

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



Centre de Droit Maritime et des Transports

L'utilisation du domaine public portuaire

Mémoire présenté dans le cadre du Master II
Droit Maritime et des Transports,
Sous la direction de Monsieur Christian SCAPEL,
Par Julien ROSGOVAS

Promotion 2005

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à remercier pour leur aide et leur soutien,
M. Christian Scapel, Directeur du Master II Droit Maritime et des Transports,
M. Pierre Bonassies, Professeur de Droit maritime,
M. Robert Rezenhel, Docteur en Droit, Secrétaire général du Port autonome de Dunkerque et de l'association internationale des juristes portuaires (Legiport),
Me Jacques Gobert, Avocat au Barreau de Marseille,
Ainsi que ma famille, et celle du Droit maritime.

Sommaire

Introduction	4
Titre I - L'affectation du domaine public portuaire au service public	10
Chapitre I - Le domaine public portuaire, support et moyen d'action du service public portuaire	10
Section 1 - La consistance du domaine public portuaire	10
Section 2 - La destination du domaine public portuaire	20
Chapitre II - L'utilisation protectrice du domaine public portuaire	28
Section 1 - Le régime d'utilisation du domaine public portuaire	28
Section 2 - Les sujétions inhérentes à l'utilisation du domaine public portuaire	39
Titre II - La reconnaissance des droits de l'usager du domaine public portuaire	49
Chapitre I - La liberté d'accès à une infrastructure essentielle	50
Section 1 - Le domaine public portuaire, une infrastructure essentielle	51
Section 2 - Le régime de responsabilité de l'autorité portuaire pour refus injustifié d'accès au domaine public portuaire	62
Chapitre II - Le droit à une sécurité juridique suffisante	66
Section 1 - La remise en cause du principe de précarité	67
Section 2 - L'encadrement du taux des redevances domaniales	83
Conclusion	85

« On le constate, le droit portuaire est en pleine mutation. Pendant longtemps cantonné dans l'application des procédures d'exécution de travaux et de la police de la grande voirie, il devient aujourd'hui un droit de la concurrence dans un domaine spécifique. Si nous partageons l'idée selon laquelle il faut faire évoluer les mentalités et les moeurs du milieu portuaire, la simplification des textes et leur mise en cohérence constituent les premières mesures à réaliser. La dispersion de la plupart des règles en dehors d'un code et leurs fréquentes modifications entraînent leur méconnaissance et parfois des abus. Prenons l'exemple de la clarté et de la concision du code civil, et appliquons ces principes au code des ports maritimes. »
Robert Rezenthel¹

« La matière du domaine public est hérissée de mutations, d'hésitations et de contradictions elles-mêmes compliquées par le dialogue et parfois les monologues alternés de la jurisprudence et de la doctrine (...) la matière est très vivante ; les praticiens le savent, eux qui doivent combler le décalage entre de vieux principes et des exigences actuelles pour résoudre les difficiles problèmes posés par la protection des côtes, l'aménagement de zones industrielles portuaires, la réalisation d'opérations d'urbanisme imbriquant des propriétés privées et des équipements publics. »
G. Vedel²

Introduction

Le double visage du domaine public portuaire

Selon la perspective juridique que l'on adopte, la gestion du domaine public portuaire peut soit être regardée comme une activité commerciale de mise à disposition d'espaces, soit comme un outil stratégique de développement de l'ensemble portuaire, dont l'autorité portuaire assure la cohérence. Le Conseil de la concurrence s'était clairement prononcé, juste avant que sa compétence ne lui soit confisquée par le Tribunal des conflits³, en faveur de la première solution, en jugeant que l'activité « qui consiste à mettre à la disposition d'opérateurs économiques, directement ou indirectement et en contrepartie de redevances, des installations permettant à ces opérateurs d'exercer leur activité (...), est une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 »⁴.

Une telle approche économique du domaine public n'aurait rencontré qu'une audience réduite il y a un peu plus d'un siècle. Au XIX^e siècle, « la vision antipropriétaire emportait comme conséquence l'exclusivité des pouvoirs de police sur le domaine public »⁵. La doctrine de l'époque n'envisageait le domaine public que sous son acception proudhonienne, celle d'un bien collectif, improductif, voulu hors commerce, en retrait du marché. A mesure que le siècle avançait, les activités se sont déplacées vers les lieux de communication, vers les routes, vers les ports, entraînant à leur suite des pans entiers de l'économie. Les ports maritimes, repliés sur le domaine public par détermination du Code civil, n'ont cessé de contempler l'investissement du domaine public portuaire par un essaim d'entreprises venues s'y implanter. Parallèlement à cet intense ballet, par lequel les activités venaient s'agréger autour des nœuds d'interconnexion, d'une théorie de l'Etat libéral, la pensée politique s'acheminait vers la légitimation de l'intervention publique dans la sphère économique.

Dans l'immédiat après-guerre, l'Etat s'empare de la question portuaire. Dans la perspective d'une intensification des échanges au moyen de bâtiments de fort tonnage, il concentre son investissement de capacité sur l'infrastructure des grands ports, irrigue lui-même leur développement, innerve leur fonctionnement de manière intime. L'administration économique s'accommode prodigieusement de l'instrument du service public et, mêlant l'intervention économique et le pouvoir de police, étend progressivement sa juridiction au monde portuaire conçu comme un ensemble. L'intérêt national commande son incursion dans une chaîne d'activités, le port, dont dépend pour une part non négligeable l'avenir de la collectivité.

A ce stade, le domaine public a déjà subi une mutation profonde. Non plus résumé à un bien inexploitable, il s'intègre peu à peu à la politique économique. A mesure que se déploie l'activité d'intérêt général, que le service public répond à des besoins collectifs sans finalité lucrative, le rôle du domaine public s'étend, sous l'impulsion politique, à la satisfaction d'un intérêt commun. La loi du marché, entendue comme déficiente à l'heure d'appliquer une démarche volontariste, est perçue comme un frein au développement portuaire, et le régime protecteur de la domanialité publique, par contraste, comme un puissant rempart contre l'incursion des intérêts

¹ R. Rezenthel, « Le droit portuaire : une branche du droit qui s'affirme », DMF, 1995, n°555, p. 950

² G. Vedel, préface à la thèse de J. Dénoyer, L'exploitation du domaine public, LGDJ, 1969

³ Trib. confl. 18 octobre 1999, ADP, AJDA 1999, p. 996, chr. P. Fombeur et M. Guyomar, et p. 1029, note M. Bazex. Le contrôle des actes administratifs revient à la juridiction administrative, « , même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article 410-1 du Code de commerce ».

⁴ Cons. conc., décision n° 98-MC-13, 2 décembre 1998, BOCCRF, n°9, 12 mai 1999

⁵ Ph. Yolka, La propriété publique, LGDJ, 1997, p. 214

particuliers. Le service public et le domaine public deviennent contingents. Ce dernier « apparaît comme l'une des richesses communes dont les usages, même individuels, doivent servir à la satisfaction la plus complète possible des intérêts collectifs nés et éventuels »⁶.

Aux impératifs inhérents au service public, la continuité, la mutabilité, font parfaitement écho les protections administratives du domaine public : inaliénabilité, imprescriptibilité, insaisissabilité. L'imbrication des deux concepts, sous la lumière nouvelle de l'intérêt général, semble devoir s'affermir naturellement. L'autorité gestionnaire du domaine public utilise dès lors l'outil domanial et les prérogatives exorbitantes du droit commun, qui y sont attachées, pour la satisfaction de la mission de service public dont elle est investie. L'infrastructure portuaire, les équipements, les terrains d'assiette de la foule d'activités ancrées sur le port, sont imprégnés de contraintes légales étrangères au droit commun, et dont l'autorité portuaire a le pouvoir de disposer. Le dispositif s'ajuste et s'agence de façon à créditer l'autorité portuaire d'un pouvoir discrétionnaire conséquent.

Le port, maître de l'espace, soutenu par un fort engagement public, constitue un modèle d'organisation portuaire particulier. Le statut des ports est loin d'être uniforme d'un pays à l'autre. Le modèle que nous connaissons en France est à rapprocher du port « Landlord » latin : par opposition au port « Landlord » hanséatique, qui est propriétaire de l'espace, le port « Landlord » latin est gestionnaire ou affectataire de dépendances du domaine public affectées au service public portuaire, et agit pour le compte du gouvernement national. Ces dépendances sont une ressource limitée. En cela, les autorités portuaires gèrent l'espace en situation de monopole naturel. Le domaine public qui leur est affecté est, de fait, soumis à un jeu de demandes entre lesquelles les autorités portuaires auront à arbitrer. Dans le contexte renouvelé du transport maritime, cela revient à placer face-à-face deux forces qui ne sont pas linéaires en tous points. Ces forces, répondant à des enjeux divergents, s'affrontent pour une partie, s'enchevêtrent pour une autre, mais sont toujours attenantes. Ces frictions n'ont eu de cesse de s'exacerber à mesure des mutations qu'a connues le secteur jusqu'à aujourd'hui.

Le nouveau contexte de l'activité portuaire est en premier lieu caractérisé par une baisse très significative de la part des armements français dans le trafic mondial, suite à l'effacement des grandes compagnies. Dans son livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, présenté en décembre 1997, la Commission décrit « la disparition progressive des hinterlands nationaux captifs » due à la contribution des progrès de l'intermodalité au délitement du lien géographique. Les ports français se trouvent donc relativement isolés et, eu égard à l'évasion progressive des trafics réservés, soumis à une forte concurrence interportuaire.

