctionnement des ports - et de réduire les flux du transport d'énergie fossile. Si le droit européen impose aux Etats membres des mesures afin de réaliser une stratégie

¹⁸⁸¹ Jean-Eudes BEURET, Anne CADORET « De l'analyse des conflits à l'étude des systèmes conflictuels : l'exemple des conflits environnementaux et territoriaux dans les trois plus grands ports maritimes français (Marseille-Fos, Le Havre et Dunkerque) », *Géographie, économie, société*, 2014/2, vol.16, p. 207-231.

¹⁸⁸² Par exemple, le GPM de Marseille a participé à l'installation des datacenters dans la ville de Marseille, ce qui a suscité la polémique et la contestation de la part de la municipalité ainsi que de plusieurs organisations écologistes. Une association entre le fonctionnement du GPMM et ces installations a même été établie par l'adjoint au Maire et a été relayée par la presse. V. Bérénice Rolland « [Data centers : pourquoi la ville de Marseille veut freiner les installations ?](#) », *France-inf*, 5 janvier 2023. La journaliste précise que « Autre point d'inquiétude, la gourmandise en énergie pour alimenter et refroidir ces mastodontes : "Ça fait peser l'incertitude sur l'électrification des navires à quai", cheval de bataille de la ville, notamment pour les ferries et les navires en réparation qui pour l'instant font tourner leurs moteurs, causant de la pollution, craint un autre adjoint au maire, l'écologiste Sébastien Barles. ».

¹⁸⁸³ Article L100-4 du code de l'énergie. Il convient de noter que, depuis une modification portée de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, les objectifs de la politique énergétique nationale de cet article, sont ainsi prévus pour répondre à une « situation d'urgence écologique et climatique ».

¹⁸⁸⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸⁸⁵ La loi de transition énergétique de 2015 fixe une nouvelle stratégie en matière d'énergie et de climat et de nouveaux instruments de programmation et de planification. Parmi les nouveaux outils figurent la stratégie nationale bas-carbone et les budgets-carbone qu'elle prévoit. Les autres documents de planification doivent prendre en compte cette stratégie nationale bas-carbone.

nouvelle d'énergie alternative, le législateur a confié aux ports la responsabilité du déploiement, par des opérations pilotes, d'énergies alternatives comme l'électricité à quai ou la distribution de gaz naturel liquéfié (**GNL**)¹⁸⁸⁶. Cette mesure revêt d'autant plus d'importance que la loi sur la transition énergétique a mis en place un objectif consistant, pour 2020, à réduire la proportion de soufre présente dans le carburant de taux 3,5 à 0,5¹⁸⁸⁷.

Quant aux solutions à la portée des ports, elles peuvent concerner les émissions des navires dans le port, ou celles résultant des activités portuaires¹⁸⁸⁸. L'importance de cette mesure s'explique quand l'on sait qu'un navire à quai peut constituer une source importante de pollution, qui peut équivaloir à la pollution d'environ 30 000 véhicules¹⁸⁸⁹. Ce constat est d'autant plus important étant donné l'augmentation du nombre des escales, ainsi que la multiplication des « géants des mers »¹⁸⁹⁰.

865. La question qui se pose consiste à savoir comment organiser ce cadre incitatif de la part du port et s'il s'agirait là d'une mesure liée à la puissance publique ou plutôt d'un cadre partenarial. Il semble que le rôle incitateur de ce dernier peut relever d'une politique commerciale adéquate de la part des autorités portuaires et qui revêt la forme de partenariats, qui doivent être effectués avec des opérateurs des terminaux et des armateurs. Ainsi, concernant ces derniers, le **GPM** peut procéder à une incitation à la transition énergétique des navires. L'autorité portuaire peut mener une politique de promotion commerciale des ports, tout en

¹⁸⁸⁶ Article L 1231-15 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relatif à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸⁸⁷ Selon certains députés, ce taux n'a pas constitué un durcissement assez suffisant au regard des enjeux sanitaires et sociétaux, notamment du fait que d'autres pays ont procédé au renforcement de ces exigences avec un taux de 0,1 %, comme la zone **SECA** en mer Baltique ou sur les côtes des États-Unis. V. Question écrite avec réponse n° 5722, 20 février 2018 – Pollution, Mme Cécile Muschotti – Ministère de la Transition écologique et solidaire. Mme Cécile Muschotti interroge M. le ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire, sur la pollution présente dans les principaux ports de la Méditerranée française, notamment à Toulon et sur les mesures prises par l'Etat afin d'accompagner les collectivités territoriales « *souhaitant rendre propres les ports de leur territoire et plus précisément sur le durcissement de la norme en matière de soufre dans le carburant* ». <https://www.nosdeputes.fr/15/question/QE/5722>.

¹⁸⁸⁸ Consistant, en particulier, à « réduire la vitesse des navires à l'approche des ports, à développer l'approvisionnement en électricité des quais afin de limiter les émissions des moteurs annexes des navires ou à utiliser un outil d'évaluation de la performance environnementale des navires (Environmental Ship Index) afin de connaître les émissions (de polluants) des navires accueillis dans les ports. En ce qui concerne les activités dans les ports, les actions sont nombreuses et concernent la réduction ou le fait d'éviter des émissions en agissant auprès des opérateurs assurant la manutention et des concessionnaires du domaine portuaire, la promotion des solutions communes d'économie d'énergie, le développement des services portuaires durables (remorqueurs) et, d'une manière générale, l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments, installations et véhicules du port... Les ports peuvent suivre un processus de certification dans le but d'obtenir une norme ISO 14001 sur le respect d'un système de management environnemental. », BOILLET Nicolas, « Les infrastructures portuaires et les changements climatiques », 2019, *op. cit.*

¹⁸⁸⁹ Selon l'estimation faite par Air PACA (expert de la surveillance de la qualité de l'air en charge de l'information des populations).

¹⁸⁹⁰ <https://www.atmosud.org/article/de-la-meditteranee-au-quai-du-port-agir-pour-la-qualite-de-lair>.

favorisant l'utilisation d'instruments en transport maritime moins polluants. Par exemple, le gestionnaire portuaire peut recourir à l'incitation des capitaines de navires à utiliser l'énergie électrique de ce réseau, et ce afin de limiter l'usage des moteurs auxiliaires et de leurs machines pendant les escales¹⁸⁹¹. Le partenariat nécessite, afin de réaliser l'attractivité portuaire en respectant la transition énergétique¹⁸⁹², une adaptation et un aménagement de leurs moyens au regard de l'innovation technologique. En aménageant un dispositif de connexion des navires avec le réseau électrique, les ports constitueront des « *acteurs incontournables au déploiement des énergies marines renouvelables* »¹⁸⁹³.

866. Le rôle du port peut s'étendre à un volet aménageur et créateur de ses propres ressources énergétiques. La création de l'énergie renouvelable représente une démarche importante que le port peut, par exemple, mettre en place et qui consiste notamment en la récupération de l'énergie des vagues¹⁸⁹⁴. En ce sens, la réalisation d'une « symbiose écologique » ou d'économie circulaire¹⁸⁹⁵, nécessite une collaboration avec des entreprises spécialisées dans l'innovation technologique afin d'améliorer l'utilisation des ressources, comme c'est le cas concernant le projet *Sedinnove* de **HAROPA** dans le port de Rouen¹⁸⁹⁶, qui a pour objet le développement de la valorisation des sédiments de dragage. Un autre exemple concernant le déploiement de l'énergie renouvelable est celui du **GPM** de **HAROPA**. Dans le cas des bateaux fluviaux de croisière en escale à Paris, et sur l'ensemble de l'axe Seine, 12 bornes électriques ont « *été installées par l'entremise d'une coopération entre HAROPA et VNF* »¹⁸⁹⁷.

867. En plus de cet aspect d'aménagement-partenarial, le port peut avoir recours, lors de son aménagement, à d'autres outils intéressants pour la réalisation des objectifs de **DD**. Dans le cadre des projets d'aménagement, les ports adoptent différents moyens législatifs afin de limiter ou prévenir les effets néfastes sur l'environnement. En France, le recours aux mesures compensatoires constitue l'instrument le plus souvent adopté par les **GPM** dans le cadre de

¹⁸⁹¹ L. FEDI « La surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de CO² du transport maritime », *DMF*, 2017, n° 787, p. 7.

¹⁸⁹² Étienne BERRIER, « L'innovation portuaire au service de la transition énergétique », *l'Antenne*, 20 novembre 2020.

¹⁸⁹³ « Les ports français, acteurs incontournables du déploiement des énergies marines renouvelables » Note réalisée par l'Observatoire des énergies de la mer du Cluster Maritime Français, en partenariat avec l'Union des Ports de France, 8 octobre 2020.

¹⁸⁹⁴ La digue de Dikwe par le Groupe Legendre.

¹⁸⁹⁵ Au titre de la loi de la transition énergétique et la croissance verte Titre IV.

¹⁸⁹⁶ <https://www.haropaports.com/fr/actualites/sedinnove-laureat-2019-de-lami-pour-une-economie-circulaire-en-normandie>.

¹⁸⁹⁷ Étienne BERRIER, « L'innovation portuaire au service de la transition énergétique », *op. cit.*

l'application du principe **ERC**¹⁸⁹⁸. C'est ainsi qu'il a été prévu de mettre en œuvre dans le port de Nantes-Saint-Nazaire des mesures compensatoires dans le cadre des travaux d'extension du secteur de *Donges-Est*¹⁸⁹⁹. L'objectif était d'éviter la destruction de l'écosystème de l'estuaire caractérisé par une certaine fragilité, et ce par le biais de la reconstitution des vasières et de la roselière, ainsi que de la création de mares, lagunes, talus et autres nichoirs artificiels¹⁹⁰⁰.

Certains ports, comme celui d'Amsterdam, ont prévu des démarches plus poussées dans leurs initiatives pour adapter sur le plan mondial leur politique générale au droit de l'environnement, ainsi l'autorité portuaire d'Amsterdam s'est engagée dans des programmes de reforestations en Malaisie¹⁹⁰¹.

Cependant, parmi les ports voisins concurrents des **GPM** français, le port d'Anvers se présente comme un pionnier des ports durables¹⁹⁰², ce en mettant en place les objectifs de développement durable **ODD** définis par les Nations Unies. Il travaille dans le cadre d'un réseau international de ports durables. Les ports français peuvent suivre ces objectifs afin de pouvoir prouver leur capacité de compétition économique, ce dans un contexte de respect des objectifs du **DD**.

868. Les projets portuaires peuvent également viser une politique industrialo-portuaire en conformité avec les recommandations et les règles en vigueur. Par exemple, le projet *PIICTO* (Plateforme Industrielle et Innovation de Caban Tonkin), a pour ambition de mettre en place un schéma d'écologie industrielle à l'échelle de la zone industrialo-portuaire de Fos-sur-Mer, ou encore, d'assurer la reconversion de la raffinerie de la Mède en *bio-raffinerie*¹⁹⁰³. Le **GPM** de Rochelle¹⁹⁰⁴ précise, parmi ses actions figurant dans sa charte concernant le développement durable de la place portuaire, l'identification des synergies de matières et d'énergie possibles

¹⁸⁹⁸ Eviter-Réduire-Compenser, principe introduit en droit français par la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. La prise en compte de cette séquence dans le droit français, sous l'influence du droit européen, a introduit un contrôle accru de la définition et la mise en œuvre des projets d'infrastructures, comme le contrôle du juge administratif sur les études d'impact. V. Ronan DANTEC, Rapport n° 517 (2016-2017) du Sénat : « Sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi », 25 avril 2017.

¹⁸⁹⁹ V. M. FAUCOMPTE, « Donges-Est : les travaux d'extension démarrent », *JMM*, 13 octobre 2006 p. 22.

¹⁹⁰⁰ V. REZENTHEL Robert, « L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », *DMF*, n° 699, 1 janvier 2009, p. 64-71.

¹⁹⁰¹ La forêt tropicale de Sabah (Malaisie), cité par R. Rézenthel dans l'avenir des ports maritimes confrontés à la protection de l'environnement.

¹⁹⁰² « Le port d'Anvers : pionnier des ports durables », document d'information UN, Centre régional d'information pour l'Union européenne, 8 juillet, 2020.

¹⁹⁰³ Panorama sectorielle de Transport, 2017.

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Panorama_sectoriel_Transport.pdf.

¹⁹⁰⁴ https://www.larochelle.port.fr/media/charte_dlpt_durable_2015_085872300_1113_29092015.pdf

entre les entreprises de la place portuaire, projet porté par l'établissement public portuaire, l'Union maritime qui regroupe les usagers du port, et le groupe *Excelia* La Rochelle (école supérieure de commerce). Ces synergies ont donné des résultats significatifs¹⁹⁰⁵.

869. Que l'objectif soit de favoriser un transport moins polluant, ou de créer des aménagements entrant dans le cadre de l'économie circulaire, ce déploiement peut engendrer des investissements importants dans certains ports. Les financements européens constituent un soutien incontournable des initiatives portuaires, lorsque ces projets nécessitent un investissement important. Des financements importants ont été apportés, par exemple, pour le déploiement de 70 bornes supplémentaires dans le **GPM HAROPA**, qui seront toutes raccordées au réseau, en 2023¹⁹⁰⁶.

870. L'implication portuaire dans de tels projets peut s'organiser par le biais d'une association à des organisations dépassant le port lui-même, comme l'Association internationale des ports¹⁹⁰⁷.

Un aspect important de cette collaboration peut d'ailleurs être concrétisé dans la relation avec les partenaires concernés par le développement économique et le progrès social dans les régions portuaires. Il s'agit d'un partenariat avec les collectivités locales. Signalons, à titre d'exemple, que le **GPM** de Marseille a développé l'approvisionnement des quais en électricité¹⁹⁰⁸, démarche qui s'inscrit dans une perspective de collaboration entre les villes et ports pour lutter contre la pollution de l'air¹⁹⁰⁹.

Ce modèle ville durable-port durable a été appliqué dans certains ports européens, ce qui est le cas du port danois de *Kalundborg*. Cela a donné lieu à des modèles de collaboration très fructueux, qui ont montré combien une grande mobilisation était importante pour réaliser des projets ambitieux, en vue du progrès social, de la protection de l'environnement et du développement économique. Il s'agit de mettre en place ce qui est connu comme « les symbioses industrielles », pour lesquelles le port maritime peut constituer un terrain

¹⁹⁰⁵ CROS Sophie et LERIQUE Florence, *Les ports de France, quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?*, ESKA.

¹⁹⁰⁶ Berrier. E, « L'innovation portuaire au service de la transition énergétique », *op. cit.*

¹⁹⁰⁷ *International Association of Ports and Harbors* (IAPH) : Organisation non gouvernementale, elle a mis en œuvre un programme environnemental, ainsi qu'une initiative pour le climat. <https://sustainableworldports.org/about/>. Cette initiative s'est concrétisée par l'adoption d'une déclaration des ports mondiaux pour le climat, adoptée à Rotterdam en 2008.

¹⁹⁰⁸ « Le Grand Port Maritime de Marseille se lance dans l'électrification des navires à quai », *La rédaction du Le Monde*, 10/02/2018

<https://www.lemondedelenergie.com/marseille-port-electrification-navires/2018/02/10/>.

¹⁹⁰⁹ Notamment par les chartes ville-Port.

important¹⁹¹⁰. L'adoption d'une politique environnementale par le port est un élément essentiel dans la réalisation de cette écologie industrielle et d'une gestion intégrée avec les partenaires concernés par le développement de l'activité portuaire.

871. Le régime juridique mis en place, dans le cadre de l'organisation européenne en la matière, ne se limite pas à offrir des subventions et des financements. D'autres outils juridiques ont été mis à la disposition des ports afin de déployer cette politique d'incitation et de promotion commerciale « amie de l'environnement ». Par exemple, en fonction du droit européen, les ports disposent d'une possibilité de se prévaloir de certaines règles concernant la création de l'énergie à quai et assurant l'attractivité portuaire, lorsqu'un Etat membre peut, en fonction d'une directive européenne de 2003, solliciter la Commission¹⁹¹¹ pour avoir une autorisation consistant en la réduction de la taxe à l'électricité directement fournie aux navires se trouvant à quai, et ce conformément à l'article 19¹⁹¹² de celle-ci¹⁹¹³. La France a sollicité la Commission¹⁹¹⁴ afin de mettre en place cette mesure et le Conseil a donné son accord¹⁹¹⁵.

872. Ce côté partenarial peut relever d'un pouvoir de négociation mettant en avant les objectifs du **DD**, que l'autorité portuaire doit assurer en tant que gestionnaire de l'ensemble portuaire. Le contrat constitue en ce sens un champ important de négociation dont l'autorité peut se prévaloir afin d'effectuer ces missions, et ce par le biais des conventions conclues avec des entreprises exploitantes dans les ports, donc, en fonction de l'article L 5312-14-1 du Code des transports lié à la convention de terminal. « *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.* »¹⁹¹⁶. Le rôle du port, en tant que partie prenante dans le développement durable, portuaire, territorial, national et européen, se joue davantage sur ce lien étroit entre le service

¹⁹¹⁰ DIEMER. A. « Les symbioses industrielles : un nouveau champ d'analyse pour l'économie industrielle », *Innovations*, vol. 50, n° 2, 2016, pp. 65-94.

¹⁹¹¹ Pour qu'elle fasse une proposition au Conseil, qui doit statuer à l'unanimité.

¹⁹¹² « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut autoriser un État membre à introduire des exonérations ou des réductions supplémentaires pour des raisons de politique spécifiques* ».

¹⁹¹³ Directive 2003/96/CE Du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité.

¹⁹¹⁴ COM (2020) 498 final, du Gouvernement à l'Ass. N, et au Sénat, portant proposition de décision d'exécution du Conseil autorisant la France à appliquer un taux réduit de taxation à l'électricité directement fournie aux navires se trouvant à quai dans un port conformément à l'article 19 de la directive 2003/96/CE.

¹⁹¹⁵ « *Article premier : La France est autorisée à appliquer un taux réduit de taxation à l'électricité directement fournie aux navires, autres que les bateaux de plaisance privés, se trouvant à quai dans les ports (« électricité fournie par le réseau électrique terrestre »), à condition que les niveaux minimaux de taxation visés à l'article 10 de la directive 2003/96/CE soient respectés.* ».

¹⁹¹⁶ Création par la Loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (JORF n°0299 du 26 décembre 2019) - art. 131.

public de la protection de l'environnement, d'un côté, et la promotion commerciale des ports, de l'autre.

Conclusion du chapitre II

873. Dans le secteur portuaire, concilier les obligations de protection de l'environnement avec les impératifs de relance économique constitue un défi de nature principalement juridique. Bien que la protection de l'environnement soit solidement encadrée sur le plan juridique, elle peut néanmoins influencer les stratégies de développement économique portuaire. L'enjeu ne réside-t-il pas dans la quête d'un équilibre juridique entre la préservation d'un aspect de plus en plus prégnant du droit et la planification économique des **GPM** ?

874. En effet, et sur le plan théorique, il peut s'agir d'une recherche d'une « éthique d'une équité environnementale »¹⁹¹⁷. Lorsque, et comme subtilement développé par N. Naim-Gesbert, « rien ne sert d'opposer économie et écologie comme des troupes en un face à face fantasque dans le pré des procès du jour, et qui ne laisse à voir que plaies et larmes. Laissons de côté le venin du piétinement, déplaçons plutôt le centre de gravité afin d'avancer sur ce chemin d'une loi plus souveraine et plus juste. Pensons autrement, sur un fond épistémologique, car des sciences, naissent les systèmes ».

875. Effectivement, le rôle du port est crucial, en raison de son statut public. D'une part, il représente l'État et collabore avec les collectivités territoriales, ainsi qu'avec les institutions attentives aux enjeux environnementaux locaux. D'autre part, il est de plus en plus engagé dans des négociations avec les parties prenantes, traitant des questions de développement économique et de préservation de l'environnement.

876.A. Rainaud¹⁹¹⁸ évoque « le port du futur qui mêle les aspects énergétiques et climatiques aux réalités de l'importance des échanges commerciaux maritimes ». Ce rôle du « port futur » peut alors être assumé à « la lumière des initiatives avancées par des ports concurrents, de façon à ce que la recherche d'un progrès économique et de rentabilité financière au sein d'un marché juridiquement organisé, normalement, selon les principes d'un marché libéral, ne soit pas réalisé au détriment des impératifs découlant de la protection d'un « chose commune ».

¹⁹¹⁷ NAIM-GESBERT Eric, « Economie et droit de l'environnement : définir deux postulats pour une éthique », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Sire*. Dir : Olivier Devaux, Editions : Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 415-427.

¹⁹¹⁸ ANNE RAINAUD, « La question environnementale dans les ports », in *Les ports en France: quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?* Dir : CROS Sophie et LERIQUE Florence, Paris, Editions Eska, coll. « Stratégie, management et organisation », 2021, p. 139.

877. En effet, les obligations légales visant à protéger le patrimoine contraignent le port, à la fois en tant qu'aménageur public et acteur commercial. Il doit s'efforcer de s'adapter aux principes émergents du développement durable, même si ces principes sont soumis à des évolutions juridiques en constante mutation, reflétant ainsi les changements culturels.

CONCLUSION DU TITRE II

878. Dans le cadre de l'exploitation des **GPM**, le concept de port aménageur met en avant l'idée de ports partenaires, particulièrement lors de la réalisation de projets visant un développement durable dans le domaine portuaire. Ces projets impliquent la collaboration avec d'autres gestionnaires d'infrastructures de transport, tels que les collectivités locales et les autres ports concernés, liés par divers facteurs.

879. Le **GPM** est propriétaire de son domaine, mais de nouvelles finalités émergent, en plus des objectifs traditionnels de préservation et de sécurité. Ces nouvelles finalités sont davantage axées sur l'exploitation économique de ce domaine. Ainsi, en parallèle des lois visant à assouplir la domanialité publique, le gestionnaire portuaire pourrait, en collaboration avec d'autres partenaires, créer un cadre favorisant l'exploitation économique du **GPM**. Cela est d'autant plus envisageable puisqu'il a de plus en plus de contrôle sur les ressources liées à l'activité économique portuaire, telles que les zones industrialo-portuaires et les **VFP**. Toutefois, il doit concilier ces objectifs économiques avec les règles et régulations européennes, internationales et nationales qui encadrent cette activité.