En parallèle, s'est développé un mouvement général de concentration. Les alliances de transporteurs maritimes et leur intégration horizontale, ont contribué à réorganiser le transport maritime autour d'un nombre plus limité de ports. La puissance économique des acteurs du transport, que ce soit les armements, ou les chargeurs, de plus en plus regroupés, s'est accrue. Entre les deux, la pression subie par les ports s'est renforcée. La conteneurisation a provoqué l'augmentation de la part du trafic conteneurisé et de la capacité des porte-conteneurs, tandis que l'affrètement d'espaces et la mise en place de lignes « tour du monde » ont imposé de nouvelles contraintes aux acteurs portuaires, tant au niveau des délais, qu'à celui des coûts. La pression des alliances de transporteurs sur les coûts portuaires a eu pour effet d'amplifier la concurrence entre les ports.

La démarche des armements est désormais de développer des moyens logistiques terrestres et de prendre des participations, afin d'en obtenir le contrôle, dans les sociétés portuaires exerçant leur activité « à terre ». Nul ne peut nier qu'il s'agit là d'un processus pour le moins hasardeux pour l'autorité portuaire, qui risque de se voir dicter des conditions commerciales par un regroupement d'usagers ayant acquis dans un port une position dominante. Des opérateurs devenus gigantesques par une stratégie d'intégration verticale, tentent de contrôler le cycle intermodal et logistique. Les autorités portuaires risquent de se trouver confrontées à une dépendance vis-à-vis de choix d'opérateurs qui ne sont plus ses partenaires « historiques ».

Rationalisation des voyages, développement des ports de transbordement, standardisation de l'offre et des procédures de transport, témoignent d'une profonde restructuration du transport maritime, au centre de laquelle les ports sont relativement passifs. La concentration des armements dans un plus petit nombre de ports entraîne une double spécialisation des ports, selon la capacité des navires et le type de traversée, et selon l'alliance qui s'y exerce en position dominante. La mise au point du cycle hub-and-spoke emporte comme conséquence la formation d'un réseau en étoile de ports, caractérisés par le jeu des influences dominantes qu'ils subissent. C'est à une totale instrumentalisation au profit des armements que les ports s'exposent, donc, au détriment de leur mission portuaire générale.

En France, aucun « système portuaire », aucun organisme de conception ne vient organiser l'évolution d'ensemble des places portuaires, par-dessus les ports, de manière à rationaliser leur stratégie globale, d'une manière systémique et intégrée. Rien ne laisse percevoir l'inclusion des ports dans une démarche commune propre à gérer leur concurrence et leur complémentarité, et à étayer leurs moyens d'action. Et de grands groupes cherchent à améliorer l'implantation de leurs services dans les grands ports, intervenir, participer à la fourniture du service portuaire jusqu'ici marqué par la sphère publique. Les autorités portuaires ont une toute autre mission,

⁶ P. Laroque, note sous CE Sect., 29 janv. 1932, Société des autobus antibois, Rec., p. 117

celle d'assurer la pérennité du service public. Elles protègent donc leurs prérogatives, mais sont obligées de se plier aux transformations de l'industrie maritime, sans trouver comment en retirer un quelconque avantage.

Entre-temps, les pouvoirs publics ont recherché à se désengager des ports. La démarche d'après-guerre, d'essence volontariste, était sous-tendue par l'idée qu'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques était incapable d'assurer durablement un objectif global. La théorie de l'intérêt général, au cœur de la pensée politique française, a conféré à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, au delà leurs intérêts particuliers. Cette conception interventionniste a profondément marqué l'ensemble du régime juridique portuaire, régime de droit public dont la clef de voûte est l'intérêt général. La notion de domaine public portuaire ne peut plus aujourd'hui être définie que par référence à cette notion première d'intérêt général, qui humecte largement le droit portuaire et se dessine indirectement au cœur des décisions d'utilisation du domaine public portuaire. L'intérêt général est la source modes actuels d'occupation du domaine public portuaire.

Notion fluctuante, multidimensionnelle, « à géométrie variable », l'intérêt général lié au concept de domaine public a évolué par sédimentation, mais s'est longtemps mal accommodé du droit privé. La couche suivante qui est venue s'incorporer à l'intérêt général, fondement unique des décisions d'utilisation du domaine public portuaire, s'est révélée être constituée d'une logique managériale d'abord diffuse, ensuite plus explicite. Bien hors commerce, puis siège du service public, le domaine public est regardé aujourd'hui sous l'angle de sa rentabilisation. Pour Y. Gaudemet, « Le droit de la propriété publique [...] est devenu aujourd'hui un droit de l'exploitation »⁷. Le domaine public improductif, hors commerce, a cédé la place à un bien économique, une richesse, un espace à valoriser. Cette situation amène le pouvoir domanial à s'autolimiter, à intégrer les préoccupations privées et économiques, ce qui mène à infléchir certains principes traditionnels de l'occupation du domaine public. De manière générale, la perspective d'un changement dans les conditions de gestion du domaine se profile, sans qu'on puisse encore exactement en dessiner les contours. Implicitement, « la diversification des modes d'utilisation des dépendances du domaine public constitue une première illustration des effets induits par l'approche économique de leur exploitation »⁸. Encore très autonome, le régime domanial présente cependant des indices de diversification, ayant pour effet d'offrir des garanties aux occupants du domaine public pour faciliter la réalisation d'ouvrages dont l'administration est souvent appelée à devenir propriétaire, et de rentabiliser les biens eux-mêmes.

Il s'agit d'une situation transitoire du droit du domaine où deux logiques s'affrontent. Une logique protectrice commande d'utiliser le domaine public de façon à préserver strictement le service public, en entravant le développement économique du domaine. Une logique d'efficience allocative conduit à adapter le régime domanial aux attentes du secteur privé utilisateur du domaine public, en resserrant le service public autour de ses missions essentielles. Le point d'équilibre est délicat à dégager.

Dans ce contexte, la position des ports comme autorités domaniales se trouve être extrêmement exposée. Les ports constituent en effet le point de rencontre privilégié de deux conceptions divergentes de l'intérêt général. Ils se trouvent au confluent de deux champs de force, de deux mondes juridiques, au cœur du « choc des droits », théâtre d'une tension permanente entre des rôles différents.

Ce clivage est alimenté par la dualité fonctionnelle de l'autorité portuaire. Loin de se limiter à la mise à disposition d'un support, les attributions de l'autorité portuaire amènent à fournir un autre service : l'organisation de cet ensemble d'activités consommatrices d'espace, formant un tissu dense et marqué par l'interdépendance exceptionnelle de ses occupants. Ce service est rendu de manière à satisfaire un réseau d'intérêts disparates : l'intérêt de l'usager, l'intérêt du port, celui de son environnement géographique ou celui de la collectivité. Les décisions d'utilisation du domaine public portuaire sont sans cesse tendues vers un intérêt général fluctuant, fait d'adjonctions successives.

Si par le passé les ports ont été considérés comme des prestataires de services d'intérêt économique général devant être fournis par le secteur public et financés par les contribuables, la tendance actuelle est plutôt de les considérer comme des entités commerciales devant récupérer leurs coûts auprès des usagers bénéficiant directement de leurs infrastructures. De ce fait, l'industrie portuaire apparaît comme une industrie en transition. Elle apparaît également, compte tenu des enjeux que nous avons dégagés, comme le maillon faible de la chaîne de transport : en position dominante sur son propre espace portuaire, mais insignifiante à l'échelle du marché.

Confrontés à la fois aux revendications des entrepreneurs (stabilité dans les conditions de gestion, développement d'une logique de partenariat, « neutralité » de l'autorité portuaire...), aux exigences de leurs missions, à la radicalisation des relations de marché qui se figent autour de la baisse des coûts, et à la reformulation du paradigme de l'intérêt général qui est en cours, les ports sont au centre d'un tiraillement, d'une collision entre deux théories économiques, deux théories juridiques, deux théories politiques qui s'entrechoquent

⁷ Yves Gaudemet, préface à la thèse de Philippe Yolka, *La propriété publique – Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997

⁸ J.-P. Duprat, *L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat*, AJDA 2005, p. 578

violemment. Ils ressentent l'omniprésence d'un conflit d'intérêts qui s'exprime dans tous les rapports des usagers avec l'autorité portuaire, et sont devenus selon l'expression de E. Tierny, le « lieu d'un pari libéral pour un enjeu régalien »⁹. Dès lors, comment préserver la maîtrise dévolue à l'autorité responsable du domaine, tout en prenant, à travers le secteur privé, les mesures de redéploiement jugées les plus propices au développement, à la redynamisation de la sphère portuaire ?

L'utilisation du domaine public portuaire s'insère donc désormais dans une problématique transversale, celle de l'adaptation du service public dans une économie concurrentielle. Ce constat laisse place à une infinité de questionnements tirés du fait que le domaine public portuaire, ressource limitée, gérée forcément en situation de monopole naturel, sur un mode d'arbitrage spatial qui relève de l'intervention publique, doit constituer d'une quelconque manière un instrument de la stratégie portuaire. Devant l'urgence d'aboutir à un régime pertinent, ménageant les intérêts du port, de ses opérateurs, de son environnement, la volonté de dépasser cette profonde rupture, qui traduit intimement les paradoxes qu'endossent seules les autorités portuaires, il n'était d'autre choix que de choisir sa problématique en conséquence.

En abordant successivement le régime du domaine public portuaire, sous l'angle de son adaptation au service public portuaire dont il est le siège, et sous celui de son adaptation aux attentes de ses différents utilisateurs, nous tenterons donc de dégager comment conserver le cadre protecteur de la domanialité publique portuaire, tout en créant des procédés d'occupation transparents, respectueux des intérêts privés des occupants. Cette question, qui touche aux fondements même de la domanialité publique, semble d'une particulière actualité, et d'une particulière sensibilité pour l'avenir des ports français.

⁹ E. Tierny, Le port maritime : lieu d'un pari libéral pour un enjeu régalien, Thèse, sous la direction de J.-P. Beurier, Nantes, 2003

Titre I - L'affectation du domaine public portuaire au service public

La libre utilisation du domaine public portuaire par les usagers et les occupants est enserrée dans un ensemble de contraintes, liées au rôle de l'autorité portuaire, gestionnaire du domaine, et qui doit en faire l'usage le plus approprié à ses missions et à la destination du domaine.