880. Compte tenu du renforcement croissant de la réglementation environnementale, un port économiquement développé ne peut prétendre à la durabilité et à la préservation du patrimoine commun sans s'engager dans des projets conformes aux normes en vigueur. Cela implique l'application rigoureuse des règles de protection de l'environnement dans toutes les activités portuaires.

881. Le gestionnaire portuaire peut jouer un rôle crucial allant au-delà de la simple conformité réglementaire. En s'impliquant activement dans la réalisation des objectifs de développement durable, il contribue aux projets portuaires qui répondent à ces défis, favorisant ainsi la prospérité économique de la région portuaire.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

882. La distinction entre le port aménageur et le port partenaire reflète une division des missions établie par la loi portant réforme portuaire. Cette distinction traduit également une différence dans les objectifs de l'État en tant qu'entité stratège et en tant qu'actionnaire. Pourtant, les deux ont pour objectif commun de promouvoir un intérêt portuaire d'ordre économique, tout en tenant compte des impératifs de durabilité. Ces objectifs sont régis par un ensemble de règles relevant à la fois du droit public et du droit privé, lesquelles se multiplient dans la gestion portuaire pour englober de nouvelles notions. Ainsi, le droit portuaire devient de plus en plus complexe et composite, plus composite qu'auparavant¹⁹¹⁹.

883. De la sorte, si l'aménagement constitue une mission du gestionnaire portuaire répondant principalement à des attentes locales, d'autres missions visent à répondre à des attentes plus globales. Cependant, pour surmonter les défis d'aménagement et « *mettre en œuvre une politique d'aménagement efficace, l'autorité portuaire doit pouvoir conclure des partenariats* »¹⁹²⁰. Cette nécessité découle de différentes considérations financières et juridiques, qui exigent un changement de paradigme dans l'approche de l'exploitation des infrastructures portuaires, ainsi que dans la plupart des autres infrastructures de transports et dans les secteurs économiques historiquement marquées par une forte intervention publique.

884. La législation joue un rôle crucial dans la redéfinition des rôles entre les acteurs, en établissant des lignes d'action claires et en imposant des limites à leurs actions. D'un côté, elle élargit le champ d'action économique des **GPM** en leur permettant de maîtriser davantage de moyens de production, tels que la création de nouveaux instruments contractuels, la maîtrise et gestion des **VFP**, la possibilité d'investir au-delà de la *circonscription administrative*, et la mise en place de nouvelles entités de coordination et de fusion basées sur des intérêts communs. De l'autre côté, elle définit précisément le cadre juridique de la mise en place de ces moyens, contribuant ainsi à façonner un environnement juridique portuaire en constante évolution.

¹⁹¹⁹ R. REZENTHEL, « Le droit portuaire : la lettre et l'esprit des textes », *DMF* n° 813, 1er mai 2019, p. 452-465, *op. cit.*

¹⁹²⁰ L. FEDI, La consécration et les défis du port aménageur, sur *Colloque organisé par (IMTM - Marseille) GÊNES, les 13 et 14 juin 2013*, *DMF*, n° 753, 2013, *op.cit.*

885. Le rôle du port demeure essentiel dans la conduite générale sur la place portuaire. Il concrétise à nouveau la décentralisation fonctionnelle de l'Etat dans l'action portuaire, qu'elle soit de nature commerciale et industrielle, ou régaliennne, l'objectif de l'intérêt public peut être accompli sous cette forme classique en droit administratif. Cependant, en ce qui concerne les réformes portuaires à « objectif économique » consistant en une modernisation et une relance, certes le régime juridique a été modifié, mais les défis et les contraintes sont majeurs, ainsi que la concurrence avec les autres ports, c'est pourquoi il serait évidemment opportun d'envisager de nouvelles perspectives et d'autres démarches, même si cela pourrait commencer au niveau pratique et empirique, afin de pouvoir, éventuellement, se développer vers une politique juridique adaptée.

CONCLUSION GENERALE

886. Dans les sciences économiques actuelles, l'étude de l'économie portuaire a tendance à être appréhendée distinctement de l'économie maritime¹⁹²¹. Or, les études juridiques menées sur ce point dépendent depuis longtemps de deux régimes distincts. Cette distinction se justifie par la présence, dans le port, d'autres valeurs que de celles issues de la conception purement économique. Cependant, il semble que la perception économique de celui-ci gagne de plus en plus d'ampleur, ce qui introduit non pas un effacement des autres perceptions possibles, mais une transformation de leur périmètre, ainsi qu'une redéfinition des grandes lignes marquant les principes juridiques appliqués à la gestion portuaire.

887. Si le débat politique autour de l'opposition entre le secteur public et privé dans l'exploitation des diverses infrastructures demeure d'actualité, la question juridique suscite un vif intérêt quant à la voie la plus appropriée pour établir des partenariats et pour donner une forme évolutive à la délégation adoptée dans leur gestion depuis un certain temps. Il est crucial de déterminer si le régime juridique reflète des idéologies successives ou s'il suit sa propre évolution tout en garantissant le respect des objectifs économiques et de l'intérêt général.

888. La transformation du droit public de l'économie au sein des **GPM** s'est opérée par le biais de l'adaptation du droit administratif, permettant ainsi la conciliation entre les règles du droit public et celles du droit privé appliquées respectivement à l'administration et aux acteurs privés dans leurs partenariats portuaires. Cette évolution pourrait introduire une dynamique d'interaction appropriée entre les choix politiques internes et les contraintes économiques externes

889. Une telle démarche peut, enfin, consacrer la « transformation du droit portuaire en droit commun ».

890. La mutation de la gestion et de l'exploitation portuaires, caractérisée par la contractualisation, va au-delà d'une simple réponse palliative aux défis posés par l'économie de marché pour la gestion publique. Elle engendre « *un conventionnalisme diffus* » et

¹⁹²¹ Theo E. NOTTEBOOM, Athanasios A. PALLIS, Peter W. DE LANGEN & Aimilia PAPACHRISTOU (2013) Advances in port studies: the contribution of 40 years Maritime Policy & Management, Maritime Policy & Management, 40:7, 636-653, DOI: [10.1080/03088839.2013.851455](https://doi.org/10.1080/03088839.2013.851455).

« l'apparition de mécanismes de rechange qui concourent au brouillage des catégories traditionnelles du droit »¹⁹²². Ainsi, plutôt que d'être considérée comme un simple remède, la contractualisation peut être vue comme un nouvel instrument juridique au service de l'entité publique pour sa gestion portuaire, s'alignant sur la nouvelle organisation matérielle du secteur portuaire. Cette nouvelle gouvernance est indissociable de la mise en œuvre de ces nouvelles techniques, notamment en termes de conventionnalisme.

891. Le nouveau cadre juridique redéfinit principalement le rôle du gestionnaire portuaire. Dans cette perspective, la liberté de gestion constitue un élément essentiel, parallèlement à la liberté du commerce et de l'industrie reconnue en droit commercial. Les rapports sur la question mettent en avant les objectifs visant à innover le rôle de l'autorité portuaire et à définir son positionnement par rapport à divers enjeux émergents. Désormais, elle doit assumer ce rôle au sein d'une multitude de paramètres d'intérêt.

892. En effet, à la suite d'une analyse de diverses sources juridiques dans le domaine portuaire, deux lignées juridiques se distinguent : l'une concerne la **gestion des ports**, tandis que l'autre se définit par rapport au régime de l'**exploitation des infrastructures** et des services portuaires. Dans tous les cas, deux observations peuvent être faites. Premièrement, toutes les mesures visant à améliorer la gestion et l'exploitation ont modifié ces aspects juridiques, notamment en droit administratif, en introduisant des **assouplissements** pour les adapter à la **conception économique** des ports. Deuxièmement, ces deux lignées se **complètent** de manière continue, malgré la distinction de leur régime juridique découlant de la définition de ce qui relève ou non d'un service public **administratif**.

893. Qu'il s'agisse de la gestion ou de l'exploitation, le paradigme adopté met en évidence un rapprochement entre le droit portuaire et le droit privé.

894. L'établissement public portuaire présente des caractéristiques pouvant mettre en évidence certaines contradictions dans ses missions générales : d'un côté, les missions de régulation économique et administrative, et de l'autre, celles de l'investisseur économique agissant comme une entité de droit privé. La recherche pour surmonter ces limites doit être développée dans plusieurs dimensions juridiques, qui doivent d'ailleurs être appliquées avec transparence et garanties de sécurité juridique.

¹⁹²² MOCKLE, Daniel. « La gouvernance publique et le droit. » *Les Cahiers de droit*, volume 47, n° 1, 2006, p. 89–165.

895. La modernisation de la gouvernance représente la clé pour promouvoir les infrastructures en général, y compris celles des ports. Les lois visant à moderniser la performance et la gouvernance de ces derniers se sont succédées, témoignant ainsi de l'importance que la politique publique accorde à ce secteur. En temps normal, toute infrastructure est soumise à des politiques publiques élaborées par les gouvernements à travers le monde. Cependant, ces politiques revêtent une dimension particulière lorsque ces infrastructures sont le pivot de plusieurs secteurs économiques et régaliens, comme c'est le cas des ports maritimes.

896. Tout au long de cette étude, nous avons tenté de montrer que la recherche visant à améliorer juridiquement le modèle économique des **GPM** n'a pas cessé depuis l'alerte économique lancée en 2007. Cependant, la question de savoir si les démarches juridiques entreprises sont appropriées demande encore du recul pour permettre à l'autorité portuaire, avec ses nouvelles responsabilités, d'évaluer l'efficacité des instruments mis en place. Il est également crucial de souligner l'importance de responsabiliser les entreprises privées dans le contexte d'une économie mondialisée et d'un marché commun en Europe. L'enjeu de « l'équilibre financier », notamment en ce qui concerne les intérêts des parties aux conventions portant sur la prestation des services portuaires, ne doit pas compromettre la durabilité des ressources et des enjeux sociaux dans les zones portuaires. L'objectif ultime de toute autorité portuaire optimisée est de servir de moteur dans ce sens.

897. Cependant, en vertu de cette thèse portant à titre principal sur la pertinence du régime juridique portuaire des **GPM** avec les défis économiques et d'intérêt général, nous pouvons souligner certaines observations et points *théoriques* et *pratiques*.

898. Au **niveau théorique**, il est possible de constater que la relation entre l'intérêt général et le droit oscille entre flexibilité et rigueur. Ainsi, il semble se produire certaine instrumentalisation de la notion de l'intérêt général comme objet et objectif qui justifie la mise en place de **la majorité** des régimes juridiques appliqués dans les ports. Ce régime crée ses traits dans un modèle renouvelé tenant à de nouvelles notions : comme l'**équité**, le **droit souple**, la mise en œuvre d'un **libre jeu de volontés** s'inscrivant dans la **modernisation** de l'action économique des personnes publiques. Le régime juridique **impératif** quant à lui se limite à un aspect administratif de sécurité et protection de l'environnement. Il en résulte que le régime juridique présente des éléments de variation, lui conférant dans ses applications une grande flexibilité, générateur aussi d'incertitude.

899. A ce stade, la question se pose pour savoir si le régime juridique variable favorise ou non le développement économique des ports maritimes. Trois points sont à considérer à cet égard.

900. Premièrement, le régime juridique découlant de la qualification de la convention de terminal varie entre application du régime de la domanialité publique ou de la commande publique. C'est un constat qui peut être **intéressant** mais qui **ne stabilise** pas son régime.

901. Deuxièmement, il convient de noter la combinaison nécessaire mais incertaine en pratique entre le droit de la concurrence et le régime du service public, particulièrement suite à la privatisation de l'activité de manutention portuaire. La **transparence** devient le trait majeur commun entre le droit européen et le droit français du service public. Pour être en conformité avec les règles relevant du régime de droit de la **concurrence** ; de la **commande publique** et de la **propriété** des personnes publiques, l'autorité portuaire doit veiller au respect de ce principe.

902. Troisièmement, l'intérêt économique se confronte à des réglementations environnementales. Les plans adoptés par les **GPM** doivent prendre en compte cette donnée **prioritaire d'intérêt général** pour éviter des contentieux qui peuvent sanctionner le développement.

903. Dans un autre registre, des éléments de développement se manifestent dans **la pratique**, notamment avec la mise en avant des leviers juridiques conciliant le régime de gestion publique et d'exploitation, lequel s'aligne de plus en plus sur le régime du droit commun.

904. Le premier levier à souligner est la recette domaniale, qui revêt une importance capitale suite à la perte des recettes d'exploitation des équipements portuaires. La convention de terminal constitue un outil contractuel prometteur lorsqu'elle présente des caractéristiques favorables à la conciliation entre le régime domanial et les éléments intéressant les investissements. D'ailleurs, il convient de souligner le rôle crucial de R. Rézenthel dans l'établissement juridique de cette technique contractuelle, en continuité avec le régime de la convention d'exploitation de terminal au port autonome de Dunkerque depuis 1999.

905. Le deuxième levier concerne l'intermodalité et le report modal vers d'autres modes de transport, facilités par des coopérations prenant la forme de fusions autour des axes fluviaux.

906.Enfin, le troisième levier consiste à intégrer les impératifs de transition écologique et de révolution numérique dans les stratégies portuaires.

907.A la lumière de ces constatations théoriques et pratiques, nous pouvons retenir certaines réflexions concernant le choix de gestion et d'exploitation portuaire. En effet, le régime juridique de droit public en **GPM** ne devrait pas constituer un obstacle au développement, mais plutôt une logique de réflexion stratégique poussée et intégrée.

908.Comme nous l'avons observé, le choix d'une privatisation des **GPM** a été écarté. L'ouverture totale à la concurrence ne concernait que l'activité de la manutention portuaire en produisant une rationalisation de son régime. Cependant, en examinant le régime des ports mondiaux, et en prenant l'exemple significatif du statut privatisé du port grec de Pirée en 2016 au profit d'une entreprise publique chinoise, nous constatons une hausse flagrante de compétitivité ces dernières années. Toutefois, cette situation soulève des interrogations sur l'opportunité de ce choix par rapport aux impératifs de souveraineté nationale. Il semble que cette décision présente des incertitudes à long terme et soulève d'importantes questions de souveraineté.

909.En plus, et en raison de nouvelles exigences liées à *l'élargissement des paramètres de responsabilité* de l'État en matière environnementale, la confirmation des missions de police administrative apparaît cruciale et déterminante.

910.Cependant, la politique environnementale française, affirmée depuis le Grenelle de l'environnement, **ne s'harmonise pas nécessairement** avec une politique portuaire définie et paramétrée de manière claire. Cela soulève une lacune de planification harmonisée qui aide à identifier les points de convergence entre l'objectif économique et les autres composantes des politiques étatiques liées à la transition écologique et numérique.

911.Ainsi, le choix d'une **entité publique de gestion portuaire** suscite la réflexion sur **les lacunes associées à cette décision**. Il s'agit notamment d'un défaut d'une politique portuaire assurant un pilotage unifié et un sens de complémentarité. Cette situation ne permet pas d'identifier de manière précise les « **traits d'intérêt général** » dans le secteur portuaire.

912.Il est également important de chercher dans le complémentarité des politiques nationales dans d'autres domaines juridiques, notamment en matière fiscale et ferroviaire.

913. Dès lors, la mise en place d'une **politique unificatrice** des éléments écologiques, technologiques, économiques, voir fiscaux, pourrait ouvrir la voie vers une **nouvelle réforme** portuaire en améliorant la gouvernance et tirant les leçons du pratique.

914. Cette planification devrait accompagner la transformation économique portuaire, consacrant la conception du « port gouverneur », complétant, voire remplaçant la conception du « port propriétaire », dans le cadre de la considération des ports en tant que « biens communs »¹⁹²³. Ce port « propriétaire » qui maîtrise « *l'art de gouverner sa maison* »¹⁹²⁴, peut trouver l'équilibre entre les intérêts qui semblent être contradictoires mais peuvent être complémentaires.

¹⁹²³ La modernisation de la gouvernance, caractérisée dans les GPM « *peut être symbolique du « retour des communs » en constituant une forme de résistance et des alternatives à l'idéologie propriétaire et à l'exclusivisme qui lui sert de fondement* ». Ainsi, faut-il considérer les ports comme une « *ressource commune, gérée par un système de règles partagé et un mode de gouvernance associant les diverses institutions qui y œuvrent ? La qualification des ports comme bien commun emporterait-elle alors des effets en termes de leur gouvernance* ». Extrait de la présentation du Colloque « La gouvernance portuaire : pouvoir, intérêts, représentations », Le Havre, 3 et 4 mars 2022. Il est possible de se référer notamment à la notion de « bien commun » ou à la « propriété collective » dans les ouvrages d'Elinor OSTROM (*Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, New York, Cambridge University Press, 1990) et Benjamin CORIAT (*Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, éd. Les liens qui libèrent, 2015). Consultable sur : <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/appels/39564-la-gouvernance-portuaire-pouvoir-interets-representations>.

¹⁹²⁴ NAIM-GESBERT Eric, « Economie et droit de l'environnement : définir deux postulats pour une éthique », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Sire*. Dir : Olivier Devaux, Editions : Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, *op.cit.*, p. 417.

BIBLIOGRAPHIE

ENCYCLOPEDIES ET DICTIONNAIRES

- Encyclopédie française. Tome X. L'État, Réédition., Paris, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964
- **Bécet. J.-M & Rézenthel. R**, *Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral*, Presses Universitaires de Rennes, 2004
- **Beitone. A, Cazorla A & Hemdane. E**, *Dictionnaire de science économique*, Ed Dunod, 6^e édition, 2019
- **Cornu, G**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e édition, 2011
- **Kada, N. & Mathieu, M**, *Dictionnaire d'administration publique*, dir : Grenoble, PUG, Coll. « Droit et action publique », 2014
- **Rouquette. R**, *Dictionnaire du droit administratif : terminologie, expressions, noms propres*, Moniteur, 2002

OUVRAGES

- **Auguet. Y, Galokho. Ch & Riera. A**, *Droit de la concurrence : droit interne, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Ellipses, coll. « Spécial droit », 2020
- **Braconnier. S**, *Droit public de l'économie*, Thémis droit, éd. 2, 2017
- **Bizaguet. A**, *Le secteur public et les privatisations, Que sais-je ? 2414*, 2e édition refondue, 1992
- **Carré. F**, *L'essentiel du développement durable : la loi Grenelle 2 et le verdissement des politiques publiques*, Paris, Gualino-Lextenso éditions, coll. Les carrés droit, science politique, 2012
- **Chamard. H.-C**, *Droit des biens publics*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2022.
- **Chapus. R**, *Droit administratif général. Tome 1*, 13e édition., Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1999
- **Célérier. A**, *Les ports maritimes*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1965
- **Cheérot. J.-Y**, *Droit public économique*, 2e édition., Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 2007
- **Chevalier. J**, *Le service public, Que sais-je ? 1987 et (9e édition mise à jour.*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ? Droit-politique

- **Cohen. E**, *La société à mission, la loi PACTE, enjeux pratiques de l'entreprise réinventée*, 2019, éd. Hermann.
- **Colson. J.-P. & Idoux. P**, *Droit public économique* : LGDJ, 7e éd., 2014, n° 723
- **Cros. S & Lerique. F**, *Les ports de France, quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?* Ed, ESKA, 3/2021
- **Delvolvé. P**, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998
- **Duguit. L**, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition en cinq volumes., 1924, Tome 2
- **Esplugas-Labatut. P**, *Le service public*, Dalloz, 5ed, 2023
- **Foillard. Ph**, *Droit administratif*, 4e édition., Bruxelles, Larcier, coll. « Collection Paradigme Manuel », 2015
- **Fonbaustier. L**, *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2^e éd, Paris, 2020.
- **Gaudemet. Y**, *Traité de droit administratif : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics. Tome 2. Droit administratif des biens*, 14e édition., Paris, LGDJ, 2011
- **Grosdidier de Matons. J**, *Le régime administratif et financier des ports maritimes*, La LGDJ, vol. 21, 1969
- **Hauterau-Bouonnet. M, Martin. G & Mekki. M**, *Le contrat et l'environnement : étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit[s] de l'environnement », 2014
- **Hautereau-Boutonnet. M**, *Le contrat et l'environnement : étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit(s) et développement durable », 2015, p. XIV
- **Hiez. D & Chassagnard-Pinet. S**, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation in La contractualisation de la production normative*, Dalloz-Sirey, 2008
- **Jèze. G**, *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics*, Giard, t 3., 1934, réed. Dalloz, 2003-2011, Tome 3
- **Kouchner Évelyne. P**, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, Paris, 1972
- **Lachaume. J-F, Pauliat. H, Deffigier. C & Virost-Landais. A**, *Droit des services publics*, 4e édition., Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2021
- **Laronze. F**, *La société à mission : perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi Pacte*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Droit de l'entreprise », 202
- **Langelier. É & Pouillaude. H.-B**, *Traité de la propriété publique*, Antony, Éditions Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2015
- **Moigne.R**, *Supply chain management*, Dunod, 2017
- **Linotte. D, Mestre. A & Romi. R.**, *Services publics et droit public économique*, 3e édition., Paris, Litec, 1995
- **Linotte. D et Romi. R**, *Droit du service public*, Paris, Litec, coll. « Objectif droit », 2007

- **Malaurie. Ph**, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé*, France, Angleterre, U.R.S.S. Tome premier, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953
- **Mekki. M**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit privé Tome 411 », 2004
- **Monteillet. V**, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses 168 », 2017
- **Nicinski. S**, *Droit public des affaires*, 4e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2014
- **Nicinski. S**, *Droit public des affaires*, 8e édition., Paris La Défense, LGDJ, un savoir-faire de Lextenso, coll. « Précis Domat droit public », 2021
- **Prieur. M**, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Droit public, 8^e édition, 2019
- **Rapp. L**, *Les filiales des entreprises publiques*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public Tome 144 », 1983
- **Rivero. J. & Walin. J.**, *Droit administratif*, Dalloz., 1998
- **Romi. R**, *Droit de l'environnement*, Ed9, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016.
- **Romi. R**, *Droit de l'environnement et du développement durable*, Ed10, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2021
- **Sorbara. G.-G**, *Manuel de droit administratif des biens*, PUF. Coll : Droit fondamental, 2016
- **Theo E Notteboom, Athanasios A. Pallis, Peter W. De Langen & Aimilia Papachristou, A**, *Advances in port studies: the contribution of 40 years Maritime Policy & Management*, Maritime Policy & Management, (2013)
- **Valette. J.-P**, *Droit des services publics*, 3e édition., Paris, Ellipses, coll. « Universités Droit », 2020
- **Ziani. S**, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ., coll. BDP, 2015.