Chapitre I - Le domaine public portuaire, support et moyen d'action du service public portuaire

Section 1 - La consistance du domaine public portuaire

La détermination de la consistance du domaine public portuaire revêt une importance toute particulière : notamment, mais sans aucune exhaustivité, pour rechercher si le régime protecteur d'utilisation du domaine public portuaire est en adéquation avec la logique de sa valorisation ; ainsi qu'en matière de manutention portuaire, pour identifier le champ d'application de la priorité d'embauche des dockers, qui n'est imposée que sur ce domaine, en dehors des lieux à usage privatif¹⁰.

Sous-section 1 - Les carences des dispositions législatives françaises

§1. L'absence de définition impérative du domaine public portuaire

La loi française a peu d'effet sur la définition du domaine public portuaire.

L'article L2 du code du domaine de l'Etat, inséré par un décret de 1962¹¹ et modifié par une ordonnance de 2004¹², dispose que : « [Les biens du domaine national] qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national ». Le Code civil semble quant à lui intégrer tout l'ensemble portuaire au domaine public en ces termes : « 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. »¹³. Le code des ports maritimes n'y fait pas référence.

La notion de port elle-même est absente de la loi française¹⁴, tout autant que celle de domaine public portuaire. Les critères d'identification du domaine public sont essentiellement jurisprudentiels.

Seule la délimitation des ports est évoquée à l'article R151-1 du code des ports maritimes : « il est procédé à une délimitation des ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat, du côté de la mer et du côté des terres, par le préfet sous réserve du droit des tiers ».

La Commission européenne, par l'intermédiaire de son groupe de travail portuaire, a défini le port comme « une 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 terrestre et pouvant comporter également des activités d'entreprises liées aux transports maritimes »¹⁵. Cette approche pragmatique, fonctionnelle plutôt qu'organique, va peu ou prou dans le sens de la jurisprudence française, qui rejette elle aussi en partie le critère administratif.

Le doyen Chauveau avait défini le port comme un « service public établi dans une circonscription administrative du domaine public dont les limites sont fixées par un acte administratif de délimitation »¹⁶. Cette approche très rigoureuse se heurte cependant à la pratique actuelle. D'une part, rien n'indique, bien au contraire, que toutes les activités exercées sur le port relèvent du service public. D'autre part, les ports sont composés à la fois de dépendances du domaine public portuaire, et à la fois de dépendances du domaine privé. Ceci est d'autant plus vrai depuis que les ports autonomes, établissements publics, se sont vu reconnaître la possibilité d'intégrer dans leur patrimoine propre des dépendances domaniales¹⁷. Enfin, l'acte administratif de délimitation n'est pas forcément toujours régulier, d'un point de vue juridique, mais aussi d'un point de vue géographique.

¹⁰ Article R511-2 du code des ports maritimes, institué par décret n° 92-1130 du 12 octobre 1992, art. 1 II, Journal Officiel du 13 octobre 1992

¹¹ Décret n° 62-298 du 14 mars 1962, Journal Officiel du 18 mars 1962

¹² Ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004, art. 1, Journal Officiel du 21 août 2004

¹³ Article 538 du Code civil (les articles 538 à 541 du Code civil énumèrent un certain nombre de biens faisant partie du domaine public)

¹⁴ R. Rezenthel, « Le port maritime à la recherche d'une identité », Revue Espaces et ressources maritimes, 1998, n°12, p. 167 (éd. Pédone)

¹⁵ Commission européenne – ESPO, Report of an enquiry into the current situation in the major community sea-ports, Rapport, publication ESPO, Bruxelles, 1996, p. 7

¹⁶ P. Chauveau, Traité de droit maritime, Librairies techniques, Paris, 1958, p. 67

¹⁷ CE 6 février 1981, Epp, Rec. CE 1981, tables, p. 745 ; CE 21 mars 1984, Mansuy, CJEG 1984, p. 274 concl. Ph. Dondoux. ; CE 6 mai 1985, Assoc. Eurolat, Crédit Foncier de France, Rec. CE 1985, p. 141

C'est ce qui a amené fort logiquement le Conseil d'Etat à adopter une position plus souple. Il a d'abord admis qu'une zone aménagée à des fins portuaires pouvait constituer un port indépendamment de la régularité de la procédure de délimitation¹⁸. Il a reconnu ensuite l'existence du port en l'absence de délimitation¹⁹. La délimitation administrative, « présomption simple »²⁰ ne saurait suffire à caractériser l'espace portuaire.

§2. Des concepts plus lisibles à l'étranger

Le silence quant à la définition des ports et de leur support foncier laisse au juge tout le soin de pallier cette circonstance, qui n'est autre qu'une caractéristique du droit portuaire français. Le régime portuaire espagnol issu des lois de 1992 et 2003²¹, texte complet et structuré, définit très précisément la notion de port maritime, comme un « ensemble maritime comprenant des espaces terrestres, des eaux maritimes et des installations qui, situé sur le littoral maritime ou fluvial, réunit les conditions physiques, naturelles ou artificielles et d'aménagement de nature à permettre la réalisation d'opérations de trafic portuaire, et a été affecté au développement de ces activités par l'administration compétente »²². « Un port maritime ne peut être qualifié de port de commerce que s'il réunit les conditions techniques, de sécurité et de contrôle administratif indispensables à la réalisation des activités commerciales portuaires ». Les ports maritimes d'intérêt général relèvent tous de l'Etat, et le territoire affecté aux ports d'intérêt général est intégré au domaine public portuaire de l'Etat (articles 10 et 14 de la loi de 1992). Enfin, la nature et la composition du domaine public portuaire sont évoquées à l'article 94 de la loi de 2003.

Dans le silence de la loi, il est indispensable d'essayer de découvrir dans la jurisprudence administrative les critères du domaine public portuaire.

On peut définir le domaine public portuaire comme le domaine public de l'Etat, et des autres collectivités publiques, affecté au service public portuaire. Mieux cerner cette notion revient donc à rappeler les critères classiques de la domanialité publique, puis à se concentrer sur la notion de service public portuaire.

Sous-section 2 - La recherche permanente de critères appropriés au domaine public portuaire

Le silence des textes a donné au juge administratif le pouvoir de révéler des critères de définition du domaine public, à l'aune de son seul instrument de mesure, l'intérêt général. Cependant, la recherche de tels critères n'a jamais vraiment abouti à une solution satisfaisante, et laisse planer encore aujourd'hui un doute préjudiciable à la sécurité juridique des usagers de l'espace portuaire, qui se préoccupent moins du régime juridique exact des terrains d'assiette de leur activité, que de l'avenir de leur exploitation.

§1. Les critères classiques du domaine public

En réalité, ni la définition générale du Code du domaine de l'Etat, ni le code des ports maritimes, ni le Code civil ne rendent compte du droit positif applicable en matière de domanialité portuaire. La seule évocation du domaine public portuaire figure à l'article 29 de la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986²³. Seule la définition jurisprudentielle est retenue en droit positif.

Les conditions préalables à la qualification de domaine public sont classiquement au nombre de trois. La parcelle concernée doit constituer une propriété publique, appartenant exclusivement à une personne publique²⁴. Elle doit être affectée à l'usage direct du public ou à un service public. Enfin, la domanialité publique résulte d'un aménagement spécial.

A - L'appartenance à une personne publique

1. Un critère impératif

¹⁸ CE 17 juin 1974, Sieur Georges Marcel, req. n°87.682, cité par R. Rezenhel, *Le port maritime à la recherche d'une identité*, ERM, 1998, p. 169

¹⁹ CE 4 décembre 1995, Commune d'Hyères c. Préfet du Var, DMF, 1996, p. 435 ; RFDA, 1996, p. 1156, note R. Rezenhel

²⁰ A.-H. Mesnard, R. Rezenhel, *Droit du littoral, Droit portuaire*, Juris Service, Paris, 1995, t. II, p. 159

²¹ Ley N°27/92 du 24 novembre 1992, Bulletin officiel espagnol, n°283, 25 novembre 1992, p. 39953 ; Ley n°48/2003 du 26 novembre 2003, BOE, n°284, 27 novembre 2003

²² Article 1 de la Ley 27/1992, du 24 novembre 1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante

²³ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (JORF du 4 janvier 1986)

²⁴ CE 13 mai 1964, Eberstock

Ce critère est obligatoire. Toutes les personnes de droit public, incluant les établissements publics tels que les ports autonomes (y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial²⁵, si tant est que les ports autonomes puissent être regardés comme tels), et les collectivités territoriales gestionnaires de ports (et bientôt propriétaires des ports d'intérêt national), sont susceptibles de détenir en propre des dépendances du domaine public portuaire²⁶. Bien sûr, une disposition législative contraire y ferait obstacle. Cette appartenance doit être totale²⁷.

En conséquence, les personnes de droit privé ne peuvent pas détenir de domaine public. Les évolutions législatives récentes sont susceptibles d'éclairer sous un jour nouveau cette solution, consacrée par la jurisprudence²⁸ car elle désigne le seul critère impératif de la domanialité publique.

2. Un critère remis en cause en matière d'infrastructures de transport ?

La notion d'ouvrage public n'est elle non plus définie par aucun texte et, comme pour le domaine public, avec lequel elle entretient une certaine proximité, c'est au juge qu'il est revenu d'établir des outils pour en dessiner les contours. Ces critères sont d'ailleurs en partie comparables à ceux du domaine public. Comme en matière domaniale, l'affectation à l'intérêt général est indispensable²⁹. De même, pour incorporer un bien au régime des ouvrages publics, le critère organique de l'appartenance à une personne publique est déterminant, à de rares exceptions près : soit tous les autres critères, d'immobilisation, d'aménagement et d'affectation, sont déjà remplis, soit s'applique à l'ouvrage la théorie de l'accessoire³⁰.

Cependant, la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports³¹, en son article 2, qualifie explicitement des biens appartenant à une société privée d'ouvrages publics³². Cette circonstance nouvelle se trouve être mise en lumière par F. Melleray³³, qui constate qu'il existe désormais une porosité entre le régime du domaine public et celui de biens privés affectés à un service public.

B - L'affectation au service public portuaire

La domanialité publique peut résulter d'une affectation à l'usage direct du public, mais le ressort du domaine public portuaire doit plutôt être recherché dans le service public portuaire. Cette dernière notion n'est pas abordée par la loi, et ses contours ne sont perceptibles qu'à l'article L111-2 du code des ports maritimes, qui attribue aux établissements publics portuaires les missions « d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police (...) du port et de ses dépendances et de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté ». Cependant, il est loisible aux ports autonomes, pour exercer des missions annexes de celles énumérées, d'utiliser leur domaine privé sans que l'aménagement prévu ne conduise à réintégrer la parcelle dans le domaine public³⁴.

Cette imprécision a rendu possible que la référence au critère de l'affectation au service public, en matière portuaire, se soit muée en une application de la théorie de la domanialité globale, à laquelle le juge administratif a plus volontiers fait appel pour qualifier des dépendances portuaires³⁵.

On voit donc que le lien est plus que distendu et incertain entre le domaine public portuaire et son affectation à un service public, qui n'est nulle part défini. La question est relativement importante si l'on considère que le service public est assorti de garanties constitutionnelles, auxquelles font écho les restrictions inhérentes à la domanialité publique. Les principes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, de précarité de l'occupation, correspondent aux exigences d'existence du service, de continuité et de mutabilité du service public. Elles n'ont plus lieu d'être, d'une part, lorsqu'elles ne correspondent pas à un réel besoin de service public et, d'autre part, quand ces exigences sont garanties par d'autres moyens.

²⁵ CE 21 mars 1984, Mansuy, CJEG, 1984, p. 274, concl. Ph. Dondoux

²⁶ CE 6 février 1981, M. Epp, Rec. tables, p. 745 ; CE 21 mars 1984, Mansuy, CJEG, 1984, p. 274, concl. Ph. Dondoux ; CE 23 juin 1986, M. Thomas, Rec. p. 167 ; CE 2 octobre 1987, Société anonyme Le Sully d'Auteuil, CJEG, 1988 p. 321 note P. Sablière ; Cass. Civ. 1ère ch. 11 juin 1991, cts Renault, CJEG, 1992, p. 505, note P. Sablière

²⁷ CE 19 mars 1965, Sté Lyonnaise des Eaux, n°59061, Lebon, p. 184

²⁸ Trib. confl. 7 juillet 1980, Aboncourt

²⁹ M. Labetoulle, concl. sur CE sect. 10 mars 1978, OPHLM de Nancy, AJDA 1978, p. 401

³⁰ CE Avis 11 juillet 2001, Adèle

³¹ Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, JORF 21 avril 2005

³² « Les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics. »

³³ F. Melleray, Incertitudes sur la notion d'ouvrage public, AJDA, 2005, p. 1378

³⁴ Avis CE Ass. 16 octobre 1980, Revue de droit immobilier, 1981 p. 309

³⁵ CE Sect. 19 octobre 1956, Soc. Le Béton, Lebon, p. 375, D. 1956-J-681, concl. M. Long, AJ, 1956,-II-472 et 488, concl. Long et chron. Fournier et Braibant

A ce titre, Mme Latournerie a déjà eu l'occasion de rappeler que le domaine privé est lui aussi soumis à un régime de droit public³⁶.

C - L'adaptation par des aménagements spéciaux à l'objet du service

Les biens qui ne sont pas naturellement adaptés aux nécessités du service public ne font partie du domaine public qu'à la condition d'avoir reçu certains aménagements spéciaux en vue du service auquel ils sont destinés. Ne font pas partie du domaine public portuaire, par exemple, des terrains expropriés au profit d'un port autonome en vue de la construction d'un canal et qui n'avaient jamais reçu d'affectation publique et étaient restés d'utilisation agricole³⁷.

Le Conseil d'Etat a consacré la théorie de la domanialité publique virtuelle selon laquelle l'aménagement spécial non encore réalisé, mais programmé, suffisait à inclure le bien dans le domaine public³⁸. Cette solution aboutissait à étendre encore la consistance du domaine public.

Ces deux derniers critères ont été vivement critiqués par Mme Latournerie, qui les estime incapables d'assurer l'« effectivité de la règle de droit et [l']adaptation de cette règle de droit aux réalités économiques »³⁰.

§2. L'échec des théories liées au domaine public

A - Un échec lié à l'impossibilité d'adapter ces critères à l'ensemble des activités siégeant sur le domaine

L'arrêt de référence en matière de domaine public portuaire, et qui synthétise le régime de la consistance du domaine public portuaire, est l'arrêt « Le Béton » (préc.). Le Conseil d'Etat y a appliqué une théorie de la domanialité publique globale, mettant ainsi en évidence la faiblesse du critère du domaine public. L'aménagement spécial résultait en effet de la situation géographique de la parcelle, tandis que l'affectation au service public portuaire découlait naturellement de l'ensemble formé par le port. En application de la théorie de la domanialité publique globale, qui tend à regrouper sous le régime de la domanialité publique tous les éléments d'une organisation d'ensemble³⁹, certaines dépendances portuaires peuvent être regardées comme relevant de la domanialité publique.

Cette vision particulièrement extensive du domaine public portuaire a trouvé à s'exprimer dans la jurisprudence du Conseil d'Etat :

« La totalité des terrains compris dans l'emprise d'une concession et aménagés à ce titre est considérée quelles qu'en soient les diverses affectations, comme participant à l'organisation d'ensemble que forme le port [...] et affectée, à ce titre, à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession et donc incorporée au domaine public de la collectivité concédante »⁴⁰. Cette théorie englobante a été, pour citer un exemple extrême, appliquée par la CAA de Paris dans son arrêt du 7 novembre 1989⁴¹. La Cour regardait comme procédant de la création d'un service public toute opération ayant pour objet de favoriser le développement économique de la commune, et en tirait les conséquences en matière domaniale.

La domanialité publique peut également, en application de la théorie de la domanialité publique « virtuelle », résulter d'un aménagement futur, en ce sens que le critère de l'affectation est rempli dès lors que l'affectation est certaine, quoiqu'elle ne soit pas encore effectivement matérialisée. L'appartenance au domaine public est anticipée⁴². Elle peut résulter également de l'application de la théorie de l'accessoire. Lorsque la dépendance accessoire concourt à servir l'affectation de la dépendance principale, par utilité fonctionnelle, elle peut être qualifiée de dépendance du domaine public.

Ces diverses acceptions de la domanialité publique ont toutes contribué à en étendre la consistance. Même l'aménagement spécial, conçu comme un critère réducteur, est devenu un indice d'inclusion. Le Conseil d'Etat s'efforce de maintenir les solutions jurisprudentielles classiques⁴³, même si le critère de l'affectation au service public se révèle insuffisant, et celui de l'aménagement spécial est, semble-t-il, en passe d'être abandonné dans la rédaction du code des propriétés publiques qui est en préparation.

Confrontée à une extension injustifiée du domaine public, la jurisprudence a tenté d'en restreindre la consistance.

³⁶ Colloque « Domaine public et activités économiques », CJEG, octobre 1991, H.-S., p. 15

³⁷ CE 30 mai 1951, Sempé, Lebon, p. 297

³⁸ CE Avis, sect. intér. et trav. publ. réunies, 31 janv. 1995, AJDA 1997, p. 139

³⁹ CE Avis 13 juin 1989

⁴⁰ CE 25 mars 1988, Consorts Demereau, Lebon, p. 778 ; CE avis 13 juin 1989, EDCE n°41, 1989, p. 250

⁴¹ CAA Paris 7 novembre 1989, SARL Pardon Création, req. n°89PA00635

⁴² CE 29 novembre 2004, SASF, note M. Ubaud-Bergeron, AJDA, 2005, p. 1182 ; CE Avis, 31 janvier 1995, AJDA, 1997, p. 126

⁴³ CE 29 novembre 2004, Soc. des autoroutes du sud de la France, req. n°234129

B - La tentative de restreindre le champ du domaine public portuaire

Suite à cette extension démesurée de la consistance du domaine public portuaire, qui soumettait à un régime strict certaines parcelles accueillant des entreprises, qui n'en avaient nul besoin, des moyens d'enrayer cette hypertrophie ont été recherchés. Aucun n'a cependant clairement constitué l'amorce d'un revirement jurisprudentiel susceptible d'entraîner une réduction de la consistance du domaine public.

Le Conseil d'Etat a jugé que des terrains appartenant à un port maritime autonome et non aménagés en vue de l'affectation au service public ne faisaient pas partie du domaine public⁴⁴. Le Conseil d'Etat a également été consulté par le ministre chargé des ports maritimes, sur le droit pour une autorité portuaire de déclasser le domaine public dont elle a la gestion en vue de réaliser un aménagement industriel. Ce droit a été reconnu par le Conseil réuni en Assemblée⁴⁵. Un tel déclassement est possible, « sachant que l'aménagement non directement lié au fonctionnement du service public n'entraînerait pas une réintégration dans le domaine public. En d'autres termes, pour les ports maritimes autonomes, la Haute Assemblée écarte l'application de la théorie du domaine public virtuel, et tempère la portée de la jurisprudence 'société Le Béton' à l'égard du domaine de ces établissements publics »⁴⁶.

La solution du déclassement a encore été récemment jugée valide par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision rendue le 14 avril 2005⁴⁷, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi relative aux aéroports. Or, cette loi transformait ADP en société privée, déclassait le domaine public qui lui était jusque là affecté pour le lui remettre en pleine propriété, tout en lui conservant les missions de service public aéroportuaire. Par conséquent, le service public, dans certains cas particuliers, peut très bien avoir pour support des biens qui ne font pas partie du domaine public. Autrement dit, le domaine public « organique » peut très bien être remplacé par un « domaine public contractuel ».