THESES ET MEMOIRES

- **Antoine, A**, « *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence* », Thèse en droit, Grenoble 2, 2007
- **Bettio. N**, « *La circulation des biens entre personnes publiques* », Thèse en droit, Toulouse1, 2009
- **Bordereaux L**, « *Service public et manutention portuaire : les déboires d'un couple méconnu* », Thèse en droit, Nantes, 1999
- **Blaquière. B**, « *La théorie de l'accessoire en droit administratif* », Thèse en droit, Paris 2, 2018
- **Cluzel-Métayer. L**, « *Le service public et l'exigence de qualité* », Thèse, Paris, 2004

- **Connois. R.**, « *La notion d'établissement public en droit administratif français* », Thèse en droit, Université de Paris, 1956, Ed. LGDJ, 1959
- **Errizani. F.**, « *Les réformes portuaires marocaines et françaises : entre enjeu de bonne gouvernance et incitation au partenariat public-privé* », Thèse en droit, Nantes, 2018
- **Eslugas-Labatut. P.**, « *Conseil constitutionnel et service public* », Thèse en droit, Toulouse, 1993
- **Ferstenbert. J.**, « *Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques* », Thèse en droit, Paris 2, 1976
- **Fouache. V.**, « *Etablissement public et société commerciale : Le devenir de l'établissement public industriel et commercial* », Thèse en droit, Paris 2, 2005
- **Gueguen-Hallouët. G.**, « *L'Application du droit communautaire aux ports maritimes : contribution à l'étude du régime juridique communautaire des activités d'intérêt général* », Thèse en droit, Brest, 1999
- **Guerlet. G.**, « *La gestion des ports par une entité publique : aspects européens et environnementaux* », Thèse en droit, Université Littoral Côte d'Opale, 2013
- **Humeski. C.**, « *Les perspectives d'évolution du service public portuaire* », Thèse en droit, Lille, 1999
- **Launey-Rissetto. P.**, « *La question de la requalification des conventions de terminal* », Mémoire sous la direction du Pr. **Cyril BLOCH**, Aix-Marseille. CDMT, 2020
- **Naudin. A.-C.**, « *Le régime juridique de l'exploitation portuaire* », thèse en droit, Aix-Marseille Université, 2013
- **Ould Mohamed Moctar. S.-M.**, « *Stratégies de développement des grands ports maritimes français : l'apport des partenariats public-privé* », thèse en sciences de gestion, Le Havre, 2012
- **Plessix. B.** « *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* », Thèse, Éd Panthéon-Assas, diff. LGDJ, Paris, 2003
- **Poyet. M.**, « *Le contrôle de l'entreprise publique : Essai sur le cas français* », Thèse en droit, Saint-Etienne, 2001
- **Radiguet R.**, « *Le service public environnemental* » Thèse en droit, Toulouse 1, 2016
- **Rigaud. L.**, « *La théorie des droits réels administratifs* », Thèse en droit, Sirey, Paris, 1914
- **Sellam-Gilles De Pelichy. L.**, « *Approche des spécificités des groupes publics* », Thèse en droit, Toulouse 1, 2009
- **Siffert. A.**, « *Libéralisme et service public* », Thèse en droit, Le Havre, 2015
- **Vende. B.**, « *Les polices dans les ports maritimes* », Thèse en droit, Nantes, 2004

ARTICLES

Articles juridiques

- **Amilhat. M :**
- « La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique. Article 105 », *JDA. Chronique contrats public*, n° 1, 4 décembre 2016
- « Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics », Habilitation à diriger des recherches (HDR), Université de Lille, 2020
- **Ayrault. L**, « Le principe d'égalité en matière fiscale », Dossier publié sur le site du Conseil constitutionnel, 4 avril 2020
- **Bailleul. D**, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, n° 629, 1 mars 2006, p. 105-112
- **Baird Alfred. J & Valentine Vincent. F.**, « Chapter 3 Port Privatization in the United Kingdom », *Research in Transportation Economics*, vol. 17, 1 janvier 2006, coll. « Devolution, Port Governance and Port Performance », p. 55-84
- **Bernard. E**, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, t. XXIII, 3, n° 3, 10 septembre 2009, p. 353-385
- **Bernard. S**, « Les mutations de l'actionnariat public », *RFDA*, n° 3, 1er mai 2019, p. 489-49
- **Beroujon. F**, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics (1) », *RFDA*, n° 1, 1 janvier 2008.
- **Bessoule. Y**, « Public-privé : une clarification s'impose », *Journal Le Marin*, n° 3132, 20 juillet, 2007, p. 31, 32, 33
- **Blanc. F**, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP*, n° 6, 1^{er} novembre 2009, p. 1553-1576
- **Boillet. N**, « Les infrastructures portuaires et les changements climatiques », *DMF*, n° 815, 1^{er} juillet 2019
- **Boivin, J.-P**, « Le choc de simplification : posture conjoncturelle ou tendance de fond », *BDEI*, 1^{er} octobre 2015, NS59, p. 34-42
- **Bonassis. P**, « Comment la Chambre Criminelle utilise la théorie de l'acte de gouvernement pour sanctionner le navire étranger polluant les eaux françaises », *DMF* n° 818, 1^{er} décembre 2019, p 899-903
- **Bordereaux. L :**
- « La réforme du statut des dockers : de l'alignement du régime spécifique du travail portuaire sur le droit commun », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 7, n° 2, 1994, p. 161-187
- « Condamnation à la destruction d'un port de plaisance irrégulièrement construit sur un "espace remarquable" », *DMF*, n° 730, 1er novembre 2011, p. 921-941

- « Regard sur les dimensions juridiques de l'espace portuaire », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 15, 14 avril 2014, p. 18-22
- « Dragage portuaire et droit de l'environnement : Regard de synthèse », *DMF*, n°763, 1 novembre 2014
- « Boues de dragage portuaire : les contraintes juridiques du clapage en site Natura 2000 », *DMF*, n° 763, 1er novembre 2014, p 951-955
- « La loi du 8 décembre 2015 tendant à consolider et clarifier l'organisation de la manutention dans les ports maritimes », *DMF*, n° 776, 1er janvier 2016
- **Bottini. F**, « La valorisation économique du domaine public maritime : un levier de croissance prometteur pour l'économie bleue », *DMF*, n° 801, 1er avril 2018
- **Bouaziz. M**, « La réforme de la Caisse des dépôts et consignations : gouvernance renouvelée et contrôles renforcés », *RDP. La base Lextenso*, n° 6, 1 novembre 2021, p. 1665
- **Boulet. L**, « La notion de fonction administrative », *Revue de droit administratif*, vol. 19, n° 113, 1966, p. 476.
- **Boulouis. N, Melleray. F, Nouguelou. R & Pimont. S**, « Réforme du droit des contrats - Contrats publics, contrats privés. Convergences et divergences après la réforme du droit des contrats- Entretien », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 5 septembre 2018
- **Braconnier. S**, « Personnes publiques et valorisation immobilière », *CMP*, n° 12, 1 décembre 2018, p. 54-56
- **Caballero. F**, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », *RJE*, vol. 9, n° 1, 1984, p. 3-42
- **Cachard. O**, « Les chartes-parties, vecteurs de la contractualisation du risque environnemental dans le transport maritime », *DMF*, n° 823, 1^{er} avril 2020, p. 291-301
- **Camproux Duffrène. M.-P**, « Entre environnement per se et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *RDE, LexisNexis, J.-Cl.*, déc. 2012, étude 14, p. 13
- **Chaminade. A**, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, n° 43, 25-10-2006, p. 1991-1996
- **Chantepie. G**, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, n°3, 1er juillet 2009, p. 1233-1254
- **Chaumette. P**, « Aspects généraux sur les réformes portuaires en Europe : espaces, gouvernance et professions », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 31, 1er janvier 2013, p. 379
- **Cayol. A**, « L'obligation réelle environnementale ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *Les petites affiches*, n° 94, 10 mai 2018, p 98-104
- **Chérot. J-Y**, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *Droit administratif*, n° 4, 1er avril 2006, p. 5-14

- **Chevallier. J :**
- « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », *CURAPP*. Le droit administratif en mutation, Presses universitaires de France, 1993
- « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 209-213
- **Cornille. M**, « Guide du refus de renouvellement d'un titre d'occupation du domaine public : le service public comme boussole », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 7, 20 février 2017, p. 22-25
- **Corruble. Ph :**
- « Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires », *DMF*, n° 623, 1 février 2002, p. 160-185
- « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de la concurrence », *DMF*, n° 628, 1 juillet 2002, p. 664-680
- « Aides d'État et financement public des infrastructures portuaires : que veut vraiment la Commission européenne ? », *DMF*, n° 789, 1er mars 2017, p. 253-262
- « Les autorités de concurrence face aux alliances maritimes mondiales », *DMF* n° 798, 1 janvier 2018, p. 3-14
- « Aux portes de l'Union européenne : les "freeports" britanniques », *DMF* n° 381, 1 janvier 2021, p. 57-67
- « Observations juridiques à propos du rapport sur la compétitivité de l'axe Seine », *DMF*, n° 835, 1 mai 2021, p. 454-465
- **Cossalter. Ph**, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 38, 14 septembre 2009, p. 39-44
- **Courcol. L**, « La structure d'une station de pilotage », *DMF*, n° 592, 1^{er} avril 1999, p. 355-363
- **Crouzatier-Durand. F :**
- « Le Conseil d'État, gardien de la liberté personnelle », *AJDA*, n°3, 31 janvier 2022, p. 179-183
- « Le pouvoir normatif du juge administratif », *AJDA*, n° 27, 28 juillet 2008, p. 1504
- « L'action du citoyen par le CESER : une nouvelle forme d'expression citoyenne » *In* « Droit et climat : interventions publiques locales et mobilisations citoyennes (2022) » sous la direction de KADA Nicolas, Université Grenoble Alpes. *Dalloz*, coll. Thèmes et commentaires, 2022, p. 159
- **Debroux. M**, « La privatisation de la SNCM comportait bien des éléments d'aide d'État incompatibles », *L'essentiel de droit de la distribution et de la concurrence*, 1^{er} octobre 2017, n° 9, p 4, Base Lextenso
- **Delacour. E**, « La subdélégation d'un service public », *Le moniteur Travaux publics*, n° 4905, 28 novembre 1997
- **Deliancourt. S**, « Responsabilité en cas d'impossibilité d'utiliser les outillages dans un port autonome lors d'un mouvement de grève », *DMF*, n° 781, 1 juin 2016, p. 547-562
- **Dellion G. André**, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, n° 124, 2007, p. 537-572

- **Delvolvé. P :**
- « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985
- « Les arrêts et le système de la concession de service public », *RFDA*, 1987
- « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RDI*, n° 12, 1er décembre 2010, p. 585-592
- **DELILE. J.-F**, [Chronique] Chronique de droit de l'Union européenne (juillet - décembre 2022), *La lettre juridique*, février 2023
- **Drillet. L**, « L'entreprise du 21^e siècle », Dossier « Le droit au service de l'impact et de la transition » (pages 22 à 44), *Lamy droit des affaires*, n° 171, 1^{er} juin 2021
- **Du Fresnay. Ph**, « La nouvelle route de la soie : initiative économique ou alternative géopolitique ? », *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal (RDAI)*, n°6, 1^{er} décembre 2016, p. 575-588
- **Eckert. G :**
- « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, n° 27, 2009, p. 1490-1492
- « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, n° 10, 1er octobre 2010, p. 7-15
- « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RJEP*, n° 704, 1er janvier 2013, p. 1-2
- **Erstein. L**, « Une convention de terminal dans l'impasse », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 8, 27 février 2017
- **Fabbe-Costes. N**, « Le rôle maritime des zones d'activités logistiques : mise en perspective », *Annales I.M.T.M.* 1995
- **Fedi. L :**
- « L'exploitation des terminaux portuaires face aux enjeux maritimes du 21^{ème} siècle », *DMF*, n° 685, 1er octobre 2007
- « La notion de terminal : entre incertitudes *de jure* et certitudes *de facto* », *DMF*, n°692, 2008, p. 455-463
- « Le régime de la responsabilité de l'opérateur de terminal pétrolier avant la mise en œuvre de la réforme portuaire : perspectives d'évolution », *DMF*, n° 706, 1er septembre 2009, p. 731-743
- « Les blocus et grèves portuaires : un contentieux toujours spécifique », *DMF*, n° 721, 1er janvier 2011, p. 87-96
- « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens : enjeux et limites d'une nouvelle gouvernance », *DMF*, n° 723, 1 mars 2011, p. 288-298
- « La consécration et les défis du port aménageur », *DMF*, n° 753, 1er décembre 2013, p. 1056-1060
- « La surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de CO² du transport maritime », *DMF*, n° 787, 2017
- **Fedi. L & Lavissiere. A**, « Les régimes d'exploitation des ports francs au début du 21^{ème} siècle », *DMF*, n° 759, 1 juin 2014

- **Fedi L, Faury. O, Rigot-Muller. P & Montier. N**, « Covid 19 as a catalyst of a new container port strategy in Mediterranean Sea and Northern Range », *Maritime Economics and Logistics*, 14 mars 2022
- **F. Dumont A**, « La réforme portuaire enfin présentée en Italie », *JMM* n° 5008, 4 novembre 2015
- **Foulquier. N & Rolin. F**, « Constitution et service public », Conseil constitutionnel, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012, Site du Conseil constitutionnel
- **Francou J.-P**, « Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen », *Revue administrative*, n° 300, 1 novembre 1997, p. 688-696
- **Frayssinet. M**, « La théorie du bilan à l'épreuve du droit de l'environnement », *RJE*, vol. 46, n° 2, 2 juillet 2021, p. 283-299
- **Gabayet. N**, « L'établissement public, procédé à reconsidérer (2/2). L'établissement public gestionnaire d'activités économiques : adaptation ou extinction ? », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 15, 18 avril 2016, p. 38-43
- **GAY L**, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45 (Le Conseil constitutionnel et le droit social) - octobre 2014. Site du Conseil constitutionnel
- **Girard. D**, « Articulation des règles de la concurrence et de celles de passation d'une convention de sous-délégation », *AJDA*, 6 février 2006, p. 265
- **Gonzalez Laxe. F**, « Le modèle portuaire espagnol : le rôle de Puertos del Estado », in : *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : Regards sur les pays d'Europe du Sud* [en ligne]. Paris : CNRS Éditions, 2014
- **Gresh. H**, « Les entreprises publiques et la création de filiales », *Economie et Statistique*, vol. 65, n° 1, 1975, p. 29-43
- **Grosdidier de Matons. J**, « Service public, Rentabilité économique et Rentabilité financière », *International Review of Administrative Sciences*, 1er décembre 1976
- **Gueguen-Hallouët. G** :
 - « Haro sur le Yalta havarais de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires ? -(A propos de la décision n°10-D-13 du 15 avril 2010 de l'Autorité de la concurrence) », *Revue de droit des transports*, n° 9, 1^{er} septembre 2010, p. 18-21
 - « Les ports maritimes français à l'épreuve du droit européen : entre intérêt général et marché », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 31, 1 janvier 2013, p. 485
 - « Le règlement européen du 15 février 2017 sur les services portuaires et la transparence financière des ports : pragmatisme et petits pas », *DMF*, n° 796, 1er novembre 2017, p. 917-926
 - « Admission sous conditions d'un bail à construction sur le domaine public maritime », *DMF*, n° 792, 1er juin 2017, p. 16
 - « Robert Rézenthel *Observateur érudit et inlassable de la chose portuaire* », *DMF*, n° 859, 1^{er} juillet 2023, p. 625-631

- **Guillet. N**, « Le champ d'application de l'exonération de cotisation foncière des ports objet d'une QPC », *DMF*, n° 809, 1er janvier 2019, p. 81-93
- **Harris. B & Simon. P**, « 40 ans de maritime : y a-t-il eu progrès ? », *DMF* n°408, 2018
- **Henry. L**, « L'absence de contrat écrit pour l'occupation d'un poste d'amarrage ne dispense pas le plaisancier de s'acquitter de la redevance pour occupation du DPM », *DMF*, n° 780, 1er mai 2016, p. 474-480
- **Idoux P**, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*. Dalloz, 2012
- **Jazottes. G**, « Le développement durable, élément du jeu concurrentiel », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 94, 1er juin 2014, p. 55-59
- **Jegouzo. Y**, « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement », *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 29, n° 1, 2004, p. 19-30
- **Josserand. L**, « Le contrat dirigé », *Dalloz hebdomadaire*, 1933
- **Jourdan. F**, « Loi LOM : les mobilités comme moteur de la transition écologique », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 9, 2 mars 2020, p. 25-26
- **Kalflèche. G :**
 - « Les interventions de la puissance publique en matière économique » in *Droit administratif et administration, La documentation française*, 2008, notice 23, p.133-140
 - « Contractualisation et interventionnisme économique », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 214-220
- **Karpenschif. M**, « Les EPIC dans tous leurs états », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 31 à 35 regroupés, 27 juillet 2009, p. 18-22
- **Kerleo. J.-F**, « L'autonomie des établissements publics », *AJDA*, n° 13, 11 avril 2011, p. 716-721
- **Kimura. T**, « Les mutations du droit portuaire japonais : un défi à la décentralisation ? », *DMF*, n° 745, 1er mars 2013, p. 261-270
- **Kovar. R**, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » : *RTDE*, 1996, p. 493
- **Lachaume J.-F**, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui ? », (*AJDA*), n° 2, 2021, p 60, in « Dossier : Cent ans après l'arrêt *Bac d'Eloka* », *AJDA*, 2021
- **Laffoucriere. F**, « La responsabilité disciplinaire et pénale du pilote maritime », *DMF*, n° 722, 1er février 2011, p. 103-114
- **Lahorgue. M.-B**, « La réforme de l'étude d'impact », *AJDA*, n° 32, 4 octobre 2010, p. 1807-1811
- **Laurent-Bellue. B, & Laffont. B**, « La société à mission : réalité ou artifice ? », *Revue Lamy droite des affaires*, n°158, 1^{er} avril 2020, p. 17
- **Lauret. R**, « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession ! », *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 179, 1^{er} septembre 2017, p. 26-29
- **Laval. N**. « Développement économique et domaine public », *Les Petites Affiches*, n° 82, 9 juillet 1997, p. 8-17

- **Lavialle. Ch.**, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA*, n° 3, 1^{er} mai 2008, p. 491-497
- **Le Garrec. M.-Y.**, « L'intervention de l'autorité portuaire dans le contrôle des navires. », *DMF*, n° 637, 1 mai 2003, p. 476-48
- **Le Guyader. Ch.**, « L'obligation réelle environnementale », *BDEI*, n° 75, 1^{er} mai 2018, p. 38-41
- **Le Monnier de Gouville. A :**
 - « Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence. Le pilotage, le remorquage et le lamanage sur les voies de la réforme », *DMF*, n° 633, 1^{er} janvier 2003, p. 86-99
 - « Nature de la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'amarrage », *DMF* n° 638, 2003, p 617
- **Leuzzi-Louchart. C.**, « Contractualisation et l'utilisateur vulnérable », *RFDA*, n° 2, 1 mars 2018, p. 243-248
- **Lingnieres. P.**, « Référendum sur la privatisation d'ADP. Le rendez-vous manqué de la résolution juridique du débat », *Droit administratif*, n°10, 1^{er} octobre 2019, p. 1-2
- **Lissillour. R, Fulconis. F & Bonet Fernandez. D.**, « "Maritime safety beyond ports : an issue of global governance between land and sea", Chapitre 12, in Sophie CROS et Florence LERIQUE, *Les ports en France - Quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ?* 2021
- **Ll. Léa.**, « L'urgence peut justifier la conclusion d'un contrat de concession de service public sans mise en concurrence », *Les Petites Affiches*, n° 83, 26 avril 2017, p. 6-15
- **Llorens. F.**, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 1^{er} mai 2018
- **Lombard. M :**
 - « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, n° 2, 16 janvier 2006, p. 79-84
 - « Mots et valeurs du service public », *AJDA*, n°23, 30 juin 2008, p. 1225
 - « Liens entre le droit domanial et le droit contractuel », *DMF*, n° 834, 1^{er} avril 2021, p. 375-379
- **Maitre. M.-P.**, « Vers un véritable instrument de maîtrise des risques environnementaux : quelles évolutions nécessaires ? », *BDEI*, n° NS63, 1 juin 2016, p. 9-14
- **Manson. C.**, « La filialisation des entreprises publiques et le principe de spécialité », *Droit des sociétés*, n° 8-9, 1 août 2004, p. 9-9
- **Marchiafava. G.**, « L'impact de l'urgence épidémiologique Covid-19 sur le régime juridique des ports maritimes italiens », *DMF*, n° 827, 1^{er} septembre 2020, p. 753-763
- **Martin. J.**, « La possibilité de conclure une délégation de service public sans procédure en cas d'urgence. Réflexions sur la construction jurisprudentielle du régime des délégations à partir du droit des marchés publics », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 13, 3 avril 2017, p. 22-30