Le Conseil constitutionnel justifie sa décision d'écarter la domanialité publique au profit d'une solution de droit privé, en déconnectant les deux notions de domaine et de service :

« Le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté. »

La domanialité publique n'est pas requise pour un bien affecté à un service public dès lors que ces biens sont suffisamment protégés pour garantir le service public. Les garanties suffisantes de continuité du service public sont constituées pour le Conseil : de la participation majoritaire de l'Etat dans la nouvelle société, conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, de l'existence d'un cahier des charges prévoyant les obligations de service public, et les sanctions susceptibles d'être infligées en cas de manquement, et surtout, de l'établissement d'un régime d'aliénation restrictif des biens nécessaires au bon fonctionnement du service public. Ces biens sont insaisissables, et leur aliénation est conditionnée à la mise en place d'une solution de nature à assurer l'accomplissement des missions de service public.

Par ailleurs, une nouvelle restriction peut provenir du fait que si, jusqu'à aujourd'hui, seul le régime de la domanialité publique s'appliquait pour l'utilisation d'un ouvrage ayant une double implantation domaine public – domaine privé⁴⁸, il ne pourra en être de même sur les terminaux portuaires.

La convention type d'exploitation de terminaux dans les ports maritimes autonomes, approuvée par décret⁴⁹, stipule que la convention peut porter à la fois sur le domaine public portuaire et sur le domaine privé. Par ailleurs, dès lors que le décret n°99-782 du 9 septembre 1999 (art. R 115-7-III du code des ports maritimes) écarte implicitement l'existence du service public dans l'exploitation de ces terminaux, c'est un régime adapté à cette situation mixte qui doit prévaloir. Ce régime « à cheval » sur le domaine public portuaire n'existe pas, il est pourtant le corollaire nécessaire de la contraction du domaine public portuaire autour de ses services publics essentiels.

Enfin, parallèlement à cette avancée, la théorie de l'échelle de la domanialité, inspirée par Léon Duguit et l'Ecole de Bordeaux, a provoqué une certaine adhésion dans la doctrine⁵⁰. L'idée centrale de cette théorie consiste à vouloir appliquer à chaque bien, de manière différenciée, le régime de protection qui lui est strictement

⁴⁴ CE 30 mai 1951, Sieur Sempé, Rec. p. 297 ; CE 11 avril 1986, ministre des transports c. Daney, Mme Giret, syndicat des pilotes de la Gironde et M. Nebou, Rec. p. 88, RFDA, 1987, p. 44, note Ph. Terneyre

⁴⁵ Avis CE Ass. 16 octobre 1980, Revue de droit immobilier 1981 p. 309

⁴⁶ R. Rezenthel, « La liberté de gestion du domaine des ports autonomes », DMF, juin 2000, n°605, p. 588

⁴⁷ Cons. const. 14 avril 2005, n°2005-513 DC, Loi relative aux aéroports

⁴⁸ CE 11 décembre 1957, Sieurs Buffière et autres, Lebon, p. 666 (dès lors que l'ensemble de l'occupation demeure affecté au service public)

⁴⁹ 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)

⁵⁰ F. Melleray, « Echelle de la domanialité », Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 287

nécessaire en fonction de son affectation⁵¹. Il ne s'agit plus d'agir sur la consistance du domaine public, mais sur sa portée. Pour J.-P. Duprat, « Le regain d'intérêt pour l'idée d'une échelle de domanialité, envisagée par le doyen Duguit et plus explicitement par le doyen Auby, ne fait qu'exprimer la crise conceptuelle » de la dualité domaine public/domaine privé⁵². L'illustre René Capitant avait d'ailleurs brillamment démontré que le régime domanial protecteur ne devait porter que sur l'affectation du bien, et non sur le bien lui-même⁵³.

§3. La classification empirique des biens appartenant au domaine public portuaire

Pour tenter un inventaire des éléments constitutifs du domaine public portuaire, on peut se reporter aux éléments de classification proposés par B. Vendé dans ses derniers travaux⁵⁴, et s'appuyer en partie sur la jurisprudence relative aux contraventions de grande voirie, qui porte exclusivement sur des dépendances du domaine public portuaire, en vertu de l'article L331-1 du code des ports maritimes⁵⁵. Une telle démarche n'a d'objet que si elle permet de démontrer que la domanialité publique portuaire est largement admise, et que le même régime restrictif s'impose à des biens placés dans des situations sensiblement différentes, et qui pourraient faire l'objet de régimes différenciés.

On retrouve dans ce classement, par principe, tous les terrains d'assiette du service public portuaire appartenant à une personne publique et aménagés spécialement à cet effet, et aussi les installations portuaires ; il peut s'agir, par exemple :

d'ouvrages d'infrastructure portuaire

ouvrages assurant la tranquillité du port (digues, épis⁵⁶, jetées, môles)

ouvrages facilitant l'approche et le départ des navires (amers, dispositifs de balisage⁵⁷ et chenaux d'accès bien qu'ils soient situés en dehors des ports⁵⁸, écluses⁵⁹)

ouvrages facilitant l'accostage (corps-morts⁶⁰, bassins, quais⁶¹, ducs d'Albe⁶², postes d'accostage⁶³)

de terre-pleins portuaires⁶⁴

d'ouvrages de superstructure portuaire pourvu qu'ils appartiennent à la personne publique qui, sans être essentiels « à la constitution du port en tant que tel se superposent aux infrastructures portuaires en vue de l'accomplissement des diverses activités s'y exerçant », c'est-à-dire essentiellement l'outillage public :

bassins, plans d'eau⁶⁵

grues de quai⁶⁶

installations de radoub pour l'assèchement des navires⁶⁷

hangars⁶⁸

installations de stockage d'hydrocarbures⁶⁹

⁵¹ Pour J.-F. Brisson, « principe qui, adaptant les moyens aux fins, conduit à ne conférer aux équipements affectés à l'exécution d'une mission de service public que la protection juridique qu'exige leur affectation » in « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public », AJDA 2005, p. 591

⁵² J.-P. Duprat, L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat, AJDA 2005, p. 578

⁵³ CE 17 février 1932, Cne de Barran, Dalloz 1933 III, p. 49, note René Capitant

⁵⁴ B. Vendé, Les polices dans les ports maritimes, préface J.-P. Beurrier, PUAM, 2005, p.165

⁵⁵ Modifié en dernier lieu par l'ordonnance n° 2005-898 du 2 août 2005, art. 1 (Journal Officiel du 3 août 2005)

⁵⁶ CE 11 décembre 1912, Gaspaerd, Worms et compagnie, Lebon, p. 1186

⁵⁷ Déjà sous l'Ancien régime, les balises sont reconnues comme des ouvrages royaux : Arrêt du Conseil du Roi du 24 juin 1777, voit R. De Récy, Traité du domaine public, t. 1, p. 235 ; CE 22 juillet 1910, Min. des travaux publics c. Le Touquer Syndicate Limited, Lebon, p. 627)

⁵⁸ CE, 20 nov. 1896, Urvois et a., Rec. CE 1896, p. 748. ; CE, 22 avr. 1988, Entreprise Dodin, Rec. CE 1988, p. 154 ; DMF 1989, p. 94, concl. E. Guillaume, note R. Rezenzthel

⁵⁹ CE 25 mars 1931 Compagnie générale transatlantique, Lebon, p. 351

⁶⁰ CE 7 août 1903, Wilson, Lebon, p. 658

⁶¹ CE 24 juin 1914, Compagnie des messageries maritimes, Lebon, p. 763 ; CE, 19 nov. 1954, Sté d'armement Gautier, Rec. CE 1954, p. 610. ; CE, 22 févr. 1961, Sté fabrique française Honorat, Rec. CE 1961, p. 140

⁶² CE 21 mai 1913, Sieur Mac Kenna, Lebon, p. 553

⁶³ Cass. com. 6 février 1990, Sté française des pétroles BP, Esso e.a., arrêt n°1991

⁶⁴ CE, 7 nov. 1973, Paoli, Rec. CE, 1973, p. 620. ; CE, 17 janv. 1990, n°78289 et 78841, Éts Boennec

⁶⁵ CE, 7 janv. 1976, Yanakakis et Sté John Latsis tankers special anonymous maritime company, Rec. CE 1976, p. 1. ; CE, 1er juill. 1983, Lajarin, DMF 1983, p. 715, note R. Rezenzthel

⁶⁶ CE 5 avril 1934 Compagnie havraise péninsulaire, Lebon, p. 480 ; CE, 1er mars 1985, n°59322, SNCF et J. Huret

⁶⁷ CE 30 novembre 1854, Iza, Ann. P et Ch, 1855, p. 204

⁶⁸ CE 5 juillet 1972, SA de transit et de consignation, req. n°80671 ; CE 16 mars 1979, CCI de Boulogne-sur-mer, req. n°4174 ; CE, 29 mars 1933, Worms, Rec. CE 1933, p. 377 ; CE, 3 mai 1967, Port autonome Havre, Rec. CE 1967, p. 169

portiques
stations de déballage⁷⁰
silos⁷¹
fosse d'un élévateur à bateau dans un port de plaisance⁷²
lampadaires⁷³
ponts tournants⁷⁴
les terrains et bâtiments d'une zone industrielle⁷⁵. La jurisprudence est cependant partagée sur leur rattachement au domaine public portuaire⁷⁶.
Les biens faisant l'objet d'une concession d'outillage public :
un port de plaisance dans son ensemble⁷⁷
« les biens de retour », qui sont financés par les concessionnaires mais dont le cahier des charges prévoit le retour gratuit en fin de concession au profit du concédant⁷⁸.

Les outillages privés avec obligation de service public sont exclus du domaine public portuaire dans tous les cas.

On pourra retenir que la domanialité publique portuaire confère à son gestionnaire un « monopole public », « un verrouillage foncier »⁷⁹ de l'organisation portuaire. Peut-on considérer que ce pouvoir dérogatoire dépasse la mission de service public portuaire proprement dite ? Ce thème est largement débattu.

Section 2 - La destination du domaine public portuaire

Sous-section 1 - Le respect de la destination du domaine public portuaire : un principe impératif

Pour le Conseil d'Etat, « Le domaine public est affecté à un service public ou à l'usage du public en vue de la satisfaction d'un intérêt général précisé par l'acte d'affectation. Cet acte d'affectation confère à la portion de domaine public envisagée une spécialité et le service attributaire ne doit, en principe, utiliser ladite portion qu'en vue de la mission qui lui a été assignée. »⁸⁰

L'usage conforme à la destination du domaine public portuaire s'impose comme un principe incontournable. Le domaine public portuaire est donc affecté à la satisfaction d'un intérêt général, fluctuant. Cet intérêt général est relié à la mission de service public à laquelle sont affectées les dépendances. En s'attachant à analyser le reflux de la notion de service public, y compris portuaire, et que les autorités elles-mêmes semblent appeler de leurs vœux, surgit un paradoxe. Soit le domaine public portuaire est trop largement entendu pour l'évolution actuelle du service public portuaire, qui tend à resserrer ce dernier autour d'un noyau d'intervention publique, soit il est rendu inadapté par son régime trop protecteur, qui ne lui permet pas d'accueillir dans des conditions satisfaisantes des activités qui ne supportent en pratique aucune obligation de service public.

§ 1. La spécialité des ports autonomes

A. Une spécialité définie par le code des ports maritimes

L'article L111-2 du code des ports maritimes définit les missions des ports autonomes en ces termes :
« Le port autonome est chargé, à l'intérieur des limites de sa circonscription, et dans les conditions définies ci-après, des travaux d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police, au sens des dispositions du livre III du présent code, du port et de ses dépendances et de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté. »

⁶⁹ CE 4 mai 1973, Cie Industrie et Maritime, req. n°81570

⁷⁰ Cass. 1^{ère} ch. civ. 23 juin 1981, assoc. du comité de défense des intérêts du quartier de Mourepiane, arrêt n°701

⁷¹ CE 8 février 1978, Sté d'intérêt collectif agricole du silo de La Rochelle-Pallice, req. n°5983

⁷² CE 20 décembre 2000, CCI de Var, req. n°217639

⁷³ CE 28 novembre 1934, Compagnie charbonnière, Lebon, p. 1127

⁷⁴ CE 8 juin 1966, Min. des transports c. soc. Worms, Lebon, p. 383

⁷⁵ CE 19 octobre 1956, Société Le Béton, Lebon, p. 375 ; GAJA, n°76

⁷⁶ CE 10 mai 1951 Sieur Sempé, Lebon, p. 297 ; CE 11 avril 1986, Min. des transports c. Daney et autres, Lebon, p. 88 (dans le sens de la domanialité privée des zones industrielles)

⁷⁷ CE 25 novembre 1988, Cne de Carry-le-Rouet c. Soc. du nouveau port de Carry-le-Rouet, req. n°89106

⁷⁸ CE 29 novembre 1929, CCI de Nantes (2^{ème} esp.), Rec., p. 1015.; CE 16 novembre 1988, Cne d'Arcachon, Rec. tables, p. 729, cités par J.-M. Bécet et R. Rezenthel, Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral, PUR, 2004, p. 217

⁷⁹ A. Giraud, Les ports maritimes et la loi littoral, in SFDE, La loi littoral, Colloque, Montpellier, Economica, 1987, p. 289

⁸⁰ Avis CE n° 346.685 du 23 janvier 1990 ; v. Avis CE 11 mai 1963

Par conséquent, en vertu du principe de spécialité qui s'applique aux établissements publics, le domaine public portuaire dont le port autonome est affectataire ne peut être utilisé en dehors de ces missions. Cette garantie est importante, dans la mesure où les ports autonomes ne peuvent eux-mêmes utiliser le domaine public portuaire à des fins non portuaires. Le caractère portuaire d'une activité n'est toutefois pas verticalement encadré par le droit.

B. Les limites au principe de spécialité

L'étendue des missions des ports autonomes est assez largement entendue dans le code des ports maritimes, et la jurisprudence a une conception souple du principe de spécialité.

Le Conseil d'Etat a pu estimer, au sujet de Voies navigables de France, qu'un établissement public pouvait utiliser le domaine public qui lui était affecté à des fins autres que celles qui lui sont explicitement attribuées par la loi. Il a défini les conditions de cette utilisation « souple » en ces termes :

« Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel que Voies navigables de France 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 importe peu à cet égard que le législateur ou le pouvoir réglementaire, lors de la création de l'établissement, n'ait pas entendu explicitement interdire d'autres activités. Toutefois, le principe de spécialité ne s'oppose pas, par lui-même, même dans le silence des textes statutaires, à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques, à la double condition :

- d'une part, que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, en l'espèce, l'exploitation, l'entretien, l'amélioration, l'extension des voies navigables et de leurs dépendances et la gestion du domaine de l'État nécessaire à l'accomplissement de ces missions ;
- d'autre part, que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par leur adaptation à l'évolution technique et aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal. »⁸¹

Le juge tend donc à intégrer dans l'intérêt général, dont l'établissement public doit assurer la satisfaction, la bonne insertion de l'activité dans son environnement économique.

§ 2. La marge de manœuvre des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales ne sont pas des établissements publics, et la seule limite à leurs compétences est définie par les lois qui les concernent. Aucune spécialité ne doit venir grever leur capacité d'agir, conformément au principe de libre administration des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales ont une marge de manœuvre considérable, qu'elles soient gestionnaires du port, ou géographiquement limitrophes d'un port autonome.

A - Les collectivités territoriales gestionnaires du port

Jusqu'ici, le domaine public affecté aux ports décentralisés, en vertu de la loi n°83-663 du 22 juillet 1983, restait la propriété de l'Etat, soumis en tant que tel au code du domaine de l'Etat. Les collectivités territoriales, seulement affectataires de dépendances du domaine public portuaire, ne pouvaient donc valablement désaffecter de fait ces dépendances, sans l'accord du propriétaire du domaine. Ces collectivités ne pouvaient donc utiliser le domaine public portuaire pour répondre à des objectifs relevant d'une autre de leurs compétences. En cas d'affectation nouvelle sans rapport, les articles 631-2 du code des ports maritimes et L321-3 du CGCT prévoient que l'Etat retrouve de plein droit la gestion du domaine.

La marge de manœuvre des collectivités territoriales a évolué depuis que ces dernières sont devenues pleinement propriétaires des ports non autonomes. En effet, il existe désormais un domaine public portuaire « décentralisé ».

Les ports non autonomes (c'est-à-dire les ports d'intérêt national) ont été transférés aux collectivités territoriales et à leurs groupements par l'article 30 de la loi 2004-804 du 13 août 2004. Ces ports deviennent donc des ports décentralisés au sens plein. La compétence en matière portuaire et la propriété des dépendances du domaine public portuaire reviennent de plein droit aux collectivités territoriales (« Les dépendances du domaine public de ces ports sont transférées à titre gratuit »). En outre, toutes les collectivités territoriales qui ont reçu compétence en matière portuaire peuvent demander le transfert de propriété du domaine public correspondant.

En l'absence de disposition législative explicite allant dans le sens du respect de la destination des dépendances du domaine public portuaire dont les collectivités territoriales sont propriétaires, il est permis de douter que ces dépendances soient astreintes au principe de spécialité.

⁸¹ Avis du Conseil d'Etat n°369.299 du 16 décembre 2003

⁸² Loi n°83-663 du 22 juillet 1983, complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, articles 5 à 9

Toutefois, le dispositif existant peut être étendu à l'hypothèse de la collectivité territoriale propriétaire. Il n'y a pas lieu de penser en effet que le transfert de propriété ait affecté l'obligation qui est faite au gestionnaire du domaine public portuaire de respecter la destination des dépendances de ce domaine. Continue en effet de s'appliquer l'article 9 de la loi n°83-663 du 22 juillet 1983, qui dispose qu' « un décret en Conseil d'Etat définit les prescriptions et modalités d'utilisation particulières auxquelles elles sont assujetties et qui garantissent le respect de leur vocation ».

L'article R631-2 du code des ports maritimes, pris en application de cet article, continue donc d'imposer aux collectivités territoriales de n'établir, « sur les dépendances du domaine public mentionnées à l'article R. 631-1, que des ouvrages, bâtiments ou équipements ayant un rapport avec l'exploitation du port ou de nature à contribuer à l'animation et au développement de celui-ci ».

B - Les collectivités territoriales d'implantation d'une zone portuaire

Il convient de rappeler que les ports ne jouissent d'aucune extraterritorialité par rapport aux communes où ils sont implantés, et qu'ils sont compris dans le périmètre des plans d'occupation des sols. L'affectation portuaire des dépendances du domaine public et l'intérêt général qu'elles servent les protègent relativement bien des incursions de la commune d'implantation. Il est certains cas cependant où cette imbrication des espaces, indispensable par ailleurs à l'insertion de l'intérêt général portuaire dans son environnement local, pose problème.

Les collectivités locales peuvent modifier les règles d'affectation d'une zone industrialo-portuaire lors de la révision d'un plan d'occupation des sols, et ce, sans l'accord de l'autorité portuaire. Toutefois, cette révision ne peut soumettre les terrains faisant partie du domaine public à des prescriptions incompatibles avec l'affectation qui leur est donnée effectivement pour l'exploitation du service public portuaire. En l'espèce, les terrains n'avaient pas d'affectation précise et le juge estime que leur affectation future éventuelle ne fait pas obstacle aux pouvoirs de la commune.