- **Merlin. C**, « L’outil contractuel majeur en France dans l’exploitation des ports : la convention de terminal », *Scapel-revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports*, n° 3, 1^{er} juillet 2013, p. 179-189
- **Mockle. D**, « La gouvernance publique et le droit. », *Les Cahiers de droit*, volume 47, n° 1, 2006, p. 89–165. <https://doi.org/10.7202/043881ar>.
- **Monediaire. G**, « L’ordre public écologique (Towards an Ecological Public Order) », sous la direction de **Marguerite Boutelet et Jean-Claude Fritz**, 2005, *RJE*, vol. 30, n° 4, 2005, p. 505-506
- **Monsebernard. M**, « La constitution d’un groupe public ferroviaire : la réforme continue », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n° 4, 1^{er} avril 2015, p. 15-21
- **Monteillet. V**, « Bonne exécution du contrat et exigences environnementales - Exemple du bail rural », in *Rubrique de droit civil contractuel- BDEI* n° 90, 1^{er} novembre 2020
- **Mortier. R**, « Top départ pour les sociétés à mission ! », Note sous Décret numéro 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission, *Journal officiel* numéro 0002 du 3 janvier 2020 », *Droit des sociétés*, n° 3, 1^{er} mars 2020, p. 21-23
- **Mouton. S** :
 - « A propos de la réforme portuaire : un nouveau visage pour les établissements publics », *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2010, p. 91-119
 - « Chronique de droit public des transports », janvier 2012 – octobre 2012 - Lexis 360
 - « Le droit maritime vers un changement de paradigme ? 1 », *DMF*, n° 844, 1^{er} mars 2022, p. 203-214
 - « Le droit maritime vers un changement de paradigme ? 2 », *DMF*, n° 845, 1^{er} avril 2022, p. 291-298
 - **Naim-Gesbert. E**, « De la précaution comme vrai principe environnemental », *RJE*, 2019, n° 3, p. 453-456
- **Nicinski. S** :
 - « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, n° 1, 1^{er} janvier 2008, p. 35-42
 - « La privatisation et le statut d’Aéroports de Paris | La base Lextenso », *RDP*, n° 2, 1^{er} mars 2021, p. 389
- **Pallis. A**, « Chapter 7. Port Governance in Greece », *Research in Transportation Economics*, n° 17, 1 janvier 2006, coll. « Devolution, Port Governance and Port Performance », p. 155-169
- **Pastor. J.-M**, « Grande-Synthe 3 : l’action climatique de l’État reste insuffisante », *Dalloz actualité*, 17 mai 2023
- **Perruchot-Triboulet. V**, « Faculté de rétractation de l'article L.271-1 du CCH pour les sociétés et rapport direct avec son objet social », *Revue Lamy droit civil*, n° 124, 1^{er} mars 2015, p. 65-66
- **Peylet. R**, « La réforme portuaire de 2008 », *RJEP*, n° 663, 1 avril 2009, p. 9-12
- **Pez. Th**, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, n° 2, 1^{er} mars 2014, p. 358-378

- **Pignatelli. I**, « Les réformes des régimes d'exploitation des ports méditerranéens : enjeux et limites d'une nouvelle gouvernance », *DMF*, n° 723, 1er mars 2011
- **Pittard. Y**, « Le juge administratif : juge vert ? Le point de vue d'un avocat », *RJE*, vol. 20, n° 1, 1995, p. 27-38
- **Pontier. J.-M**, « Contractualisation et libre administration », *RFDA*, n° 2, 1er mars 2018, p. 201-208
- **Prieur. M :**
 - « Les tribunaux administratifs nouveaux défenseurs de l'environnement », *RJE*, 1977, n° 3, p 237-239
 - « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE*, n°2, 1981. Etudes d'impact. p. 103-128
- **Remond-Gouilloud. M**, « Pollution accidentelle et responsabilités », *DMF*, n° 717, 1er septembre 2010, p. 663-668
- **Rézenhel. R :**
 - « Les régimes portuaires dans le monde », *DMF*, n° 566, 1er décembre 1996, p. 1163-1179
 - « Le blocage des ports de l'État de droit », *DMF*, n° 579, 1 janvier 1998, p. 75-91
 - « L'autorité portuaire et le régime juridique de la garde (ouvrages, installations, marchandises, navires », *DMF*, n°579, 1^{er} février 1998, p. 179
 - « Extension portuaire et protection de l'environnement CE 6 janvier 1999, Société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS) », *DMF*, n° 592, 1er avril 1999
 - « L'implantation des entreprises privées sur le domaine public affecté aux transports », *DMF*, n° 595, 1 août 1999, p. 681-688
 - « Les ports et le régime des installations classées pour la protection de l'environnement », *DMF*, n° 606, 1 juillet 2000, p. 680-688
 - « L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaire », *DMF*, n° 612, 1 février 2001, p. 158 -175
 - « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de la concurrence », *DMF*, n° 628, 1 juillet 2002, p. 664-680
 - « Nature de la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'amarrage », *DMF*, n° 638, 2003, p. 617
 - « Le déclassement du domaine public, une solution à la rigidité domaniale », *Annales de la voirie*, n° 79, 2003, p. 141
 - « Les aménagements portuaires et la protection de l'environnement » - *N.P.I*, 15 février 2003 p. 83
 - « La sûreté dans les ports maritimes », *N.P.I*, mai 2003
 - « La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire », *AJDA*, n° 11, 22 mars 2004, p. 573-578
 - « Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », *DMF* n° 672, 1er juillet 2006, p. 637-644

- « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », *DMF*, n° 675, 1er novembre 2006, p. 905-915
- « Le partenariat public-privé dans les ports maritimes », *la revue de Trésor*, n°1, janvier 2007, p. 252-254
- « L'exploitation des terminaux portuaires face aux enjeux maritimes du 21ème siècle », *DMF*, n° 685, 1er octobre 2007
- « Création et extension des ports de plaisance : un soutien à la liberté de naviguer », *DMF*, n° 687, 1er décembre 2007, p. 1021-1035
- « Le droit portuaire : une évolution du droit public vers le droit privé », *Annuaire de droit maritime et océanique*, n° 26, 1er janvier 2008, p. 647-657
- « La gestion des ports maritimes après la réforme portuaire », *Revue de droit des transports Lexis Nexis*, n° 9, 1er septembre 2008, p. 30-33
- « Une nouvelle stratégie pour le développement des «grands ports maritimes» français », *DMF*, n° 698, 1er décembre 2008, p. 1060-1066
- « L'évolution de la gestion portuaire », *Annales de la voirie* n° 133, mars 2009
- « L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », *DMF*, n° 699, 2009, p. 64-71
- « La gestion portuaire soumise au droit de la concurrence », (À propos notamment de la décision de l'Autorité de la concurrence du 15 avril 2010), *DMF*, n°719, 1 novembre 2010, p. 930-941
- « La domanialité publique portuaire une sérieuse contrainte pour les investissements privés », *DMF*, n° 728, 1er septembre 2011, p. 757-765
- « L'intégration du régime des ports maritimes dans le Code des transports : une démarche logique mais incomplète » *Revue du droit des transports*, n° 1, 1er janvier 2012, p. 18-21
- « Les ports malades de l'amiante », *DMF*, n° 732, 1er janvier 2012, p. 60-70.
- « Les ports maritimes d'outre-mer "décodés" », *JMM*, n° 4815, 23 mars 2012, 23 mars 2012
- « Le décret du 2 février 2012 et l'accueil des navires en difficulté : Une décision lourde de conséquences pour les gestionnaires de ports », *DMF*, n° 735, 1 avril 2012, p. 378-385
- « Le service public portuaire dans une économie de marché », *Neptunus, e. revue, Centre de droit Maritime et Océanique*, NS 20 ans, 1er juin 2015.
- « Les spécificités du régime juridique des ports de plaisance », *Neptunus*, vol. 22, n° 1, 1 mars 2016, p. 6
- « La nature hybride du droit portuaire et les principes et droits fondamentaux », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° 5, 1 septembre 2016, p. 531-542
- « Pour une gestion équitable du domaine portuaire », *JMM*, 18 novembre 2016
- « La liberté contractuelle et les activités portuaires », *DMF*, n° 788, 1er février 2017, p. 143-156
- « La gestion portuaire dans une économie de marché », *JMM*, 3 février 2017

- « Manutention portuaire et interdépendance des contrats », *JMM*, 10 février 2017
- « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », *DMF*, n° 792, 1er juin 2017, p. 553-559
- « Transfert des zones d'activité portuaire aux communautés d'agglomération », *DMF*, n° 793, 1^{er} août 2017, p. 651-661
- « La tarification des prestations portuaires une liberté surveillée », *DMF*, n° 798, 1er janvier 2018, p. 55-66
- « L'aménagement et la gestion des ports au regard de l'intérêt général », *DMF*, n° 800, 1 mars 2018, p. 252-263
- « La réforme portuaire a dix ans », *DMF*, n° 804, 1er juillet 2018, p. 650-658
- « Le droit portuaire : la lettre et l'esprit des textes », *DMF*, n° 813, 1 mai 2019, p. 452-465
- « Le maintien par le législateur de la convention de terminal portuaire », *Revue droit de la voirie*, n° 212, février 2020, p. 23
- « Les ports de plaisance : la conciliation de l'économie et de l'écologie », *DMF*, n° 825, 1 juin 2020, p. 548-557
- « Les ports maritimes entre le rapport de force et le rapport de droit », *DMF*, n° 830, 1 décembre 2020, p. 1027-1035
- « L'espace portuaire : un concept à définir », *Droit de la voirie* [en ligne], 1 juin 2022
- « L'attractivité portuaire : une stratégie complexe et évolutive », *DMF* n° 855, 1 mars 2023, p. 252-259
- **Rézenethel. R & Van Cauwenberghe, P.**, « Le transport maritime et les activités portuaires dans le contexte du droit souple », *DMF*, n° 791, 1er mai 2017, - p. 450-459
- **Rivero. J & Vedel. G.**, « Les principes économiques et sociaux de la constitution, le préambule », *Droit social*, vol. 31, 1947, p. 13 et s
- **Rivero. J.**, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 279-296
- **Richier. L.**, « Transparence et opération *in house* », *AJDA*, n° 2, 20 janvier 2020, p. 118-124
- **Robert-Cuendet. S.**, « La privatisation d'ADP et les engagements internationaux de la France en matière climatique : quelle cohérence ? », *RDP*, n° 2, 1er mars 2021, p. 428
- **Sevin. B.**, « Contrats d'exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la Loi d'Orientation des Mobilités (LOM) », *DMF*, n° 821, 1er février 2020, p. 165-174
- **Soler-Couteaux. P.**, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 1 mai 2018
- **Sorbara. J.-G.**, « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, n° 12, 2007, p. 619
- **Tenailleau. F.**, « Occupation domaniale et valorisation foncière dans les marchés de partenariat », *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 159, 1 novembre 2015, p. 53-57
- **Thirion. N.**, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, 4, n° 4, 2002, p. 627-654

- **Thollon-Pommerol. V**, « Les groupes publics et privés », *Economie et Statistique*, vol. 1, n° 147, 1982, p. 3-19
- **Tirreir. G**, « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n°11, 1^{er} décembre 2006, p 76-79
- **Van De Voorde. E & Verhoeven. P**, « Port governance and policy changes in Belgium 2006–2016: A comprehensive assessment of process and impact », *Research in Transportation Business & Management*, vol. 22, 1er mars 2017, coll. « Revisiting Port Governance and Port Reform: A Multi-country Examination », p. 123-134
- **Van Hooydonk. E**, « Le règlement européen sur les ports maritimes - une brève introduction », *DMF*, n° 818, 1er novembre 2019, p. 928-938
- **Vantorre. F**, « Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », *DMF*, n° 672 1er juillet 2006, p 637-644
- **Vassallo-Pasquet/ B**, « Quelle est la nature du contrat par lequel un grand port maritime exécute des prestations de sûreté au profit d'un opérateur économique occupant le domaine public ? », *BJCP*, n° 125, 1 juillet 2019, p. 253-259
- **Vendé. B**, « Les ports maritimes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *DMF*, n° 859, 1^{er} juillet 2023, p. 632-637
- **Vos. E**, « Le principe de précaution et le droit alimentaire de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 (t. XVI), p. 219-252
- **Yolka. Ph :**
- « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA*, n° 32, 3 octobre 2016, p. 1797-1802
- « Ports de plaisance : après l'amodiation, "sécuriser" les postes d'amarrage grâce aux droits réels ? », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 40, 5 octobre 2020, p. 24-25
- **Zarka. J.-C**, « Le projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1er de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement », *Actu-Juridique*, 2 avril 2021
- *Les Nouvelles Fiscales* : « Suramortissement : acquisition de navires ou bateaux de transport plus vertueux pour l'environnement », n° 1236, 15 janvier 2019, *LmayLine*

Articles non juridiques

- **Barzman. J**, « Conflits et négociations au Havre avant et après les grandes réformes portuaires », *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique*, n° 16, 21 mars 2012
- **Beuret J.-E & Cadoret. A**, « De l'analyse des conflits à l'étude des systèmes conflictuels : l'exemple des conflits environnementaux et territoriaux dans les trois plus grands ports maritimes français (Marseille-Fos, Le Havre et Dunkerque) », *Géographie, économie, société*, 2014/2, vol.16, p. 207-231

- **Billet. Ph**, « La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique », *Natures Sciences Societes*, Supplément, Supp.1, 2006, p. 13-21
- **Bovaird. T**, « [La gouvernance publique : comment maintenir un juste équilibre entre le pouvoir des intervenants dans une société en réseau ?](#) », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2005/2 (Vol. 71), p. 223-235,
- **Brillet. E**, « Le service public “ à la française ” : un mythe national au prisme de l'Europe », *L'Économie politique*, 2004/4 (n° 24), p. 20-42
- **Brooks Mary. R.**, « The gouvernance Structure of ports », *Review of Network Economics*, vol. 3, 2 juin 2004
- « Dossier : Les classes incitatives et performanciennes », *le Moniteur*, n° 174/2014, dossier : L'actualité de la commande et des contrats publics
- **Brooks M.-R, Cullinane Kevin P.-B. et Pallis & Athanasios. A.**, « Revisiting port governance and port reform: A multi-country examination », *Research in Transportation Business & Management*, vol. 22, 1er mars 2017
- **Charles. S**, « La voie ferrée et les ports : un système cohérent répondant à la massification à la fois économique et écologique du fret », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, Novembre 2015, n° 4, 10 décembre 2015, p. 40-43
- **Comtois, C & Brian. S**, « Innover l'autorité portuaire au 21^e siècle : Un nouvel agenda de gouvernance », *Les chantiers scientifiques du Transport*, n° 44, 2003, p. 11-24.
- **Coosemans. T**, « Les dispositifs de sécurité avant et après le 11 septembre 2001 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1762-1763, n° 17, 2002, p. 5-86
- **Daniel. J.-M**, « l'économie de marché : liberté et concurrence », *L'économie politique*, n°37, Vol 1, p. 38-50.
- **Debrie. J, et Gouvernal**, « Les ports : leur rôle, les acteurs, les trafics, la gouvernance portuaire », *Inrets*, 2008
- **Debrie. J & Lavaud-Letilleul. V**, « La décentralisation des ports en France : de la recomposition institutionnelle aux mutations fonctionnelles. L'exemple de Toulon », *Annales de géographie*, 2009/5, n° 669
- **Degryse. Ch**, « Aides d'Etat », *l'économie en 100 mots d'actualité*, sous la direction de DEGRYSE Christophe. Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Hors collection Économie/Gestion », 2019, p. 12-13
- **Diemer. A**, « Les symbioses industrielles : un nouveau champ d'analyse pour l'économie industrielle », *Innovations*, vol. 50, no. 2, 2016, pp. 65-94
- **Fattal. P**, « Pollutions du Prestige et de l'Erika : deux crises aux enjeux différents » In : *Rev. Géographique des Pyrénées et du Sud-Ouest européen*, tome 17, 2004. Nuisances urbaines (Coordonné par Jean-Noël Salomon) sous la direction de Jean-Noël Salomon. pp. 61-75
- **Faucompré. M**, « Donges-Est : les travaux d'extension démarrent », - *JMM*, 13 octobre 2006 p. 22
- **Fleury. Ph** « Le port et l'aménagement régional : l'exemple du port de Rouen ». In : *Études Normandes*, 27^e année, n°3-4, 1978. pp. 29-45

- **Foulquier. E**, « Prendre la mesure de la conflictualité portuaire », *L'Information géographique*, Vol. 80, n° 4, 2016, p. 56-75
- **Fernando González. L**, « Gouvernance portuaire : principales trajectoires dans les ports européens et latino-américains », *Méditerranée. Revue géographique des pays méditerranéens / Journal of Mediterranean geography*, n° 111, 1 juin 2008, p. 53-59
- **Groizeleau. V**, « Les ports français durement touchés par les mouvements de grève », *Mer et Marine*, 26 mai 2016, 26/05/2016
- **Guillaume. J**, « L'État, entrepreneur portuaire », *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : regards sur les pays d'Europe du Sud*, CNRS éditions, 2014, p. 17-36.
- **Heyer. E & Timbeau. X**, « Évaluation de la pandémie de Covid-19 sur l'économie mondiale », in Département Analyse et Prévision, *Revue de l'OFCE*, 2020/2 (166), p. 59-110. DOI : 10.3917/reof.166.0059
- **Hislaire V.- L**, « Dockers, corporatisme et changement » : *Transports Actualités*, 1993
- **Lévêque. L**, « Le nouveau rôle des autorités portuaires dans l'adaptation des clusters aux enjeux de la globalisation. », *L'Espace Politique* [En ligne], 16 | 2012-1, mis en ligne le 21 mars 2012
- **Marcadon. J**, « Les ports de commerce, l'environnement et la gestion intégrée du littoral (Ports of trade, the environment and integrated management of the coast) », *Bulletin de l'Association de Géographes Français*, vol. 76, n° 2, 1999, p. 204-211
- **Marnot. B**, « La politique des ports maritimes en France de 1860 à 1920 », *Histoire, économie & société*, vol. 18, n° 3, 1999
- **Mintiens. G**, « Les ports ont appris à gérer les normes environnementales », *Le Lloyd*, 23 février 2007
- **Passalacqua. A**, « La réforme ferroviaire française de 1997 : une histoire à rebondissements pour un scénario original », *Revue d'histoire des chemins de fer*, n° 45, 2 avril 2014, p. 83-103.
- **Pelletier. W**, « Les privatisations de France Telecom », dans : Willy Pelletier éd., *L'État démantelé. Enquête sur une révolution silencieuse*. Paris, La Découverte, « Cahiers libres », 2010, p. 249-259
- **Rawlins. P.-W & Kwon. S.-W**, « Walking the line on police privatization: efficiency, accountability, and court decisions », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. 82, n° 3, 27 septembre 2016, p. 613-631
- **Remilliar Det Wolff. D**, « Sustainable development or the emergence of a new coordination convention », *Revue française de gestion*, vol. 4, n° 194, 26 mai 2009, p. 29-43
- **Scot J.-P**, « Service public. Une petite histoire qui en dit long », *Humanisme*, 2006/4 (N° 275), p. 39-49
- **Teillard. T**, « La manutention portuaire commence en 1994 avec une CCN de branche », *JMM*, 21 janvier 1994

CONTRIBUTIONS AUX MELANGES ET ACTES DE COLLOQUES

- **Bordereaux. L.**, « Le service public portuaire français », contribution à la Colloque à la Rochelle, 8 novembre 2004., sur : Estudiovillano, archives
- **Boutelet-Blocaille. M, Fritz. J.-C & Groupe interdisciplinaire de droit de l'environnement**, *L'ordre public écologique = Towards an ecological public order: actes et débats de colloque*, Dijon, les 6 et 7 février 2003, Bruxelles, Bruylant, 2005
- **Charles. H.**, « Accessoire et domaine public en droit administratif français », in *Mél. Stassinopoulos* : LGDJ, 1974, p. 187.
- **Chevallier. J.**,
 - « La gouvernance et le droit. Mélanges Paul Amselek, Bruylant », 2005, p. 189-207.
 - « La privatisation des aéroports de Paris », colloque de L'Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement (IEJUC), Toulouse 1 Capitole, le 18 octobre 2019
- **Cudennec. A., De Cet-Bertin. C, Curtil. O, Gueguen-Hallouët. G. & Labrot. V.**, « Chronique maritime », *La revue de l'Union européenne*, n° 542, novembre 2010, p. 605-613.
- **Herrnberger. O et Trébulle. F.-G.**, « Atelier Contrat et environnement : un mariage réussi ? Le 14 avril 2016, Conseil Supérieur du Notariat
- **Grosdidier de Matons. J.**, Gestion actuelle des ports : concepts et méthodes nouvelles (L'administration publique des ports et l'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire) par - Séminaire organisé par l'institut portuaire d'enseignement et de recherche I.P.E.R. (Le Havre) du 9 au 19 mai 1995 - tome 1 - p. 28
- **Gueguen-Hallouët. G.**, « Libéralisation et nouvelle gouvernance : les défis des ports maritimes français, italiens et espagnols », in : *Gouverner les ports de commerce à l'heure libérale : Regards sur les pays d'Europe du Sud* [en ligne]. Paris : CNRS Éditions, 2014
- **Jouve. D.**, « La persistance des réglementations économiques le cas de l'Espagne », In *La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau ?* 1^{re} éd., LexisNexis, 2016.
- **Lachaume. J.-F.**, « Actualité des conclusions de Matter et de la jurisprudence « Bac d'Eloka » », in J.-B.AUBY et S. BRACONNIER, services publics industriels et commerciaux locaux: questions actuelles », LGDJ., Paris, coll. « Décentralisation et développement local », 2003.
- **Lév. J.-F.**, « Les ports et l'Europe, par colloque sur les ports maritimes, organisé par l'association « Droit, littoral et mer » à Sète les 11 et 12 mai 1990
- **Naim-Gesbert. E.**, « Economie et droit de l'environnement : définir deux postulats pour une éthique » in *Mélanges en l'honneur de Bruno Sire*, dir : Olivier Devaux, Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 415-427

- **Rainaud. A**, « La question environnementale dans les ports », *in* Les ports en France : quelle stratégie portuaire pour un développement de l'activité ? Dir : CROS Sophie et LERIQUE Florence, Paris, Editions Eska, coll. « Stratégie, management et organisation », 2021, 139
- **Rapp. L**, « A propos du développement des sociétés de projet : étude de la nature et du régime juridiques des subdélégations », In. Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères, Paris, Litec, 2009, p. 687
- **Rézenhel. R & Mattei-Dawance. G**, Actes du colloque, « Activités portuaires et règles communautaires de concurrence. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 10 décembre 1991 (affaire n° C 179-90). *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli.* », *RFDA*, 1993, p. 356-367 V.
- **Rézenhel. R**, « Les rapports entre la ville et le port in (Colloque international Université Paris Descartes : Les ports maritimes face aux défis du développement durable) », Université Paris-Descartes, 23 octobre 2018
- **Richier. L**, « Droit exclusif et commande publique », Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert Parleani, Paris, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2021
- **Rueda. F**, « La VI^{ème} République : une nécessité de gestion publique ? », 2007, *in* : *Demain, la Sixième République ?* Presses de l'Université Toulouse1 Capitole. Series "IFR - Actes de colloques n°4" p. 291-304
- **Mouton. S**, « L'évolution du droit des contrats administratifs. Conférence 18 novembre 2019. Cour administrative de Thaïlande
- **Peraldi-Leneuf. F**, « Le consommateur citoyen et la mutation des obligations de service public in R. Kovar et D. Simon (dir) "Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché" », La Documentation française, 1998
- **Stuyck. J**, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », *in* *Mélange en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1477 s
- **Touzeil-Divina. M**, « Louis Rolland, le Méditerranéen d'Alger, promoteur et sauveteur du service public », *in* M. Touzeil-Divina, A. Levade (ss-dir), Journées Louis Rolland, le Méditerranéen, *Revue Méditerranéenne de Droit public*, n°4, Toulouse, Lextenso-l'Épitoge », *Revue méditerranéenne de droit public*, n° 4, 2016
- **Vauthier-Vezier. A**, « Chapitre I. Les mutations portuaires et économiques », *L'estuaire et le port : L'identité maritime de Nantes au XIXe siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2015, p. 13-37
- Références utilisées dans la Colloque : « La gouvernance portuaire : pouvoir, intérêts, représentations », Le Havre, 3 et 4 mars 2022 : **Ostrom. E**, (*Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, New York, Cambridge University Press, 1990) et **Coriat. B**, (*Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, éd. Les liens qui libèrent, 2015)

JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

Juridictions administratives

• Conseil constitutionnel

- Cons. const., 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105 DC
- Cons. const., 16 janv. 1982, *Loi de la nationalisation*, n° 81-132 DC
- Cons. const. 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC
- Cons. const., 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, n° 94-346 DC
- Cons. const., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 96-217 DC du 18 septembre 1986
- Cons. const., 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC
- Cons. const. 21 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2005-513 DC
- Cons. const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC
- Cons. const., 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, n° 2007-556 DC
- Cons. const., 19 janvier 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC
- Cons. const., 7 août 2008, *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, n° 2008-569 DC
- Cons. const., 16 janv. 2000, *Loi relative à l'archéologie préventive*, n° 2000-439 DC
- Cons. const., 14 mai 2012, *l'Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]*, n° 2012-242 QPC
- Cons. const., 9 mai 2019, *sur la proposition de loi affirmant le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*, n° 2019-1 RIP
- Cons. const., 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, n° 2019-781 DC
- Cons. const., 21 septembre 2018, *sur l'exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises*, n° 2018-733 QPC
- Cons. const., 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, n° 2019-823 QPC

• Tribunal des Conflits

- T. confl., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, 00706, publié dans le recueil Lebon (bac d'Eloka)
- T. confl., 20 avril 1959, *Sté nouvelle exploitation des plages*, n° 1688 : Lebon, p. 866 ; RDP 1959, p. 1059
- T. confl., 24 juin 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires et Société distilleries bretonnes*, Rec. p. 801, concl. GEGOUT
- T. confl., 11 décembre 1972, *sieur Spathis c/ Port autonome de Bordeaux* - Rec. p. 950, DMF 1973 p. 269 note J-M. Auby
- T. confl., 21 janvier 1985, *préfet, Comm. Rép. Loire-Atlantique c/ TI Nantes, Synd. FO personnels port autonome Nantes-Saint-Nazaire* : Dr. adm. 1985, comm. 157
- T. confl., 14 mars 1988, *M. Daullet c/ C.A.I.N.A.G.O.D. et port autonome de Dunkerque*, n° 2515
- T. confl., 6 juin 1989, *Préfet Région Île-de-France*, n° 02578. (Décision « ville de Pamiers »)
- T. confl., 22 juin 1998, *M. Corbusie*, DMF 1998 p. 1098 note R. Rézenthel
- T. confl., 18 oct. 1999, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Aéroports de Paris et Air France c/ TAT*, n° 03174
- T. confl., 15 décembre 2003, *Ppréfet du Val d'Oise*, n° 3395 : Rec. CE 2003, tables p. 819
- T. confl., 29 décembre 2004, *Blanckeman*, C3416, Publié au recueil Lebon
- T. confl., 21 mai 2007, *SA Codiam*, n° C3609, AJDA 2008, p. 200
- T. confl., 22 octobre 2007, *département des Bouches-du-Rhône*, n° 3625
- T. confl., 20 février 2008, *M. et Mme Verrière c/ Communauté urbaine de Lyon*, n° 3623
- T. confl., 4 mai 2009, *préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Sté Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux*, n° 3714
- T. confl., 28 mars 2011, *Groupe forestier de Beaume Haie c. Office national des forêts*, n° 3787
- T. confl., 13 octobre 2014, *Sté AXA France IARD*, n° C3963, Publié au recueil Lebon
- T. confl., 12 octobre 2015, *M. et Mme L. c/ Société Véolia Eau agence Centre et Nord Manche* n° 4022, concernant le service de distribution d'eau potable
- T. confl., 4 juill. 2016, *Sté JSC Investissement*, n° C4055, Contrats-Marchés publ. 2016, comm. n° 231, note G. Eckert. Contrats-Marchés publ. 2016, comm. n° 231
- T. confl., 12 février 2018, C4109, Inédit au recueil Lebon. Concernant un contrat de mise à disposition d'une salle de spectacle communale au profit d'une société
- T. confl., 8 avril 2019, *CNMP Port Havre* C4157, 2019

• Conseil d'Etat

- CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624
- CE, 4 mars 1910, *Ville de Montpellier*, n° 29373 Lebon, p. 193, concl. Pichat

- CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178
- CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n° 30701 : Lebon, p. 909, concl. L. Blum
- CE, 7 février 1913, *Mure*, n° 39926, publié au recueil, Note sur l'arrêt. HAURIOU M, Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 281 et suivantes
- CE, 18 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, D.H. 1931, p. 449
- CE, 20 décembre 1935, *Etablissement Vezia*, 39234
- CE, 10 novembre 1937, *Braconnot* : Rec. CE 1937, p. 182
- CE, sect., 4 mars 1938, *Cts Le Clerc* : Rec. CE 1938, p. 229.
- CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, n° 57302
- CE, sect., 28 juin 1938, *Arrêt Narcy*, Rec, p.401
- CE, sect, 5 mai 1944, *Cie maritime Afrique Orientale*, n° 66679, publié dans le recueil Lebon., p. 129. Concl. R. Chenot sur C.E., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, D. 1944, p. 164
- CE, sect, 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. 506
- CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n° 92004 rec. Lebon p. 151
- CE, 30 mai 1951, *Sieur Sempé*, Rec. p. 297
- CE, 17 février 1954 - *ministre des Travaux publics c/ Compagnie navale d'Afrique du Nord* - Rec. p. 111
- CE, 18 mai 1955, *Sté Eternit* : Rec. CE 1955, p. 819
- CE, 2 mars 1956, *Dupont* : Rec. CE 1956, p. 106
- CE, 19 octobre 1956, *Sté le Béton*, n° 20180, publié dans le recueil Lebon
- CE, Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549
- CE, 11 décembre 1957, *Sieurs Buffière et autres*, rec. Lebon, p. 666
- CE, 12 février 1958, *Station de pilotage de Honfleur* : Rec. p. 96
- CE, sect., 17 avr. 1959, *Abadie* : Rec. CE 1959, p. 239.
- CE, sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec., p. 692
- CE, 26 mars 1960, *Cie maritime transports de goudrons*, DMF 1960, p. 336
- CE, 10 décembre 1962, *Assoc. Pêche et pisciculture Orléans* : Lebon, p. 675. – CE, 1^{er} avr. 1994, n° 144152 et n° 144241 sur la délégation des prérogatives de police.
- CE, sect., 3 mai 1963, *ministre des Travaux publics et des transports c/ Cne de St Brévin-les-Pins et autres*, n°45478
- CE, sect., 30 octobre 1964, *Cne d'Ussel*, rec Lebon p.501
- CE, 27 avril 1966, *Cne d'Hossegor*, Rec. p. 287
- CE, 10 février 1967, *Sté. P*, n° 36709
- CE, Ass., 13 juillet 1967, *Allegretto*, Lebon p. 315 ; D. 1968.47, concl. Galabert.

- CE, 24 juin 1970, *min. Anciens combattants et victimes de guerre c/ Lepeltier* : Rec. CE 1970, p. 430
- CE, 12 avril 1972, *Pelte*, n°82194, Rec., p 269
- CE, sect., 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, concl. ROUGEVIN-BAVILLE, AJDA., décembre 1972, p. 646-652.
- CE, 5 juillet 1972, *SA de transit et de consignation*, n° 80671, Rec. 519.
- CE, Ass 30 mars 1973, *ministre de l'Aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme*, n° 88151
- CE, 19 décembre 1973, *S.C.I la Tour Blanche c/ Perrière*, n° 87556, Rec Tables p. 885, 997 et 1081
- CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 et 88148
- CE, 2 mars 1975, *Courrière*, n° 85544
- CE, 21 janv. 1977, *Moisand* : Rec. CE 1977, p. 34
- CE, 8 février 1980, *Delphin* : Rec. CE 1980, p. 70
- CE, 28 mars 1980 - *ministre de l'Équipement c/ Compagnie d'assurances Rhône-Méditerranée e.a.* - Rec. tables p. 823
- CE 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, n° 17995 : Lebon, p 274
- CE, 6 février 1981, *M. Epp*, n° 09689 09695
- CE, 18 mars 1981, *Sté Elf France*, n° 11011 : Rec. CE 1981, tables, p. 854
- CE, sect., 9 octobre 1981 - *MM Michat et Laurent c/ C.C.I de Toulon et du Var*, n° 11151. Publié au recueil Lebon (DMF 1982 p. 774 note R. Rézenthel)
- CE, 23 avril 1982 - *sté pour l'étude et la protection de la nature en Bretagne*, n° 23290
- CE, Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la SFENA*, n° 34252 et n° 34798, Rec. CE p. 435c (sur les limites de la privatisation en l'absence d'une loi définissant les modalités et les conditions
- CE, 21 mars 1984 - *Mansuy*, n° 24944
- CE, 31 octobre 1984 - *S.C.I « Le prieuré »*, n° 48338
- CE, 6 mai 1985, *OPHLM d'Avignon*, n°44130
- CE, 19 juin 1985 - *MM Saez et Pantaloni*, n° 46 424
- CE, 4 décembre 1985, *Sté Elf France*, n°50583
- CE, 10 octobre 1986, *Port autonome Marseille c/ Gaz de France* : Rec. CE 1986, p. 228
- CE, 24 juillet 1987, *société Carfos*, n° 69566 et 68577
- CE, 17 janvier 1990, *SARL établissements Boennec*, n° 78289
- CE, 23 mai 1990, *Mme Olga Brun*, n° 97188, RDP 1991, p. 1758
- CE, 1 mars 1991-*assoc. Des amoureux du littoral et des sites Tréedunais*-req n° 116339
- CE, 7 avril 1993 - *association pour la sauvegarde de la baie de Chingoudy* - Rec. tables p. 761. Concernant des incidences sur la surface des vasières indispensables aux oiseaux migrants par suite de travaux de dragage portuaire

- CE, 23 juin 1993 - *société industrielle de constructions et réparations* - n° 111569.
- CE, 23 juill. 1993, *CGE*, n° 138504
- CE, 10 juin 1994, *Ph. Lacan*, n° 138241 et n° 140175
- CE, 8 novembre 1996, *FFSA*, n° 124644
- CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, 169907, publié au recueil Lebon
- CE, 6 février 1998, *Deher*, n° 159512
- CE, 8 juin 1998, *ministre de l'Environnement*, n° 169243
- CE, 6 janvier 1999, *Société pour l'étude et la protection de la nature en Aunis et Saintonge (SEPRONAS)*, n° 161403, *DMF*, 1999. 449, note R. Rézenthel
- CE, 8 février 1999, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 150919
- CE, sect, 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260
- CE, sect, 9 avril 1999, *Société « The Coca-Cola Company »*, n° 201853, *Leb.* p. 119
- CE, 19 juin 1999, *Cne Liffre et a.*, n° 162034, n° 162096 et n° 162174
- CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph »*, *Féd. nat. plages restaurants*, n° 212100 et n° 212101
- CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, n° 217639
- CE, 6 avril 2001, *Min. Éducation nationale c/ Cros Decam et Michel* : *Rec. CE*, p. 180
- CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223100
- CE, Ord., 13 décembre 2002, *Sté international sporting yachting club de la mer [ISYCM]*, n° 248591
- CE, 30 décembre 2002 - *Cne de Six-Fours-les-Plages*, n° 245621
- CE, 26 février 2003, *Sté protectrice des animaux*, n° 212943
- CE, 2 juin 2003, *Assoc. Bouconne-Val de Save et a*, n° 249321
- CE, 24 septembre 2003, *Mosca et collectif officiers port et officiers port adjoints des ports autonomes*, n° 228305
- CE, 14 novembre 2003, *Association Robin des Bois*, n° 228477
- CE, 17 décembre 2003 - *société Leader Racing*, n° 236827
- CE, 9 février 2004 - *assoc. Manche-Nature*, n° 223121
- CE, 30 juin 2004 - *département de la Vendée*, n° 250124, *AJDA* 2004 p. 2210.
- CE, 4 octobre 2004, *SARL CHT*, n° 259525 : *DMF* 2005, p. 278, note R. Rézenthel et G. Rebufat
- CE, 9 mai 2006 - *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, n° 292398
- CE, 2 juin 2006, *CCI Marseille-Provence*, n° 286465
- CE, 27 septembre 2006, *arrêts Bayrou et autres*, n° 290716, Le Roy. M, CE, « Transparence et fictivité à l'épreuve de la notion d'établissement public », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, n° 4, 21 janvier 2008, p. 26-30
- CE, 9 octobre 2006, *fédération des arts martiaux traditionnels vietnamiens*, req. n° 297947

- CE, 12 octobre 2006 - *M.F.A*, n° 278899
- CE, sect., 22 février 2007 - *A.P.R.E.I*, n° 264541
- CE, sect. 6 avril 2007, *commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736
- CE, 05 juin 2007, *Sté Corsica Ferries*, n° 30528
- CE, 5 octobre 2007, *société UGC ciné*, n° 298773
- CE, 10 octobre 2007, *société SPS Tarbes*, n° 255213
- CE, 26 mars 2008, *Sté Pétromarine*, n° 291195 : JurisData n° 2008-073352, sur le service de l'amarrage et la responsabilité de l'autorité portuaire
- CE, Asse, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, Publié au recueil Lebon
- CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802
- CE, 14 juin 2010, *SAS Fayolle marine*, n° 329188
- CE 3 février 2010, *commune de Cannes*, n° 330184 ; CE 4 octobre 2004, *SARL CHT*, n° 259525
- CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Assoc. Jean Bouin*, n°338272 et n° 338527
- CE, 12 janvier 2011, *M. Georges A...*, n° 327191
- CE, 19 janvier 2011, *C.C.I de Pointe-à-Pitre*, n° 341669
- CE, 14 octobre 2011, *Sté Ocreal*, *AJDA* 5/2012, p. 275, note M.-B. Lahorgue
- CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, 2012
- CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tour vs EURL Photo Josse*, n° 3411173, Publié dans le recueil Lebon, 2012.
- CE, 12 avril 2013, *Association Coordination Interrégionale Stop THT et autres*, n° 342409
- CE, 25 octobre 2013, *Cne La Seyne-sur-Mer*, n° 370393
- CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n° 358994
- CE, 24 novembre 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, n° 352402.
- CE 27 mars 2015, *grand port maritime de Marseille*, n° 388831.
- CE Sect., 19 juin 2015, *société immobilière du port de Boulogne-sur-mer*, n° 369558, *DMF* n° 785, p. 936 2016 observ. R. Rézenthel
- CE 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux*, n° 375542.
- CE, 7 décembre 2015, *CMA CG*, n° 362766
- CE, 10 février 2016, *Sté Générin*, n° 373664 : JurisData n° 2016-002134
- CE, 4 avril 2016, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n° 396191 C : JurisData n° 2016-006553 ; Lebon T. 2016 ; JCP A 2016, act. 331
- CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole*, n° 390118, publié dans le recueil Lebon, 2016
- CE, 9 novembre 2016. *Sté Fosmax*, n° 388806
- CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n° 395314.

- CE, Juge des référés, 3 mars 2017, n° 407649, Inédit au recueil Lebon (requête de la Commune de Cannes et autres)
- CE, 14 février 2017, *grand port maritime de Bordeaux et société SMPA*, n° 405157 et 405183, Conclusions de Gilles PELLISSIER, rapporteur public (conclusions sur le site ARIANE WEB du Conseil d'État sous l'arrêt CE 14 février 2017, GPM de Bordeaux et société SMPA ; Erckert Gabriel, Note sous arrêt - Notion – « La consécration de la concession de services »
- CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et la société Coprova*, n° 401536.
- CE, 24 mai 2017, *société Régat des Iles c/ Commune de Saint-Benoît*, n° 407213
- CE, 22 septembre 2017, *société civile immobilière (SCI) A..., M. C...A...et Mme B...A...*, n° 400823
- CE 26 janvier 2018, *Var Auto et RATP*, n°409618
- CE, 3èmes et 8èmes chambres réunies, 25 mai 2018, *Commune de Cannes et autres*, 407640, Inédit au recueil Lebon
- CE, 6e et 5e ch., 9 juillet 2018, *Communes de Villiers-le-Bâcle, Châteaufort, Magny-les-Hameaux et Saclay*, n° 410917
- CE, 10 juill. 2020, *société Comptoir Négoce Equipements*, n° 430864 : JurisData n° 2020-009876 ; JCP A 2020, act. 431, obs. L. Erstein ; JCP G 2020, 929
- CE, 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains (SMEG)*, n° 427216. DMF, 04/2021
- CE, Ass., 10 mai 2023, *Grande Synthe*, n° 467982 (publié au Lebon)

• **Cour administrative d'appel**

- C.A.A. Nancy (2ème ch.) 8 octobre 1992 - *port autonome de Dunkerque c/ société Sollac* - n° 91NC00216
- C.A.A. Bordeaux 2^{ème} ch. 20 mars 1995 - *Michel Saint-Jours* - n° 93BX01328
- C.A.A. Bordeaux, 28 février 2002, *CCI Guyane*, n° 99BX01926
- C.A.A. Nantes 14 octobre 2003, *M. Henri Cacheux*, n° 01NT02101
- C.A.A. Marseille, du 23 juin 2005, *Yacht Club international du Port de St-Laurent-du-Var et.*, 02MA02069 02MA02080. Sur la sous délégation de service public
- C.A.A. Bordeaux 8 mars 2007, *VNF c /Mme Charentenay et autres*, n° 03BX00197
- C.A.A. Douai 28 février 2008, *Mme Melloni-Quemar et Mme Melloni*, n° 07DA01276
- C.A.A. Marseille, 17 juin 2014, *SAS Sovatram*, n° 12MA02502
- C.A.A. Aix-En-Provence (11ème Ch.) - 10 décembre 2015 *SA Nouveau Port de Saint Jean Cap Ferrat c/ Robert x*, n° 14-20955
- C.A.A. Bordeaux, 24 mai 2018, *Navire le Curieuse*, n° 15BX00402
- C.A.A. Bordeaux, 30 décembre 2019, *SA Ingénierie Gestion Industrie Commerce [IGIC]*, n° 17BX04004 et 18BX04275
- C.A.A. Marseille, 15 juin 2020, *B. c/ Régie des ports raphaëlois*, n° 18MA01339

- **Conseil de la concurrence/ Autorité de la concurrence**

- Cons. Conc., 5 déc. 1995, *EDA et Générale de location marseillaise*, déc. n° 95-MC-16
- Cons. Conc., 15 juin 2005, *Entreprises de manutention et de stockage sur le port de La Rochelle*, déc. n° 05-D-28
- Cons. Conc., 13 sept. 2007, *Port autonome Havre, Cie industrielle pondéreux Havre, Sté havraise transport et pondéreux Havre, Sté Havre manutention*, déc. n° 07-D-28
- Cons. Conc., 30 juill. 2008, *Port autonome du Havre et la société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH)*, déc. n° 08-D-18
- Cons. Conc., 27 févr. 2009, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent*, déc. n° 09-D-10
- Cons. Conc., 15 avril 2010, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre*, déc. n°10-D-13

Juridictions judiciaires

- **Cour de Cassation**

- C. Cass. 1re civ., 13 janv. 1982, n° 80-16.461 : JurisData n° 1982-700382
- C. Cass. com. 7 janvier 1997, *Compagnie de remorquage et sauvetage Les abeilles*, pourvoi n° 94-20585
- C. Cass. soc., 16 juill. 1997, n° 95-22.276, *Port autonome Bordeaux* : JurisData n° 1997-003382 ; Bull. civ. 1997
- C. Cass. 1re civ., 3 mai 1988, n° 86-13.931, D. 1988, I.R., p. 141, Gaz. Pal. 1988, 2, som., p. 186, sur la cession des actifs d'une entreprise du secteur public
- C. Cass 1ère ch civ 13 avril 1999, *société Dragage, transports et travaux*, n° 97-15638 (sol. impl), DMF 1999 p. 882 note R. Rézenthel
- C. Cass. com., 23 novembre 1999, *Navire Argonaut.*, Obs. R, Rézenthel, DMF 2000. 597-603
- C. Cass du 16 mai 2000, *affaire Semmaris*, n° 98-11800
- C. Cass. crim., 21 nov. 2001, 00-87.532, publié au bulletin
- C. Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n° 04-13.772, RLDC 2007, n° 34, p. 61, note G. Pillet ; RTD civ. 2006, p. 557
- C. Cass. civ. 1re 23 mars 2011, *F-P+B+I*, T., n° 10-11.889
- C. Cass, Chambre mixte, 17 mai 2013 - n° 11-22.768
- C. Cass. co., 21 janv. 2014, *société Revival*, n° 12-25.443
- C. Cass. civ, comm. 16 juin 2015, n° 13-24.698 13-25.742
- C. Cass. com, 12 Juillet 2017 - n° 15-27.703
- C. Cass. crim, 24 septembre 2019, *navire Thisseas*, n° 18-85.846
- C. Cass. 3ème civ, 6 février 2020, n° 18-25460, sur la résiliation des baux ruraux et l'agriculture biologique