Cette solution est exprimée en ces termes :

« Considérant que l'appartenance de terrains au domaine public ne constitue pas en soi un obstacle à ce qu'ils fassent l'objet de prévisions et de prescriptions édictées par un plan d'occupation des sols ; que si un plan d'occupation des sols ne peut sans erreur manifeste d'appréciation soumettre des terrains inclus dans le domaine public à des prescriptions incompatibles avec l'affectation qui leur est effectivement donnée pour l'exécution notamment du service public portuaire, la seule inclusion dans la circonscription du Port autonome de Nantes - Saint-Nazaire par le décret du 23 novembre 1983 de terrains sans affectation précise n'entache pas, par elle-même, l'illégalité les dispositions du règlement du plan d'occupation des sols de la commune de Bouguenais qui seraient incompatibles avec l'affectation future de ces terrains à une activité portuaire ; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de contraindre le port autonome à donner aux terrains jusqu'alors sans affectation précise compris dans son périmètre une destination autre que l'activité portuaire. »⁸³

Au surplus, la fin des hinterlands captifs, le phénomène de déconnexion progressive des activités portuaires et de l'environnement urbain attenant, fait naître quelquefois dans les villes qui accueillent un espace affecté à des activités industrialo-portuaires, et qui n'en retirent aucun fruit, un fort ressentiment. Cette situation conduit parfois les maires à prendre des mesures de police communale propres à entraver l'exploitation de la zone, par exemple par une réglementation de la voirie applicable aux accès à ladite zone. Ces nécessités d'insertion environnementale des dépendances du domaine public portuaire sont un indice de l'inadéquation entre, d'une part, l'intérêt général tel qu'il conditionne l'utilisation du domaine public portuaire, et l'intérêt général tel qu'il devrait être défini pour s'adapter aux véritables enjeux portuaires.

« Le domaine n'est pas seulement affecté au service du transit des marchandises, à la connexion de divers modes de transport »⁸⁴. Ce peut être également un outil d'aménagement.

Sous-section 2 - Le service public portuaire, destination du domaine public portuaire

§ 1. L'absence de définition positive du service public portuaire auquel le domaine public portuaire est affecté

Le service public portuaire est une construction jurisprudentielle qui s'est cristallisée au fil des décisions successives de la juridiction administrative.

Le service public portuaire n'est en effet nulle part défini en droit français, traduisant là la volonté des gouvernements de ne pas restreindre le champ de l'intervention publique. On ne peut intégrer au service public portuaire toutes les activités exercées dans l'enceinte portuaire. Il ne s'agit pas non plus seulement de celles exercées par l'autorité portuaire directement, car un opérateur privé utilisant le domaine public portuaire peut être chargé d'une mission de service public. Ce peut être le cas pour le titulaire d'une concession d'outillage public.

Selon R. Rezenhel⁸⁵, « La doctrine estime à présent que les critères du service public s'estompent et que : " Le service public se définit moins par son objet que par son régime... Est service public l'activité que les pouvoirs

⁸³ CE Sect 28 juillet 2000, DMF, mars 2001, n°613, p. 232, note R. Rezenhel

⁸⁴ B. Vendé, Les polices dans les ports maritimes, préface J.-P. Beurier, PUAM, 2005

publics ont entendu considérer comme tel⁸⁶. Certains auteurs vont jusqu'à évoquer 'l'introuvable définition du service public' ⁸⁷ ».

Le lien prépondérant entre le service public portuaire et le domaine public portuaire a été affirmé par le Conseil d'Etat à propos de l'aménagement d'une zone portuaire dans son arrêt « Le Béton »⁸⁸, mais en matière de ports maritimes, la Haute Juridiction qualifie volontiers l'exploitation d'un port de « service public portuaire », sous une acception large⁸⁹, sans distinction spécifique.

A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat tend à admettre l'existence d'un service public en présence d'une activité d'intérêt général dont les conditions d'exercice sont définies et contrôlées par une personne publique⁹⁰, que cette activité implique ou non la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Il trace cependant une frontière classique entre les différentes activités portuaires d'intérêt général, selon que leur nature est administrative, ou industrielle et commerciale.

C'est ainsi que notamment, ont été qualifiés de services publics administratifs : la réalisation d'aménagements portuaires et l'exercice de la police⁹¹, l'entretien des ouvrages⁹², la gestion du domaine public portuaire⁹³, l'organisation de l'embauche des dockers⁹⁴. Ont été considérés comme des missions de service public à caractère industriel et commercial l'exploitation : des outillages publics⁹⁵, des ports de plaisance⁹⁶, du remorquage portuaire⁹⁷.

La jurisprudence admet également que «les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public»⁹⁸, bien que ces opérations ne soient pas systématiquement assujetties à des obligations de service public.

Cette dichotomie organique laisse finalement peu de place à l'émergence d'une différenciation fondée sur des conditions concrètes d'exercice.

C'est une approche descendante qui a été adoptée par le Conseil d'Etat. Il s'agit d'abord de déterminer s'il existe une mission de service public, pour ensuite examiner le contenu des obligations de service public qui peuvent être imposées à l'utilisateur du domaine, parmi lesquelles le régime rigoureux du domaine public portuaire. Cette analyse n'a donné lieu qu'à un exposé impressionniste, parcellaire, du service public portuaire. Cependant, la définition précise du concept est indispensable à plusieurs titres : pour concevoir en vue de quelles activités le domaine public portuaire peut être utilisé, et pour saisir le sens de l'expression « obligation de service public ». Cette expression est centrale en effet, puisque, liée à l'intérêt général, elle fonde le pouvoir de gestion domaniale exorbitant que détient l'autorité portuaire, et serait seule à même d'intégrer les activités portuaires au sein d'un ensemble dont l'existence est d'intérêt général.

Par comparaison, la loi espagnole⁹⁹ est plus explicite. En donnant la définition du port maritime, elle encadre la sphère de projection des obligations de service public. Elle dispose en outre que l'autorité portuaire est un organisme public investi d'une mission de service public administratif, pour lequel il dispose de prérogatives de puissance publique. Une partie de l'espace portuaire, le domaine public portuaire, est à ce titre soumis à un

⁸⁵ R. Rezenthel, « Le service public portuaire sous l'emprise du droit communautaire », DMF, mai 2001, n°615, p. 420

⁸⁶ P. Delvolvé, « Les arrêts et le système de la concession de service public », RFDA, 1987, p. 2

⁸⁷ D. Linotte, A. Mestre et R. Romi, Services publics et droit public économique, p. 45. 3, éd. Litec, 1995

⁸⁸ CE Sect. 19 octobre 1956, Soc. Le Béton, Lebon, p. 375, D. 1956-J-681, concl. M. Long, AJ, 1956,-II-472 et 488, concl. Long et chron. Fournier et Braibant

⁸⁹ CE 29 déc. 1999, Mautalent et Assoc. défense des riverains du boulevard de l'Est [ADERIVE], n°197720 et 197781, Juris-Data n°1999-051566 ; Constr.-urb. 2000, comm. 69, 70, 71, note D. Larralde. ; CE, 28 juill. 2000, n° 135835, Port autonome Nantes-Saint-Nazaire. ; CE, 17 déc. 2003, n°236827, Sté Leader Racing, Juris-Data n° 2003-066732

⁹⁰ CE 10 juin 1994, Lacan n°138241 et 140175, Juris-Data n°1994-044347. ; CE, 26 févr. 2003, n°212943, Sté protectrice des animaux

⁹¹ CE sect. 17 avr. 1959, Abadie, Rec. CE, 1959, p. 239, concl. Henry. ; CE, sect., 26 juill. 1982, Min. budget c. Etabl. publ. Port autonome Bordeaux, Rec. CE 1982, p. 293 ; DMF 1982, p. 724, note R. Rezenthel

⁹² CE 26 juin 1974, Port autonome Marseille, Rec. CE 1974, p. 369

⁹³ CE 18 déc. 1989, n°71994, Port autonome Paris

⁹⁴ Trib. confl. 14 mars 1988, Daullet c. CAINAGOD et port autonome Dunkerque, n°2515

⁹⁵ Cass. 1re civ. 7 déc. 1954, CCI Boulogne-sur-mer, Bull. civ. 1954, I, n°353. ; CE 25 mai 1960, CCI La Rochelle, Rec. CE, 1960, p. 295. ; CE 24 juill. 1987, Sté Carfos, Rec. CE, 1987, p. 274. ; Cass. 1re civ., 9 déc. 2003, pourvoi n°01-13835, Sté Sagemor, Juris-Data n°2003-021340

⁹⁶ CE 14 mai 2003, CCI Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan, n°245628, Juris-Data n°2003-065288 ; Dr. adm. 2003, comm., 142, note G.L.C. ; DMF 2003, p. 689, note R. Rezenthel

⁹⁷ CE avis sect. TP 21 mai 1935, n°213417

⁹⁸ CE sect. 23 juin 1939, Chambre syndicale des entrepreneurs arrimeurs de chargement et de déchargement de navires, req. n°51416 ; CE sect. 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique Orientale, Rec., p. 129

⁹⁹ Ley n°48/2003 du 26 novembre 2003, BOE, n°284, du 27 novembre 2003

régime de droit public permettant à l'autorité portuaire d'exercer sa mission de développement des activités portuaires dans des conditions qui assurent l'existence d'un socle de services publics essentiels. Ces services essentiels ont en commun d'être la condition de l'existence même du port. Certains de ces services essentiels sont typiquement régaliens et hors du commerce et, par conséquent, intégrés à l'activité administrative de l'autorité portuaire.