- **Cour d'Appel**

- CA Paris 2^e ch. 29 avril 1950 (D. 1950, jp p.399)
- CA Paris, 9 mars 2010, Sté Nationale Corse Méditerranée, n° 2009/07930 : JurisData n° 2010-014802
- CA Paris 9 juin 2009, *Société des vedettes inter-îles vendéennes*, n° 2008/20337.
- CA d'Aix-en Provence (2^eme Ch.), 18 juillet 2013, *Navire Illusion*, n° 11.19567. Note, Rézenthel, *Responsabilité contractuelle du gestionnaire de l'outillage public portuaire pour faits de grève*, DMF n°745, 2013

Jurisprudence européenne

- CJCE 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. n° 127/73- Rec. CJCE 1974.2115.
- CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, aff. n° 2/74- Rec. p. 631
- CJCE 16 mars 1983, *societa italiana per l'Oleodotto Transalpino (S.I.O.T.) c/ ministère italien des finances e.a.*, aff. n° 266/81- Rec. p. 731
- CJCE 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. n° 227/82- Rec. 1983
- CJCE 7 février 1985, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, aff. n° 240/83 - Rec. p. 53
- CJCE 20 septembre 1988 - *Commission c/ Danemark*, aff. n° 302/86- Rec. p. 4607
- CJCE 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. 66/86- Rec. CJCE 1989, p. 80
- CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. n° C-41/90- Rec. CJCE 1991, I, p. 1979
- CJCE 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. n° 179/90
- CJCE 7 février 1993, *Poucet et autres c/ AGF et Camulac et Pistre c/ Canvava*, aff. jointes. C- 159/91 et 160/91
- CJCE 19 mars 1991 - *France c/Commission*, aff. n° C-202/88- Rec. p. I-1223
- CJCE 19 mai 1993 *Corbeau*, aff/ n° C-320/91
- CJCE 27 avril 1994, *Cne d'Almelo*, R.-I. 1477
- CJCE 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. C-18/93- Rec. p. I-1783. CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. n° C-18/93, Rec. p. I-1783, obs. BONASSIES (P.), DMF 1994. 665-668
- CJCE 19 juillet 1994, *SAT Fesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, aff. n° C-6364/92- Rec. CJCE 1994. P. I-43
- CJCE 23 février 1995, *Bordessa e. a.*, aff. n° C-358/93 et C-416/93- Rec. p. I-361
- CJCE 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e. a.*, aff. n° C-163/94, C-165/94 et C-250/94- Rec. p. I-4821

- CJCE 11 juillet 1996, *Regina, Secretary of State for the Environment e.a.* - aff. n° C-44/95 - Rec. p. I-3843
- CJCE 18 mars 1997, *Diego Cali c/ Servizi ecologici porto di Genova*, aff. n° C-343/95 - Rec. CJCE 1997, I, p. 154
- CJCE 17 juillet 1997, *GT-Link A/S*, aff. n° C-242/95- Rec. CJCE 1997, I, p. 4449
- CJCE 23 octobre 1997, *COM c/ France*, aff. n° C- 159/94 – Rec. CJCE 1997, I, p, 5815
- CJCE 12 février 1998, *Silvano Raso*, aff. n° C-163/96 - Rec. [1998] p. I-0533
- CJCE 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. n° C-35/96 - Rec. p. I-3851
- CJCE 18 juin 1998, *société Corsica ferries France et Groupe Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Copo art et autres*, aff. n° C-266/96
- CJCE 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. n° C-412/96
- CJCE 18 mars 1999, *Commission c/France*, aff. n° C-166/97
- CJCE 1er juin 1999, *Klaus Konle*, aff. n° C-302/97 - Rec. p. I-3099
- CJCE 29 juin 1999, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, aff. n° C-256/97 - Rec. p. I-3926
- CJCE 21 septembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, aff. n° C-219/97
- CJCE 5 octobre 1999, *France c/ Commission*, aff. n° C-251/97 - Rec. p. I-6639
- CJUE 15 décembre 2009, *Aff T156-04 EDF c/ Commission*, aff. n° C-124/10 P sur les aides accordées par les autorités françaises à EDF
- CJCE du 27 juin 2000, *Commission / Portugal*, aff. n° C-404/97 - Rec. 2000 p. I-4897
- CJCE 3 octobre 2000, *Echirolles distribution SA et association du Dauphiné*, aff. n° C-9/99
- CJCE 7 novembre 2000, *Secretary of State for the environment, transport, and the regions*, aff. n° C-371/98, Rec. p. I-9235, conclusions, Ph. Léger
- CJCE 20 février 2001, *Association Professionnelle des Entreprises de Navires de Lignes Régulières (Analir) e.a. Contre l'Administration Générale de l'Etat*, aff. n° C-205/99, CJCE 2001, p. I-1271
- CJCE 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits, épouse Geraets c/ Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, aff. n° C-157/99 - Rec. p. I-5473
- CJCE du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, aff. n° C-143/99
- CJCE 22 novembre 2001, *Ferring c/ ACOSS*, aff. n° C-53/00 - Rec. p. I-9067
- CJCE 16 mai 2002, *France c/ Commission*, aff. n° C 482/89- Rec. p. I-4397 Affaire Stardust/ sur la notion d'aides provenant de ressources de l'État
- CJCE 13 juin 2002, *Inspecteur Van de Belastingdienst douane*, aff. n° C-430/99 et C-431/99
- CJUE 24 octobre 2002 *Aéroports de Paris/Commission*, aff. n° C-82/01
- CJCE 14 novembre 2002, *Geha Naftiliaki EPE*, aff n° C-435/00

- CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg* aff n° C-280/00 - Rec. p. I-774
- CJCE 27 novembre 2003, *Enirisorse SPA, et Ministero Delle Finanze*. aff n° C-34/01 à C-38/01, Rézenthel, R, « Note sous arrêt, L'attribution par l'Etat d'une partie d'une taxe portuaire à une entreprise de manutention au regard du droit de la concurrence, *DMF*, n° 643, 1er décembre 2003, p. 1122-1134
- CJCE 9 septembre 2003, *Consorzio industrie Flammiferie (CIF)*, aff. n° C-198/01
- CJUE 18 novembre 2004, *Commission c/ Allemagne*, aff n° C-126/03
- CJCE 2 juin 2005, *Commission c/ Italie*, aff. n° C-83/03
- CJCE 21 juillet 2005, *Coname*, aff. n° C-231/03, Rec. CJCE 2005, I, p. 7287. Sur l'application des articles 43 CE, 49 CE et 81 CE – Concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz
- CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. n° C-458/03
- CJCE 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. n° C-451/03
- CJCE 6 avril 2006, *ANAV*, aff. n° C-410/04 sur l'application des principes d'égalité et non-discrimination en raison de la nationalité lors de la conclusion de la concession par une autorité publique
- CJCE 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. n° C-260/04
- CJCE 11 décembre 2007, *International transport worker's federation*, aff. n° C-348/05
- CJCE 22 mai 2008, *Citiworks AG*, aff. n° C-439/06
- CJCE 17 juillet 2008, *ASM Brescia Sp*, aff. n° C-347/06
- CJCE 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. n° C-324/07
- CJCE 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. n° C-206/08 - Rec. p. I-8377
- CJUE 4 mars 2010, *Commission européenne c/ République française*, aff. n° C-241/08. (Évaluation des incidences sur l'environnement et la définition des ZSC) Not de Jolivet S, *Revue juridique de l'Environnement*, vol. 35, n° 4, 2010, p. 701-711
- CJUE 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09
- CJUE 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, aff n° C-348/10
- CJUE 16 février 2012, *Solvay e.a. c/ Région Wallonne*, aff. n° C-182/10
- CJCE 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle/Commission*, aff. n° C-288/11
- CJUU 3 avril 2014, *France c/ Commission*, aff. n° C-559/1 (relative à la garantie présentée par la France à la Poste)
- CJUE 11 décembre 2014, *Commission c/ Espagne*, aff. n° C-567-13
- CJUE 14 janvier 2016, *Grüne Liga Sachsen*, aff. n° C-399/14
- CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14, *Mario Melis e.a.*, aff n°. C-67/15
- CJUE 21 juillet 2016, *Hilde Orleans c/ Vlaams Gewest*, aff n° C-387/15 et C-388/15
- CJUE 10 novembre 2016, *Commission c/ Grèce*, aff. n° C-504/14

- CJUE du 10 juillet 2019, *WESTbahn Management GmbH contre ÖBB-Infrastruktur AG* aff n° C-210/18, relatif au statut des quais à voyageurs
- CJUE le 7 mai 2020, *Rina*, aff. n° C-641/18 sur les activités des sociétés de classification et de certification des navires
- CJUE grande Ch., 1er août 2022, aff. jointes C-14/21 et C-15/21 arrêt *Sea Watch*
- TPICE 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing Ltd c/ Commission*, aff. n° T-67/94, pt 54
- TPI 31 mai 2018 *Groeningen Seaports*. aff. n° T- 160/16
- TPI 5 août 2003, *P & O European Ferries (Viczaya)*, aff. n° T-116/01 et T-116/01
- TPI 13 septembre 2005, *Lucia Recalde Langarica c/ Commission*, aff. n° T-283/03
- TPI 20 septembre 2019, *Havenbedrijf Antwerpen NV et Maatschappij van de Brugse Zeehaven NV contre Commission européenne*, aff. n° T-696/17

TEXTES LEGISLATIFS, REGLEMENTAIRES ET TEXTES INTERNATIONAUX

Réglementation française

- Accord-cadre du 30 octobre 2008 relatif à la réforme portuaire.
- Arrêté du 13 avril 2015 fixant les modalités particulières d'application aux réseaux présentant des caractéristiques d'exploitation comparables à celles du réseau ferré national des dispositions des titres II et V du décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire, fixant les caractéristiques de l'inscription d'identification prévue à l'article 57 du décret du 19 octobre 2006 précité et fixant les conditions et modalités d'application des arrêtés prévus par le décret du 19 octobre 2006
 - **Décrets**
- Décret n° 69-515 du 19 mai 1969 relatif au régime du pilotage dans les eaux maritimes (JORF 01 juin 1969 p.5459) modifié
- Décret n° 85-453 du 23 avril 1985 adopté pour l'application de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, JORF n° 0096 du 24 avril 1985
- Décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n°75 du 29 mars 1993
- Décret n° 99-782 du 9 septembre 1999 modifiant le code des ports maritimes, JORF n°211 du 11 septembre 1999

- Décret n° 2000-682, 19 juill. 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le Code des ports maritimes, JORF n°167 du 21 juillet 2000
- Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'Etat, JORF n°211 du 10 septembre 2004
- Décret n°2004-1223 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France et Décret n°2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France, JORF n°269 du 19 novembre 2004
- Décret n°2007-1867 du 26 décembre 2007 relatif aux voies ferrées portuaires et modifiant le CPM, JORF n°0303 du 30 décembre 2007, p. 21839
- Décret n° 2009-556 du 19 mai 2009 créant le conseil de coordination interportuaire de la Seine, JORF n°0117 du 21 mai 2009
- Décret n° 2009-877 17 juillet 2009 portant règlement général de police dans les ports maritimes de commerce et de pêche, JORF n°0165 du 19 juillet 2009
- Décret n°2009-1009 du 25 août 2009 créant le conseil de coordination interportuaire de l'Atlantique, JORF n°0197 du 27 août 2009
- Décret n°2010-814 du 13 juillet 2010 relatif à la sécurité et à l'interopérabilité du système ferroviaire, JORF n°0164 du 18 juillet 2010, p. 13286
- Décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire, JORF n°0019 du 22 janvier 2012
- Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, JORF n°0262 du 10 novembre 2012
- Décret n° 2014-1670 du 30 décembre 2014 relatif aux dispositions du livre III de la cinquième partie réglementaire du code des transports et à leur adaptation à l'outre-mer (Décrets en Conseil d'Etat et décrets simples)
- Décret n° 2018-1204 du 21 décembre 2018 relatif aux procédures d'autorisations des installations de production d'énergie renouvelable en mer, JORF n°0297 du 23 décembre 2018 (pour l'application de Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance)
- Décret n° 2020-1559 du 9 décembre 2020 relatif à l'exploitation des terminaux des grands ports maritimes, JORF n°0298 du 10 décembre 2020
- Décret n° 2021-776 du 16 juin 2021, JORF n°0140 du 18 juin 2021 relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants d'installations de service et portant diverses dispositions en matière de transport ferroviaire

- **Lois**

- Loi du 28 mars 1928 sur le régime du pilotage dans les eaux maritimes, JORF du 31 mars 1928, p. 3673
- Loi du 11 août 1936 sur la nationalisation de la fabrication des matériels de guerre, JORF du 12 août 1936
- Loi n° 47-1746 du 6 septembre 1947 sur l'organisation du travail de manutention dans les ports, JORF du 7 septembre 1947

- Loi n°63-1178 du 28 novembre 1963 relative au domaine public maritime, JORF du 29 novembre 1963 (Version abrogée depuis le 01 juillet 2006)
- Loi n°65-356 du 12 mai 1965 (modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JORF du 13 mai 1965
- Loi n°65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes, JORF du 30 juin 1965.
- Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, JORF du 24 juin 1966
- Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF n° 0162 du 13 juillet 1976
- Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n° 0167 du 20 juillet 1976 p 4320, (abrogée)
- Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation, JORF n° 0037 du 13 février 1982
- Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, JORF n° 0163 du 16 juillet 1982
- Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, JORF n° 0175 du 30 juillet 1982
- Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs JORF n° 0304 du 31 décembre 1982
- Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, (loi Defferre), JORF du 9 janvier 1983
- Loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, JORF du 6 juillet 1983. (Version abrogée depuis le 21 septembre 2000)
- Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, JORF du 27 juillet 1983
- Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, JORF n° 0022 du 26 janvier 1985
- Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (LOTI), JORF du 4 janvier 1986
- Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 (abrogée) autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, JORF du 3 juillet 1986
- Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, JORF du 7 août 1986
- Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JORF n°0157 du 8 juillet 1990
- Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, JORF n°162 du 14 juillet 1992
- Loi n° 91-1385 du 31 décembre 1991 portant dispositions diverses en matière de transports, JORF n°1 du 1 janvier 1992
- Loi n° 92-2 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n°3 du 4 janvier 1992.

- Loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages, JORF n°7 du 9 janvier 1993
- Loi n° 92-496 du 9 juin 1992 modifiant le régime du travail dans les ports maritimes, JORF n°0133 du 10 juin 1992
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, « loi Sapin I », JORF n°25 du 30 janvier 1993
- Loi 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF n°171 du 26 juillet 1994, (Décrets d'application du 6 mai 1995 et du 2 décembre 1996)
- Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n°31 du 5 février 1995
- Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, JORF n°0001 du 1 janvier 1997
- Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire, JORF n° 39 du 15 février 1997, p. 2592
- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°35 du 11 février 2000
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001
- Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JORF du 4 janvier 2003
- Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n°190 du 17 août 2004
- Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, JORF n°93 du 21 avril 2005
- Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, JORF n°5 du 6 janvier 2006
- Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005
- Loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, JORF n°0156 du 5 juillet 2008
- Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008
- Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (loi Grenelle 1), JORF n°0179 du 5 août 2009
- Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle 2), JORF n°0160 du 13 juillet 2010
- Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011

- Loi n° 2012-260 du 22 février 2012 portant réforme des ports d'outre-mer relevant de l'État et diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, JORF n°0048 du 25 février 2012
- Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°0002 du 3 janvier 2014
- Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, JORF n°0179 du 5 août 2014
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron », JORF n°0181 du 7 août 2015
- Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015, p. 13705
- Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015
- Loi n° 2015-1592 du 8 décembre 2015 tendant à consolider et clarifier l'organisation de la manutention dans les ports maritimes, JORF n°0285 du 9 décembre 2015
- Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue, JORF n°0143 du 21 juin 2016
- Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique « loi Sapin II », JORF n°0287 du 10 décembre 2016
- Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, JORF n°0147 du 28 juin 2018
- Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, JORF n°0184 du 11 août 2018
- Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous
- Loi n°2019-648 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « Pacte », JORF n°0119 du 23 mai 2019
- Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, JORF n°0261 du 9 novembre 2019
- Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JORF n°0299 du 26 décembre 2019
- Loi n° 2021-710 du 4 juin 2021 visant à moderniser les outils et la gouvernance de la Fondation du patrimoine, JORF n°0129 du 5 juin 2021
- Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, ORF n°0244 du 19 octobre 2021

• Ordonnances

- Ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004, portant transposition de la directive 80/723/CEE 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JORF n°0133 du 10 juin 2004

- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004
- Ordonnance n° 2004-691 du 12 juillet 2004 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports, JORF n°162 du 14 juillet 2004
- Ordonnance n° 2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du code des ports maritimes (partie législative), JORF n°179 du 3 août 2005
- Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, JORF n°0255 du 3 novembre 2010
- Ordonnance n°2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n°0068 du 21 mars 2014
- Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relatif à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, JORF n° 0194 du 23 août 2014
- Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, Texte n° 38
- Ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, JORF n° 0162 du 16 juillet 2015
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016, Texte n° 66
- Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, JORF n°0181 du 5 août 2016, Texte n° 10
- Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, JORF n° 0181 du 5 août 2016
- Ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JORF 27 janvier 2017, JORF n° 0023 du 27 janvier 2017
- Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » prise en application de la loi Sapin II-n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, JORF n°0093 du 20 avril 2017
- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018
- Ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires, JORF n°0171 du 25 juillet 2019
- Ordonnance n° 2019-397 du 30 avril 2019 portant transposition de la directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et de la directive (UE) 2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire et l'adaptation du droit français au règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004, JORF n°0102 du 2 mai 2019, Texte n° 52

- Ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF, JORF n°0128 du 4 juin 2019
- Ordonnance du 21 avril 2021 relative à l'exercice des activités des plateformes d'intermédiation numérique dans divers secteurs du transport public routier, JORF n°0095 du 22 avril 2021, Texte n° 45
- Ordonnance n° 2021-614 du 19 mai 2021 relative à la fusion du port autonome de Paris et des grands ports maritimes du Havre et de Rouen en un établissement public unique, JORF n°0116 du 20 mai 2021, Texte n° 19

Réglementation européenne

- Directive 69/75/CEE du Conseil du 4 mars 1969 concernant l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux zones franches, JO L 58 du 8.3.1969, p. 11–13
- Directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 (modifiée) concernant la conservation des oiseaux sauvages « Directive Oiseaux », JO L 103 du 25.4.1979, p. 1
- Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement, JO L 175 du 5.7.1985, p. 40–48 (Abrogé par la directive n° 2011/92/UE du 13/12/11 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement)
- Directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaires, JO L 237 du 24.8.1991, p. 25–28
- Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que des espèces de la faune et de la flore sauvages « Directive Habitats », JO L 206 du 22.7.1992, p. 7–50
- Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L 27 du 30.1.1997, p. 20–29
- Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JO L 204 du 21.7.1998, p. 1–12
- Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JO L 193 du 29.07.2000, p. 75-78
- Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, JO L 75 du 15.3.2001, p. 29–46
- Directive n° 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 27 juin 2002 relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi des navires, JO L 208 du 5.8.2002, p. 10–27
- Directive 2003/55 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JO L 176 du 15.7.2003, p. 57–78

- Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, JO L 283 du 31.10.2003, p. 51–70
- Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (directive sur la sécurité ferroviaire), JO L 164 du 30.4.2004, p. 44–113
- Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dite directive services, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36–68
- Directive 2009/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2002/59/CE relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, JO L 131 du 28.5.2009, p. 101–113
- Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, JO L 20 du 26.1.2010, p. 7–25
- Directive n° 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13/12/11 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement JO L 26 du 28.1.2012, p. 1–21 (modifiée par Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014)
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94 du 28.3.2014, p. 1–64
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65–242
- Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JO L 124 du 25.4.2014, p. 1–18
- Directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs, JO L 307 du 28.10.2014, p. 1–20
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, COM/2001/0035 final - COD 2001/0047, JO C 154E du 29.5.2001, p. 290–296
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, COM/2004/654 final du 13 octobre 2004. Document retiré par la Commission le 17 mars 2006. (Notification de retrait publiée au JO du 15 avril 2006, p. 5740)
- Règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers, JO L 378 du 31.12.1986, p. 1–3

- Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 156 du 28.6.1969, p. 1–7
- Règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers, JO L 378 du 31.12.1986, p. 1–3
- Règlement (CEE) n° 2504/88 du Conseil du 25 juillet 1988 relatif aux zones franches et entrepôts francs, JO L 225 du 15.8.1988, p. 8 modifié par le règlement 1604/92 du 15 juin 1992, JO L 173 du 27.6.1992, p. 30
- Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, JO L 240 du 24.8.1992, p. 8–14
- Règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le Code des douanes communautaire, JO L 302 du 19.10.1992, p. 1–50 modifié par le Règlement (UE) n° 952/2013 du 9 octobre 2013 du PE et du Conseil établissant le Code des douanes de l'Union, JO L 269 du 10.10.2013, p. 1–101
- Règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime), JOCE n° L 364 du 12 décembre 1992 p. 7 à 10
- Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (lié aux aides d'État), JO L 83 du 27.3.1999, p. 1–9
- Règlement (CE) n° 725/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires, JO L 129 du 29.4.2004, p. 6–91
- Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE, JO L 348 du 20.12.2013, p. 1–128
- Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JO L 187 du 26.6.2014, p. 1–78
- Règlement (UE) n° 1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe modifiant le règlement (UE) n° 913/2010 et abrogeant les règlements (CE) n° 680/2007 et (CE) n° 67/2010, JO L 348 du 20.12.2013, p. 129–171
- Règlement (UE) n° 2017/352 du Parlement Européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, JO L 57 du 3.3.2017, p. 1–18
- Règlement délégué (UE) n° 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017 complétant la directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la mise à disposition, dans l'ensemble de l'Union, de services d'informations sur les déplacements multimodaux, JO L 272 du 21.10.2017, p. 1–13

- Règlement (UE) n° 2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n° 651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que les régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale en faveur des régions ultrapériphériques, et modifiant le Règlement (UE) 702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles, JO L 156 du 20.6.2017, p. 1–18
- Règlement d'exécution (UE) n° 2017/2177 de la Commission du 22 novembre 2017 concernant l'accès aux installations de service et aux services associés au transport ferroviaire, JO L 307 du 23.11.2017, p. 1–13
- Règlement (UE) n° 2020/697 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant le règlement (UE) 2017/352 afin de permettre au gestionnaire d'un port ou à l'autorité compétente de faire preuve de flexibilité en ce qui concerne la perception de redevances d'infrastructure portuaire dans le contexte de la propagation de la COVID-19, JO L 165 du 27.5.2020, p. 7–9
- Règlement (UE) n° 2020/1056 du Parlement Européen et du Conseil du 15 juillet 2020 concernant les informations électroniques relatives au transport de marchandises, JO L 249 du 31.7.2020, p. 33–48
- Traité de Rome, Traité instituant la Communauté Economique Européenne, (TCEE), 25.3.1957, (non publié au Journal officiel)
- Traité de Maastricht sur l'Union européenne, Traité instituant la Communauté européenne, (TCE), JO C 224 du 31.8.1992, p. 6–79
- Traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JO C 340 du 10.11.1997, p. 1–144
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13 décembre 2007 à Lisbonne, (TFUE), version consolidée (JO C 202 du 7.6.2016, p. 47-360)

Réglementation internationale

- Convention de **Bruxelles** relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissance. 25 août 1924 (modifiée par le protocole du 23 février 1968 et par le protocole du 21 décembre 1979)
- Déclaration universelle des droits de l'homme. Paris, 10 décembre 1948
- Convention internationale de **Kyoto** pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers. 18 mai 1973 (amendée par le Protocole d'amendement à la convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers. Bruxelles. 26 juin 1999, JO L 86 du 3.4.2003, p. 23–44)
- Convention internationale de **MARPOL** pour la prévention de la pollution marine par les navires, signée à Londres 2 novembre 1973 et complétée par le protocole de 1978
- Convention internationale **SOLAS** (La safety of life at sea) pour la sauvegarde de la vie en mer, Londres, 1 novembre 1974. Modifiée par l'Organisation maritime internationale (OMI), conférence le 12 décembre 2002

- Convention internationale du travail de **Genève** concernant la protection des travailleurs contre les risques professionnels dus à la pollution de l'air, au bruit et aux vibrations sur les lieux de travail. 20 juin 1977
- Mémoire d'entente de Paris sur le contrôle des navires par l'État du Port. 26 janvier 1982, applicable depuis le 1er juillet 1982
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, **Montego Bay**, 10 décembre 1982
- Résolution A 578(1985) adoptée par the Security Council, (OMI), à sa 2635^{em} réunion, à 12 décembre 1985
- Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 19 avril 1991
- Convention sur la biodiversité biologique (CDB) adoptée lors du sommet de la Terre (**Rio de Janeiro**). 5 juin 1992

ETUDES, COMMUNICATIONS, ET RAPPORTS

• Rapports généraux :

- **ACQUAVIVA Jean-Félix**, *Proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution n° 1867 visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*, N° 1867, enregistrée à la présidence de l'Ass. N. le 10 avril 2019
- **ANGLADE Pieyre-Alexandre**, Rapport sur le projet de la loi constitutionnelle complétant l'article 1^{er} de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement (n° 3787), Assemblée nationale, N° 3894, 17 février 2021
- **AUROI Danielle**, Rapport d'information sur l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports, N°1154, Commission des affaires européennes, Assemblée nationale, 2013
- **BARBIER DE LA SERRE René et autres**, *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport à M. Francis MER, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 24 février 2003
- **BESSELAT Jean-Yves**, Rapport de sur le projet de la loi (après adoption par le Sénat et déclaration d'urgence), portant réforme portuaire, N° 907, 11 juin 2008, Assemblée nationale
- **BOLLIET. A, LAFFITTE. M, GRESSIER. C et GENVOIS. R**, *Rapport sur la modernisation des ports autonomes*, Inspection générale des finances N°2007-M-031-01. Conseil général des Ponts et Chaussées, N° 005126-01, 2007, 136 p.
- **CATOIRE. S et al**, *La mise en œuvre des projets portuaires pour y développer durablement les activités logistiques et industrielles*, Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, CGEDD N° 008724-01, CGEJET N° 2012/34/CGEJET/SG, Octobre 2013

- **CNDP**, Bilan du débat public Calais Port 2015. Septembre 2009 - Janvier 2010 établi par le Président de la Commission nationale du débat public
- **Comité interministériel de la mer CIMer**, Document ministériel thématique, Secrétariat de la mer, Premier ministre Edouard PHILIPPE, dossier de presse *in* Comité interministériel de la mer CIMer 2018
- **DANTEC Ronan & LONGEOT Jean-François**, Rapport sur *la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi*, N° 517, Commission d'enquête, Sénat, 25 avril 2017
- **DECLUDT A**, Rapport sur *la transformation du modèle économique des grands ports maritimes*, par Inspection générale des finances N° 2018-M-040-06 et Conseil général de l'environnement et du développement durable N° 012059-01, novembre 2018
- **ESPO**, Rapport. Report of an enquiry into the current situation in the major community sea- ports, publication ESPO, Bruxelles, 1996
- **FIDELIN Daniel**, Rapport, sur *le projet de la loi portant réforme des ports d'outre-mer relevant de l'État et diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports*, N° 3858, fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Ass.N, 7 décembre 2011
- **FILLEUL Martine & MANDELLI Didier**, Rapport d'information relatif à *la stratégie nationale portuaire*, N°520, Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, 2021
- **Haropa**, Document de référence du réseau ferré portuaire, 2019, Haropa, Ports de Paris
- **HORNUS, H et al**, Rapport Interministériel sur *Navires en difficulté et recours aux lieux de refuge*, Inspection générale de l'environnement, Inspection générale des services et des affaires maritimes, Conseil général des ponts et des chaussées, n° 2003-0031-02, le 19 juin 2003
- **GALLAIS-BOUCHET. A**, « La cession des outillages aux entreprises de manutention dans les Grands Ports Maritimes français », *Note de Synthèse n°138 ISEMAR*, oct. 2011
- **Gouvernement**. COM (2020) 498 final, du Gouvernement à l'Ass., et au Sénat, *Texte soumis en application de l'article 88-4 de la Constitution. Proposition portant proposition de décision d'exécution du Conseil autorisant la France à appliquer un taux réduit de taxation à l'électricité directement fournie aux navires se trouvant à quai dans un port conformément à l'article 19 de la directive 2003/96/CE*, 2020
- **GONNOT François-Miche**, Rapport sur le *Projet de loi relatif aux aéroports*, n° 2045, Assemblée nationale (1914), le 1er février 2005
- **JANET Léon** Président de la Commission de Travaux publics, Rapport du 13 juillet 1906 - I. n° 349, A., an., S.O., p. 2033. Cité dans : Bruno Marnot, *La politique des ports maritimes en France de 1860 à 1920*, In : Histoire, économie et société, 1999, 18^e année, n°3. pp. 643-658
- **KARAMANLI Marietta & PICHEREAU Damien**, Rapport d'information, sur *la stratégie européenne en matière de mobilité durable et intelligente*, de la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, N° 4599, 20 octobre 2021

- **MASSION Marc**, sur *la situation des ports maritimes français au regard des ports du Benelux « Politique portuaire et concurrence européenne : agir pour ne pas subir »*, Rapport d'information- Mer et Littoral n° 295, Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, Sénat, 13 février 1989
- **Ministère de l'économie et des finances et de la souveraineté industrielle et numériques**, *Panorama sectorielle*, transports, 2017
- **Ministère de la transition écologique**, *Aide au transport combiné*, information sur le site du Ministère de la transition écologique, (Transport fluvial et professionnels de la voie d'eau), publié le 7 mai 2019 (modifié le 23 août 2019)
- **NORA Simon**, Rapport sur *les entreprises publiques*, **Comité interministériel** des entreprises publiques, avril 1967, Groupe de travail du la Documentation française, 1968
- **Norlink**, Rapport : *Comment la digitalisation peut-elle encourager le report modal vers le fluvial ?* 09 novembre 2020, Site de la fédération associative concernés par les secteurs Portio-fluvio-ferroviaire (Norlink)
- **Observatoire des énergies de la mer du Cluster Maritime Français**, « Les ports français, acteurs incontournables du déploiement des énergies marines renouvelables » Note réalisée par l'Observatoire des énergies de la mer du Cluster Maritime Français, en partenariat avec l'Union des Ports de France, 8 octobre 2020
- **PAUL Daniel**, Rapport d'information, sur la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires, N°3507, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne (COM [2001] 35 final/E 1702), Assemblée nationale, décembre 2001
- **REVEL Charles**, Rapport. *Projet de loi portant réforme portuaire*, N°331, Commission des affaires économiques, Sénat, 14 mai 2008
- **SALLENAVE Pierre**, Note. *Compétitivité de la vallée de la Seine : comment redresser la barre ?* Institut Montaigne, janvier 2021
- **Sénat, service d'affaires européennes**, Rapport, *Le régime d'administration des ports maritimes*, Étude de législation comparée n° 32, janvier 1998
- **VASPART Michel**, Rapport d'information : « Réarmer » nos ports dans la compétition internationale, N° 580, Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, 1^{er} juillet 2020
- **VASPART, Michel**, Proposition de loi relative à *la Gouvernance et à la performance des ports maritimes français*, Sénat, n° 723, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2020
- **Décisions, rapports et documents des institutions européennes :**
 - Commission européenne. Décision n° 94/19/CE du 21 décembre 1993 relative à la procédure de l'article 86 du traité CE concernant le port de Holyhead (R.U) - IV/34-689 - Sea containers c/ Stena Sealink - mesures provisoires
 - Rapport annuel. XXVe Rapport sur la politique de concurrence, 1995. Publications Office, 1996

- Commission européenne. Communication. « Les services d'intérêt général en Europe », 11 septembre 1996 [COM/96/0443 final]. Document n° 96/C 281/03 - JOCE. n° C 281 du 26 septembre 1996 p. 3 CE
- Commission européenne. Communication du 10 septembre 1997 relative au renforcement de projets de réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé. [COM (1997), 453 final]
- Commission européenne. Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, 10 décembre 1997, [COM/97/0678 final - Non publié au Journal officiel]
- Commission européenne. Avis du Comité économique et social sur « Les services d'intérêt général », n° 1999/C 368/17 – JOCE. n° C 368 du 20 décembre 1999 p. 51-57
- Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, JO C 121 du 29.4.2000, p. 2–13
- Commission européenne. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Partenariats public-privé dans le cadre d'Horizon 2020 : un outil puissant pour atteindre les objectifs d'innovation et de croissance en Europe », [(COM (2013) 494 final du 10 juillet 2013]
- Communication (CE) au Parlement européen et au Conseil. « Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe », [COM (2001) 0035, final]
- Commission européenne. Proposition de la Commission de directive du Parlement et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, 13 février 2001, COM (2001) 35 final - E1702 - 2001/0047 (COD)
- Commission européenne. Livre vert sur les services d'intérêt général 21 mai 2003, [COM(2003) 270 final – JOCE C 76 du 25.03.2004]
- Commission européenne. Comm. De presse : « Politique portuaire : la Commission européenne lance une réflexion globale et une consultation » de la Commission à la suite de la participation de la Commission dans la conférence de ESPO “*A European Policy for Seaports – Suggestions on the way forward*”, juin 2006 à Stockholm
- Résolution du Parlement du 4 septembre 2008 sur une politique portuaire européenne, JOUE C 295 E du 04 décembre 2009
- Commission européenne. Livre blanc : Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources [COM (2011) 144 final, 30 mars 2011]
- Commission européenne. Publication, « Développement portuaire et activités de dragage dans les estuaires et les zones côtières Natura 2000 », Office des publications de l'Union européenne, 2012
- Commission européenne. Communication. « Les ports : un moteur pour la croissance », Propositions de la Commission pour la remise à niveau de 300 ports maritimes. 23 mai 2013, [COM (2013) 295 final]
- Commission européenne. Décision du 2 juillet 2013 concernant l'aide SA.35418 Extension du Port du Pirée, (2012/N) – Grèce – Extension du Port du Pirée, OJ C 256 du 5.09.2013, p. 2

- Commission européenne. Décision du 27 mars 2014 concernant l'aide d'Etat SA.38302 Port de Salerne, – Italie – Port de Salerno, JO C n° 156 du 23.05.2014, p.1
- Commission européenne. Communication, relative à la notion d'aide d'Etat visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE (2016/C 262/01)
- Commission européenne. Décision (UE) 2017/2115 de la Commission du 27 juillet 2017 concernant le régime d'aides SA.38393 (2016/C, ex 2015/E) mis à exécution par la Belgique — Fiscalité des ports en Belgique [notifiée sous le numéro C(2017) 5174]
- Commission européenne. Décision du 29/06/2015 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.7523 - CMA CGM / OPDR) sur base du Règlement (CE) N 139/2004 du Conseil
- Commission européenne. Décision (UE) 2017/2116 de la Commission du 27 juillet 2017 concernant le régime d'aides SA.38398 (2016/C, ex 2015/E) mis à exécution par la France
- Décision (UE) 2021/1757 de la Commission du 4 décembre 2020 concernant le régime d'aides SA.38399 - 2019/C (ex 2018/E) mis à exécution par l'Italie - Impôt sur les sociétés applicable aux ports en Italie, JO L 354 du 6.10.2021, p. 1-28
- Commission européenne, Document pour information, Objet : Aide d'Etat SA.53158 (2019/N) - France Décision du 29.10.2019, C (2019) 7806 final : prolongation du régime d'aide à l'exploitation de services réguliers de transport combiné de marchandises alternatifs au mode tout routier pour la période 2018-2022, Bruxelles

• **Avis et rapports du Conseil d'Etat :**

- **CE. Avis**, sect. Travaux publics, 15 juillet 1992, n° 352281, Rec., p. 435, RATP, Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz 2002, P. 616
- **CE. Avis**, sect. Travaux publics sur la diversification des activités d'EDF/GDF, 7 juillet 1994 n° 356089
- **CE. Rapport annuel** 1995, « Service public, services publics : déclin ou renouveau », EDCE 1995
- **CE. Avis** du 22 novembre 2000, Société L et P Publicité **SARL**
- **CE. Rapport public** sur les autorités administratives indépendantes, **2001**
- **CE. Rapport d'étude** sur les établissements publics, 2009
- **CE. Avis** de la section de l'intérieur, sur les groupements d'intérêt public, 15 octobre 1985, EDCE 1986, n° 37, p. 189
- **CE. Avis**, du 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité SARL*, n° 223645
- **Discours et interventions**. Intervention **par Jean-Marc SAUVE**, « La notion de service d'intérêt économique général », lors du **Colloque** de la Société de législation comparée, 2011
- **Dossiers thématiques du Conseil d'Etat**, « Le juge administratif et le droit de l'environnement », 1 juin 2015
- **Guide des outils d'action économique du Conseil d'Etat**, famille : « Entreprises et participations publique », fiche 15, septembre 2019

- **Cour des comptes :**

- C. Com., Rapport. *Application de la loi du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes*, 1990
- C. Com., Rapport public. Cour des Comptes, *La politique portuaire française*, éd. Des journaux officiels, octobre. 1999
- C. Com., Rapport public thématique, *Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action*, Juillet 2006
- C. Com., Rapport d'observations définitives, *Société d'économie mixte "Delta3 " à Dourges (Pas-de-Calais)*, 2007
- C. Com., Rapport public annuel, *La réforme portuaire : une mise en œuvre marquée par des compromis*, 2012

JURISCLASSEURS, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES ET REPERTOIRES

- **Alves. C.-M.**, « Fasc. 2350- Transports et développement durable », *JurisClasseur Environnement*, octobre 2014 (MAJ en novembre 2018), in : lexis360.fr
- **Arzul. G.**, « Fasc. 810-5 : Transport fluvial. – Domaine public fluvial. – Utilisation », *JurisClasseur Transports*, 15 avril 2019, (MAJ 30 mai 2022), in : lexis360.fr
- **Charbit. N.**, « Fasc 120 : Droit de la concurrence et secteur public.- Applicabilité et compétence », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 2011, in *Droit des contrats administratifs*, Richer L., Lichère F., LGDJ, 2021
- **Balle. F.**, [*Encyclopaedia Universalis, V° Libéralisme*](#)
- **Belrahli-Bernard. H & Manson. S.**, « Fasc. 35 : Domaine des établissements publics », *JurisClasseur Propriété Publique*, avril 2017, in : lexis360.fr
- **Brameret. S.**, « Fasc. 158-30 : Privatisation des entreprises », *JurisClasseur Administratif*, juillet 2020, in : lexis360.fr
- **Bernet. F. & Bottini F.**, « Fasc. 695 : Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClasseur Administratif*, avril 2021, in : lexis360.fr
- **Bordereaux. L.**, « Fasc. 1192. Manutention portuaire », *JurisClasseur. Transport*, lexis360, août 2016, in : lexis360.fr
- **Burst J.-J & Azarian. H.**, « Fasc. 1190 : Groupement d'intérêt économique- Constitution et membres, *JurisClasseur Commercial* », 2012, (MAJ 2022), in : lexis360.fr
- **Cabanes A & Thierry. M.**, « Fasc. 10. Notion de contrat administratif », *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, février 2021, (MAJ septembre 2021) in : lexis360.fr
- **Cartier-Bresson. A.**, « Fasc. 161 : Actionnariat », *JurisClasseur Administratif*, juillet 2010 in : lexis360.fr
- **Delaunay. B.**, « Synthèse - Services publics », *JurisClasseur Administratif*, 2017, in : lexis360.fr

- **Dubos. O**, « Fasc. 24 : Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur Administratif*, 2006 (MAJ 2022) in : lexis360.fr
- **Duroy. S**, « Fasc. 79-60 : Occupations privatives du domaine privé », *JurisClasseur Propriétés publiques*, décembre, 2015 in : lexis360
- **Ebongue A.-Ch**, « Fasc. 976 : Régime des conteneurs », *JurisClasseur Transports*, mars 2018, in : lexis360.fr
- **Le Corre. L**, « Fasc. 3820 : Réseau Natura 2000. – Constitution. Régime de protection », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 26 septembre 2016 (MAJ 13 juillet 2020), in : lexis360.fr
- **Le Tourneau. P**, « Fasc. 1030 : Conditions de validité. - Validité au regard de droit de la concurrence », *JurisClass Contrats-Distribution*, septembre 2015 (MAJ avril 2016), in : lexis360.fr
- **Manson C**, « Fasc. 178-50_ Privatisations », *JurisClasseur Sociétés Traité*, mars 2016, in : lexis360.fr
- **Plessix. B**, « Fasc. 136- Etablissements publics : Statuts. Structures », *JurisClass Administratif*, 2014, in : lexis360.fr
- **Plessix. B**, « Fasc. 135- Etablissements publics. – Notion. Création. Contrôle », *JurisClass Administratif*, mars 2014, in : lexis360.fr
- **Rézenhel. R & Allaire Frédéric**, « Fasc. 1194 : Ports maritimes. – Notion. Service public. Aménagements. Régimes domaniaux », *JurisClasseur Transport*, octobre 2022, in : lexis360.fr
- **Rézenhel. R**, « Fasc. 408-60 : Ports maritimes. – Police et responsabilité », *JurisClasseur Administratif*, octobre 2020, in : lexis360.fr
- **Rézenhel. R**, « Fasc._530_Concessions portuaires et aéroportuaires », *JurisClasseur Contrats et Marché publics*, février 2021, in : lexis360.fr
- **Yolka. Ph**, « Fasc. 10 : Distinction du domaine public et du domaine privé », *JurisClasseur Propriétés publiques*, avril 2020, in : lexis360.fr
- Lamy droit économique, « Partie II droit de la concurrence », novembre 2019
- Le Lamy environnement- Installations classées, 260-77- Documents d'objectifs des sites Natura 2000
- Lamy, Droit des contrats, LamyLine, Maj 2022
- Lamy droit des sûretés, LamyLine, 2023
- Le répertoire de droit européen. Dalloz
- Lamy droit public des affaires, LamyLine, (MAJ 2023)
- Dossier : Le nouveau pacte ferroviaire : *RFDA* 2018, p. 857, n° 5

ARTICLES DE PRESSE

- **Barbière. C**, « [Le report modal vers le transport maritime peine à s'imposer en Europe](#) », EURACTIV.fr, 2 mars 2015
- **Benezet. E**, « EDF : cinq minutes pour comprendre la fin du projet de réforme Hercule », Le Parisien, 29 juillet 2021
- **Berrier. E**, « L'innovation portuaire au service de la transition énergétique », l'Antenne, 20 novembre 2020
- **Cognasse. O**, « [Haropa, un GIE pour les ports du Havre, Rouen et Paris](#) », Usine nouvelle, 19 janvier 2012.
- **Constant. O**, « [Le ferroviaire, outil de conquête de nouveaux trafics pour Dunkerque](#) », JMM, 29 juin 2020
- **Descamps. A**, « [Blocage des ports : Des conséquences économiques qui se précisent...](#) », JMM, 21 janvier 2021
- **Grésillon. G**, « Quand la Chine débarque dans les ports européens », Les Echos, 17/10/2019
- **Rodrigues-Malta. R**, « [Villes portuaires horizons 2020](#) », *Méditerranée* [Online], 111 | 2008, Online depuis le 1er Juin 2008, connexion le 15 Juin 2020.
- **Le Monde :**
- « [Le Grand Port Maritime de Marseille se lance dans l'électrification des navires à quai](#) », La rédaction du Le Monde, 10/02/2018.
- « [Privatisation d'ADP : le Conseil constitutionnel officialise l'échec du projet de référendum](#) », Le Monde, publié le 26 mars 2020,
- **Lerivrain. H**, « Les grands ports maritimes aiguisent l'appétit des régions », *La gazette des communes.com, A l'une*, 9 octobre 2018
- **Moniez. L**, « Calais, le petit port qui se rêve grand d'Europe », Le Monde, publié le 9 septembre 2021
- **Moreno. C**, « [Villes-ports et territoires : le défi de la prochaine décennie](#) », La tribune,
- **Teillard. Th :**
- « La manutention portuaire commence en 1994 avec une CCN de branche », *JMM*, 21/01/1994
- « Les ports sont partis pour un conflit très dur », Le marin, 21 janv. 2011
- « Avec la réforme portuaire, adieu les grutiers, vive les dockers ! », *Le Marin*, 13 mai 2011
- **Pascal. P**, « [Privatisations : malgré les promesses la France abandonne son gaz](#) », 15 juin 2018. Tv5 Monde.
- **UN**, « Le port d'Anvers : pionnier des ports durables », Document d'information UN, Centre régional d'information pour l'Union européenne, 8 juillet 2020

SITES INTERNET

- Site *International Chamber of Commerce* : <https://iccwbo.org/business-solutions/incoterms-rules/incoterms-rules-trademark-and-copyright-policy/>
- https://www.encyclopedie.fr/definition/Activit%C3%A9s_portuaires_et_industrielles.
- https://www.lanthe.com/Classements-des-ports-mondiaux_a26954.html
- <https://www.un.org/fr>
- <https://actu.dalloz-etudiant.fr/focus-sur/article/la-greve/h/5feff374512dd8af547342bf6a2f111d.html>.
- <https://www.ecologie-solidaire.gouv.fr/manutention-portuaire-et-ouvriers-dockers>.
- <http://www.dragages-ports.fr/missions-et-organisation/>.
- <http://www.natura2000.fr/natura-2000/qu-est-ce-que-natura-2000>
- <https://www.vienne.gouv.fr/Politiques-publiques/Environnement-risques-naturels-et-technologiques/Enquete-publique/DUP-Declaration-d-utilite-publique>.
- <https://wwz.cedre.fr/Qui-sommes-nous>.
- <http://observatoires-littoral.developpement-durable.gouv.fr/qu-est-ce-que-le-trait-de-cote-r25.html>.
- <https://www.oise.gouv.fr/Politiques-publiques/Environnement/Natura-2000/Generalites/Document-d-objectif-DOCOB-elaboration-et-animation>
- https://www.actu-environnement.com/ae/dictionnaire_environnement/definition/Clapage.php4
- <https://www.debatpublic.fr/projet-port-seine-metropole-ouest-psmo>. : sur le débat public sur le projet Port Seine-Métropole Ouest
- <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/07/14/14-juillet-2020-interview-president-de-la-republique>
- <https://www.marseille-port.fr/accueil-navire-service-de-traffic-maritime>
- <http://www.dunkerque-port.fr/fr/capitainerie/service-traffic-maritime-dunkerque.html>
- <https://www.haropaports.com/fr/actualites/sedinnove-laureat-2019-de-lami-pour-une-economie-circulaire-en-normandie>
- <https://sustainableworldports.org/about/>
- <https://www.iaphworldports.org/>
- <https://www.haropaports.com/fr>
- <https://www.ecologie.gouv.fr/>
- <https://www.te.minesparis.psl.eu/qui-sommes-nous/>
- <https://www.spd-calais.com/fr>

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de pages

A

Aménagement du territoire, 23, 113, 339, 341

C

Collectivités territoriales, 90

Comités d'audit, 105

Confrontation d'intérêts

Domaine public, 14

Conseil de coordination, 110

Conseil de surveillance, 105, 107

Contractualisation

Contractualisation - occupation du domaine public, 261

Contractualisation-exploitation, 253

Contrats administratifs, 22, 49, 186, 191, 193, 195, 198

Convention de terminal, 269

Convention d'occupation précaire COP, 260

D

Décentralisation, 120, 366

Décentralisation fonctionnelle, 123, 450

Déconnexion entre le service public et le domaine public, 136

Développement durable, 182, 273, 417, 422, 426, 441

Domaine public

Domaine public et économie de marché, 19

Domanialité publique, 13

Ports maritimes, 57

Régulation, 19

Droit de l'environnement, 393, 396, 397, 412, 413, 422, 423, 426, 432, 441, 447

Droit européen, 15

Droit européen et établissement public, 40

Droit européen et établissement public industriel et commercial, 20

Droit européen et intérêt général, 22

Droit européen et service public, 139, 144, 146

Droit européen et zones franches, 367

Libéralisation des services, 140, 146, 148, 174, 224, 289, 290, 292

Droit portuaire, 24, 27, 237, 250, 271, 296, 328, 412, 449, 451, 452

E

Entreprise publique, 107, 219, 226, 293, 307, 308

Etablissement public portuaire, 12, 13, 33, 55, 102, 318, 452

Droit européen, 235, 257

Implication économique, 20

Limites, 58

Qualification, 56

Réforme, 47, 96, 99

Régulation, 104, 183

G

Gouvernance, 21, 79, 81, 83, 89, 90-92, 97, 98, 114, 120, 238

Acteurs privés, 115

Le rôle de l'Etat, 120

Loi relative à la gouvernance et à la performance des ports maritimes français, 367

Loi sur l'économie bleue, 117

Rapport relatif à la gouvernance et la performance des ports maritimes, 336

Régulation, 99

Sociétisation, 327, 333

Grand port maritime d'Outre-Mer GPM-OM, 17

Grand port maritime de Marseille GPMM, 261

Grand port maritime GPM, 4, 5, 7, 20, 31, 56-58, 92, 112, 115, 155, 160

Administration, 95

Définition, 28

Gestion publique, 102

Missions, 69, 99-101, 103
Propriété publique, 59, 65
Rôle économique, 22, 106

Grand port maritime HAROPA, 381

Groupement d'intérêt économique, 111, 112

I

Industrialo-portuaire, 441

Intermodalité et report modal, 116

M

Manutention portuaire, 158

O

Obligations de service public OSP, 136

Outillages publics portuaires, 138

P

Police, 100, 180, 322

**Police portuaire, 28, 63, 180, 255, 318, 320,
321, 322**

**Privatisation, 101, 153, 156, 235, 252, 289,
293, 294, 304, 312, 314, 316, 317, 323, 334,
336**

Propriété publique, 332

**Protection de l'environnement, 386, 387,
392, 402, 403, 409, 426-428, 445**

R

Réforme portuaire de 2008, 6, 17, 18, 65

Rôle de l'Etat, 113

S

**Service public industriel et commercial SPIC,
126, 140**

Service public portuaire, 131

Sûreté et sécurité, 2, 142

T

**Transparence, 40, 106, 145, 151, 168, 202,
231, 232, 235, 248, 263, 323, 326**

Gouvernance, 117

Z

Zones franches, 362-365, 367, 380

TABLES DES MATIERES

Remerciements.....	V
Liste des principales abréviations.....	VII
Sommaire.....	IX
Introduction	1
§1-L'évolution du rôle économique et stratégique des ports maritimes de commerce à l'heure actuelle.....	2
§2- La révision statutaire du statut des ports maritimes : reflet d'une mise à jour des infrastructures économiques majeures.....	4
§3- Présentation générale.....	6
§4- L'objet de la réforme portuaire étudié par la présente thèse	17
§5- La problématique.....	25
§6- Choix de l'étude	27
§7- Annonce de plan.....	30
Première partie : Les caractéristiques juridiques de la transformation portuaire.....	31
Titre I : La transformation organique de l'établissement public portuaire	33
Chapitre I : L'oscillation du statut des grands ports maritimes : entre confirmation et adaptation	35
Section 1. Un établissement public renouvelé pour la gestion des grands ports maritimes.....	36
§1. La remise en cause du visage traditionnel de l'établissement public portuaire... 36	
A- La remise en cause pour des raisons fonctionnelles	36
B- La remise en cause pour des raisons juridiques issues de l'UE	42
§2. L'adaptation du modèle de l'établissement public aux nouvelles exigences de la gestion portuaire	48
A- L'affirmation du statut de l'établissement public comme procédé adapté à la nouvelle gestion portuaire.....	48
B- L'adaptation du statut de l'établissement public par le législateur	52

Section 2. Les limites du statut de l'établissement public avec l'économie du marché	58
§1. Le régime juridique du domaine public portuaire	58
A- Le domaine public dans le port, un support traditionnel du service public	58
B- Le domaine public portuaire, un domaine « hérité » pour l'activité économique	64
§2. Les perspectives d'un équilibre juridique de la domanialité publique dans le port	69
A- L'évolution de la domanialité publique : le rôle du gestionnaire entre arbitrage pour l'intérêt général et adaptation aux nouvelles règles	69
1) Le régime juridique domanial : vers une accentuation de la liberté du gestionnaire du domaine public ?	69
2) Les limites de la liberté du gestionnaire domanial en vertu du droit de la concurrence	71
B- L'évolution de la domanialité publique : entre dispositions générales et instruments spéciaux dans le port	74
1) L'évolution de la domanialité publique	74
2) Des perspectives d'évolution de la domanialité portuaire	77
Conclusion du chapitre I.	80
Chapitre II : La nouvelle gouvernance des GPM : intégrer l'implication économique du secteur privé dans la gestion publique	81
Section 1. La nouvelle organisation portuaire inspirée par la gouvernance privée	83
§1. La remise en cause de l'organisation traditionnelle de l'administration portuaire	83
A- Le cadre traditionnel de l'organisation administrative portuaire	83
B- L'émergence de nouvelles parties influençant l'exploitation portuaire	88
§2. La nouvelle gouvernance portuaire : une nouvelle structuration administrative de l'autorité portuaire des GPM	91
A- La création des nouvelles instances administratives à « l'image » de l'entreprise commerciale	91
B- Le cadre public dans la nouvelle gouvernance portuaire	95
Section 2. La gouvernance économique dans les GPM : la régulation économique par l'administration publique	98
§1. L'établissement public : un moyen de régulation économique	98
A- La régulation par une transformation de la spécialité	98
B- Un cadre d'organisation en prévention des conflits d'intérêts ?	104
§2. Un paramètre relationnel dans la gestion portuaire plus adapté juridiquement.	109

A- La coordination portuaire : un nouveau défi à relever à plusieurs niveaux dans les ports	109
B- Le renforcement du poids des acteurs privés dans la gouvernance portuaire : vers un partenariat « administratif » entre les acteurs portuaires.....	115
Conclusion du chapitre II	120
Conclusion du titre I.....	123
Titre II : La transformation fonctionnelle de l'établissement public portuaire	125
Chapitre I : La transformation du périmètre du service public portuaire	129
Section 1. La révision du régime juridique des services portuaires	131
§1. Un contexte opposé à la conception traditionnelle de certains éléments du service public portuaire	131
A- Le service public portuaire : une conception extensive.....	131
B- Le nouveau contexte juridique et économique dans l'exploitation des services portuaires.....	136
1) L'émergence d'un détachement du service public d'autres notions	136
2) La rénovation des missions de l'administration publique.....	139
§2. La remise en cause de la conception française du service public portuaire	144
A- La remise en cause juridique du régime de service public portuaire.....	144
B- L'opportunité du régime du service public par rapport à l'économie du marché	148
Section 2. La mutation du service public industriel et commercial dans les GPM.....	153
§1. Le service public industriel et commercial : une privatisation partielle.....	153
A- L'harmonisation du régime de l'exploitation des outillages portuaires	153
1) Une privatisation des outillages portuaires organisée par la loi.....	153
2) Un cadre juridique nuancé de la privatisation modernisant l'intervention économique publique	158
B- L'harmonisation du régime du travail des manutentionnaires portuaires sous l'angle du droit commun	161
§2. Le nouveau cadre d'exercice des services portuaires dans les GPM.....	165
A- Le nouveau cadre d'exploitation de la manutention portuaire : les nouvelles garanties dans l'exploitation	165
B- Les services portuaires nautiques : un marché protégé.....	171
Conclusion du chapitre I.....	175
Chapitre II : Les caractéristiques juridiques du régime des services portuaires	177
Section 1. Le Service public portuaire : expression des évolutions de la notion d'intérêt général	178

§1. L'intérêt général dans la définition des missions du GPM.....	178
A- Le renforcement des missions administratives du port.....	178
B- Les missions administratives sous un angle évolutif de développement durable	182
§2. La catégorie des contrats de service public et l'intérêt général	185
A- Les contrats de services publics : une banalisation de la délégation de service public dans la qualification des contrats administratifs	186
B- L'intérêt général dans l'exécution des contrats de services	193
Section 2. La transparence : principe foncier entre le droit de la concurrence et le régime du service public.....	199
§1. Les règles de la concurrence : une confrontation au service public	199
A- Le droit européen de la concurrence : une base de normalisation face aux prérogatives de la puissance publique.....	199
1) Les prérogatives de puissance publique face au droit de la concurrence.....	200
2) La gestion portuaire confrontée au droit de la concurrence.....	201
3) L'exploitation portuaire confrontée au droit de la concurrence.....	206
B- La compétence juridictionnelle : un lien soutenu avec l'exercice des prérogatives de la puissance publique.....	209
§2. Le droit de l'Union européenne : un cadre de conciliation entre le critère économique et l'intérêt général	214
A- L'intérêt général dans les ports et la dérogation aux règles de la concurrence	214
B- Le prisme économique de l'intérêt général : une exception de l'application du droit de la concurrence en droit de l'Union européenne	218
1) L'intérêt économique général	218
2) Les conditions de l'exclusion du droit de la concurrence dans l'organisation et les conditions d'exercice des services portuaires	222
a. La restriction possible de la concurrence.....	222
b. Les obligations jurisprudentielles de droit de l'UE pour mettre en place le régime dérogatoire des OSP	225
C- La réglementation européenne pour une harmonisation a priori : entre hésitation et pragmatisme.....	229
Conclusion du chapitre II	233
Conclusion du titre II	235
Conclusion de la première partie	237

Deuxième partie : Les enjeux juridiques de la transformation portuaire. 239

Titre I : L'adaptation portuaire aux exigences d'une exploitation économique 241

Chapitre I : Le port partenaire : la gestion portuaire des GPM vers une contractualisation *de facto* 243

Section 1. Contractualisation et gestion portuaire : une valorisation nécessaire..... 245

§1. La contractualisation : un instrument confirmé d'organisation portuaire 245

A- La contractualisation entre l'Etat et les établissements publics portuaires : une tutelle modernisée 245

B- Le contrat : remède aux lacunes juridiques dans les relations Autorité portuaire-usagers..... 249

§2. Le champ contractuel de l'autorité portuaire..... 252

A- Les contrats conclus pour l'exploitation portuaire : un champ plus élargi de la contractualisation 253

B- Conventions d'occupation du domaine portuaire 257

1) Les conventions domaniales 257

2) La liberté contractuelle et les contrats domaniaux : une liberté de disposition sous l'angle des données porto-concurrentielles ? 262

C- La contractualisation découlant de l'organisation du travail 265

Section 2. La contractualisation pour une conciliation des intérêts lors de l'exploitation portuaire..... 266

§1. L'intérêt privé et la contractualisation portuaire : la spécificité de la convention de terminal 266

A- L'adaptation de la convention de terminal CT : une convention à un régime spécifique 266

B- L'indépendance consacrée entre la domanialité publique et l'exploitation portuaire..... 270

§2. La contractualisation en garantie de l'intérêt général dans l'exploitation portuaire 273

A- La protection de l'environnement intégré au mouvement contractuel 274

B- Le dirigisme contractuel face à une application étendue des règles du droit privé : le cas particulier des terminaux pétroliers 279

Conclusion du chapitre I..... 283

Chapitre II : Le port partenaire : la perspective d'une privatisation des GPM 285

Section 1. La gestion portuaire par une entité « publique » sous l'angle élargi de l'application du droit privé 287

§1. La libéralisation européenne des « services » : vers un changement du régime de propriété.....	287
A- La distinction entre services et autorités : un trait commun du régime de la gestion des ports européens	287
B- La libéralisation des services industriels et commerciaux vectrice de l'évolution du régime des entreprises publiques françaises : une certaine variété des traits du droit commun	291
§2. Les ports maritimes et l'immixtion du droit privé : d'un simple outil de gestion vers une trajectoire privatisée des autorités portuaires ?	296
A- L'intégration progressive de nouveaux moyens inspirés du droit privé dans la gestion portuaire.....	296
B- L'opportunité de la privatisation dans un cadre incitatif	302
Section 2. La privatisation des GPM en fonction de l'intérêt général	306
§1. L'opportunité de la privatisation : un cadre limitatif.....	306
A- La privatisation des GPM eu égard aux rapports de force.....	306
1) Le cadre juridique de la privatisation des GPM.....	306
2) La privatisation contestée par les mouvements sociaux	310
3) L'intérêt purement économique	312
B- La privatisation des GPM confrontée au service public administratif de la police.....	317
§2. Les alternatives à la privatisation totale des GPM : la gouvernance par la sociétisation.....	323
A- La sociétisation dans le secteur portuaire	323
B- Gouvernance par la sociétisation : la création des sociétés portuaires dans le cadre des projets intégrant les enjeux de développement durable	327
C- La nouvelle gouvernance portuaire : vers une externalisation ou non de l'institution portuaire publique GPM ?	333
Conclusion du chapitre II	336
Conclusion du titre I.....	337
Titre II : L'adaptation portuaire à de nouvelles exigences d'intérêt général	339
Chapitre I : L'aménagement du territoire : le rôle du grand port maritime dans la valorisation des infrastructures et du domaine de la « place portuaire »	341
Section 1. L'implication économique du port aménageur de l'infrastructure portuaire : vers une intermodalité optimisée.....	343
§1. Le fret ferroviaire des grands ports maritimes : la recherche de la compétitivité par la maîtrise des infrastructures	343

A- Le régime juridique des réseaux ferrés portuaires : une autonomie renforcée des GPM à l'égard de leurs infrastructures ?	343
B- Le régime d'exploitation des voies ferrées portuaires : des partenariats qui se confirment	348
§2. Les connexions fluvio-maritimes : des perspectives juridiques de développement vers l'hinterland	353
A- Le renforcement de la coordination fluvio-maritime : l'exemple de coordination intégrée du port de l'Axe Seine	353
B- Le régime juridique du report modal : le fleuve mis en avant	357
Section 2. L'aménagement du territoire par la revitalisation du domaine portuaire : des défis juridiques	362
§1. La réindustrialisation du domaine portuaire : les dispositifs domaniaux à mettre en place	362
A- La création de zones intéressantes pour l'investissement : la zone franche au service du report modal	362
B- Les réserves foncières des GPM : vers une valorisation du domaine privé....	368
§2. Le régime juridique des aides d'Etat dans les ports maritimes : des moyens à la croisée entre intérêt économique et report modal	371
A- Le régime fiscal des ports maritimes : des aides « existantes » à la loupe du droit européen	371
B- Le régime des aides d'Etat appliqué aux investissements publics portuaires au regard de la qualification prépondérante d'une activité économique	374
Conclusion du chapitre I.....	380
Chapitre II : La hiérarchisation incertaine des intérêts de l'exploitation portuaire : le cas de la protection de l'environnement	383
Section 1. L'exploitation portuaire et la protection de l'environnement : une conciliation difficile	385
§1. Les enjeux de la protection de l'environnement dans les ports maritimes	385
A- La protection de l'environnement : un cadre juridique général renforcé	386
B- Le fonctionnement du port au regard du droit de l'environnement : un régime environnemental souple ?.....	393
§2. Le développement économique confronté à la protection de l'environnement.	397
A- Cadre juridique national et frein au développement : les exigences procédurales environnementales	397
B- Les restrictions découlant du cadre juridique européen.....	402
1) La priorité de la protection de l'environnement en droit européen.....	402
2) La position stricte de la Cour de justice	403

Section 2. Le développement durable et le développement économique portuaire : une conciliation	408
§1. Le cadre juridique assurant la conciliation des intérêts dans les ports maritimes	408
A- Le rôle du juge en conciliation, entre protection de l'environnement et développement économique ?	408
1) Le rôle du juge dans la définition de la responsabilité étatique en matière écologique	409
2) Le rôle conciliateur du juge administratif en matière de l'environnement ..	412
B- L'évolution du cadre législatif en vue d'une conciliation ?	417
1) La notion de développement durable à la convergence des intérêts ?	417
2) Le cadre juridique pour la réalisation de la conciliation des intérêts dans les ports maritimes : la simplification pour la prévention ?	420
3) La conciliation en développement durable au regard critique du droit de l'environnement	426
§2- Le rôle positif du port dans la réalisation des objectifs de développement durable	428
A- La protection de l'environnement par le port : cadre préventif	428
B- La réalisation des objectifs de développement durable à la croisée des intérêts dans les ports maritimes : un cadre volontaire de la gestion	433
1) Le rôle crucial des collectivités publiques dans la réalisation d'un développement durable	433
a. Le rôle important de l'Etat dans la définition des lignes directrices au niveau national	433
b. Le rôle des collectivités locales : un cadre à définir	436
2) Le rôle incitateur des ports maritimes au développement durable : une perspective finaliste	438
Conclusion du chapitre II	445
Conclusion du titre II	447
Conclusion de la deuxième partie	449
Conclusion générale	451
Bibliographie	457
Encyclopédies et dictionnaires	457
Ouvrages	457
Thèses et mémoires	459

Articles.....	461
Articles juridiques.....	461
Articles non juridiques.....	472
Contributions aux mélanges et actes de colloques.....	475
Jurisprudence.....	477
Jurisprudence française.....	477
Juridictions administratives.....	477
Juridictions judiciaires.....	484
Jurisprudence européenne.....	485
Textes législatifs, réglementaires et textes internationaux.....	488
Réglementation française.....	488
Réglementation européenne.....	494
Réglementation internationale.....	497
Etudes, communications, et rapports.....	498
Jurisqueurs, encyclopédies juridiques et répertoires.....	503
Articles de presse.....	505
Sites internet.....	506
Index.....	507
Tables des matières.....	509