D'autres, en nombre défini par la loi, ont une vocation commerciale, mais leur caractère indispensable justifie que l'autorité portuaire intervienne pour garantir leur continuité. L'article 60 de la loi espagnole inventorie ces services : pilotage, lamanage, remorquage, amarrage/déhalage, aide à l'embarquement et au débarquement de passagers, chargement et déchargement des équipages et véhicules, chargement, arrimage, déchargement, désarrimage et transbordement, entreposage, transport horizontal, réception de déchets solides et liquides. Il est toutefois interdit à l'autorité portuaire de prendre des participations dans les sociétés chargées de ces services, sauf dans l'hypothèse d'une insuffisance avérée au niveau de leur prestation.

§ 2. La définition communautaire du service public portuaire

C'est sous l'influence du droit communautaire qu'une définition « en creux » du service public portuaire s'est développée. Pour le droit communautaire le régime du service public semble relever d'une situation d'exception, qui doit donner lieu à une interprétation restrictive¹⁰⁰. La CJCE a ainsi peu à peu contribué à affirmer les limites des missions du service public portuaire, en appliquant une logique ascendante : l'existence de contraintes de service public, telles que définies par le droit communautaire, témoigne de l'existence d'un service public.

Pour la Commission, les services d'intérêt général désignent les activités de services, marchands ou non, considérés d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public. Les obligations de service public sont définies par le règlement du Conseil n°1191/69 du 26 juin 1969 dans les termes suivants : les obligations de service public sont « les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure, ni dans les mêmes conditions »¹⁰¹.

Pour sa part, abandonnant le critère organique pour le critère matériel et procédant par exclusion, la CJCE expulse certaines parties des activités des opérateurs du service public, les parties non régulièrement soumises à des obligations de service public. Elle contribue ainsi à baliser le chenal vers une définition du service public portuaire. Pour autant, son analyse ne permet pas d'intégrer fermement certains services au sein du service public, ou de les en exclure, mais s'attache à déterminer si, en l'espèce, les obligations de service public sont justifiées.

La CJCE contrôle également le bien fondé des obligations de service public imposées aux opérateurs. Il ressort d'un arrêt du 20 février 2001¹⁰² que les pouvoirs publics doivent justifier de la nécessité de créer un service public ou d'imposer des obligations de service public. Le motif qui selon elle autorise l'imposition d'obligations de service public est l'insuffisance des services (d'intérêt général)¹⁰³. Elle précise que « l'existence d'un besoin réel de service public doit pouvoir être démontrée ».

Le « besoin réel de service public » doit s'analyser au regard d'un autre arrêt de la CJCE, par lequel elle qualifiait le service du lamanage de service public, dans la mesure où son existence était indispensable au maintien de la sécurité portuaire ¹⁰⁴. Dans cette décision, elle définit le service public comme répondant aux critères suivants : l'universalité, la continuité, la satisfaction d'exigence d'intérêt public, la réglementation et la surveillance par l'autorité publique ; mais ne retient pas cet énoncé dans son dispositif.

¹⁰⁰ CJCE 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders ca.*, affaire n°352/85, Rec., p. 2085, point 32. Le principe de l'interprétation restrictive des exceptions au droit commun est également reconnu en droit français (Avis du CE 10 novembre 1999, Haut-Commissaire de La République en Polynésie française, req. n°209.410 et 209.411), arrêts cités par R. Rezenhel, « Le service public portuaire sous l'emprise du droit communautaire », DMF, mai 2001, n°615, p. 420

¹⁰¹ Art. 2.1. du règlement 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 (JOCE n°L156 du 28 juin 1969)

¹⁰² CJCE 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Lineas Regulares (Analir) e.a. et Administración General del Estado*, affaire II C-205/99

¹⁰³ CJCE 23 février 1995, *Bordessa ca.*, affaires n°C-358193 et C-416/93, Rec., p. I-361, point 19 ; CJCE. 1^{er} juin 1999, *Konle*, affaire n°C-302/97, Rec., p. I-3 122, points 45 et 46 ; CJCE 14 mars 2000, *association Eglise de scientologie de Paris, Scientology Intemation Reserves Trust et Premier ministre*, affaire n°C-54/99

¹⁰⁴ CJCE 18 juin 1998, *Corsica Ferries France S.A. et Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop art et autres*, affaire n°C-266/96 point n°60, Rec. p. I-3981, DMF 1998, p. 859, note P. Bonassies

Dans le silence des textes, certaines activités portuaires sont d'intérêt général¹⁰⁵. Ce sont les sujétions imposées à l'opérateur par l'autorité portuaire qui fondent cette qualification, dès lors que ces obligations sont proportionnées. Une personne de droit public ne peut donc plus librement imposer des sujétions dans un but d'intérêt général, sans s'exposer à un contrôle de proportionnalité. Cette définition plus stricte du service public portuaire devrait forcément avoir des incidences sur la consistance du domaine public portuaire qui, rappelons-le, n'est ainsi qualifié que s'il est affecté au service public.

Chapitre II - L'utilisation protectrice du domaine public portuaire

La protection du domaine public portuaire constitue un impératif d'ordre constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel le rappelle dans sa décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 sur la loi relative à la liberté de communication, et dans sa décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Le Conseil d'Etat reconnaît dans son arrêt du 21 mars 2003, Sipperec: « qu'en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, auquel se réfère le Préambule de la Constitution, la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel. »¹⁰⁶

Section 1 - Le régime d'utilisation du domaine public portuaire

Sous-section 1 - Le régime d'utilisation des outillages d'infrastructure et de superstructure portuaires : le financement des services portuaires par imputation des coûts réels sur les usagers du port

§ 1. Les redevances d'usage des outillages publics

La fixation des redevances d'usage des outillages publics relève, comme en matière de droit de port, de la procédure du tarif public. Ces redevances constituent des redevances pour service rendu, dont le barème est approuvé expressément ou tacitement par l'autorité portuaire, suite à une procédure d'instruction.

Le tarif doit respecter l'égalité des usagers¹⁰⁷, et ne peut faire l'objet d'une application différenciée que lorsqu'il existe un motif d'intérêt général dûment justifié, ou en vertu de la règle selon laquelle le principe d'égalité n'empêche pas d'appliquer des mesures différentes à des situations différentes¹⁰⁸ (ce motif étant parfois accueilli avec largesse). Le droit communautaire tend à contrôler l'application différenciée des tarifs d'usage, lorsque celle-ci constitue une restriction d'accès aux installations portuaires (v. Titre II).

§ 2. Les droits de port

La législation française distingue clairement entre les occupations privatives du domaine public portuaire et l'utilisation qu'en font les navires. Les premières donnent lieu au paiement d'une redevance domaniale, tandis que la seconde rend le navire redevable d'une série de redevances pour service rendu, les droits de port, perçus « à raison des opérations commerciales ou des séjours des navires qui y sont effectués » ¹⁰⁹.

L'usage non privatif des installations portuaires, par les armements, ne donne pas lieu à un titre d'occupation et au paiement d'une redevance domaniale, mais au paiement du droit de port. La différence est justifiée dans la mesure où l'accostage (la manœuvre effectuée par un navire pour se positionner le long du quai) ne peut faire l'objet pour le Conseil d'Etat d'un titre d'occupation du domaine public portuaire. Il ne peut en effet être autorisé que par une mesure de police¹¹⁰. Ce pouvoir de police, revenant aux officiers de port, ne peut être délégué, rendant par là impossible l'octroi à un opérateur d'une « priorité permanente d'usage des quais ». Ce régime est donc plus protecteur encore que celui du droit commun du domaine public.

La pertinence de la distinction est cependant contestable, dès lors que certains régimes portuaires étrangers ont un régime unifié. Au-delà de leur système domaniale, la plupart des systèmes portuaires publics cherchent à satisfaire un objectif particulier, encouragés en cela par les autorités centrales désireuses de se désengager financièrement : l'autofinancement¹¹¹.

¹⁰⁵ R. Rezenthel, « Le service public portuaire », Annuaire de droit maritime, tome XIII, 1995, p. 61 et suiv., Centre de droit maritime (Nantes)

¹⁰⁶ CE 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux, Lebon, p. 144 ; AJDA 2003, p. 1935, note P. Subra de Biesses ; RFDA 2003, p. 903, note J. Soulié : « la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel »

¹⁰⁷ CE ass. 21 novembre 1958, Synd. national des transporteurs aériens, Rec., p. 572

¹⁰⁸ CE sect. 26 mars 1999, Soc. Hertz France, AJDA, 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl

¹⁰⁹ Article L211-1 du code des ports maritimes

¹¹⁰ CE 6 février 1998, M. Deher, req. n°159512

¹¹¹ A titre d'exemple, mentionnons l'article 1 de la loi espagnole de 2003 (48/2003, du 26 novembre 2003, sur le régime économique et de prestation de services dans les ports d'intérêt général), qui pose parmi les principes et objectifs généraux poursuivis par les ports, l'autofinancement et la concurrence loyale entre les ports.

A - Eléments constitutifs du droit de port

L'assiette du droit de port peut comporter plusieurs éléments. L'article R211-1 du code des ports maritimes désigne, sans plus de détail, les diverses composantes du droit de port, toutes qualifiées dorénavant de redevances.

L'article R211-1 dispose que :

« Les éléments constitutifs du droit de port comprennent, dans les conditions définies au présent code, les redevances suivantes :

pour les navires de commerce : une redevance sur le navire, une redevance de stationnement, une redevance sur les marchandises, une redevance sur les passagers, une redevance sur les déchets d'exploitation des navires¹¹² ;

pour les navires de pêche, une redevance d'équipement des ports de pêche ;

pour les navires de plaisance ou de sport, une redevance d'équipement des ports de plaisance et, pour ceux ayant un agrément délivré par l'autorité maritime pour le transport de plus de 12 passagers, une redevance sur les déchets d'exploitation des navires¹¹³. »

Cela recoupe en fait tout ce qui n'est pas spécifiquement facturé (éclairage des zones de travail...).

Il s'agit d'un système assez proche de ceux qu'on retrouve dans les ports européens. En droit espagnol, la proximité du principe n'évite pas certaines différences sensibles¹¹⁴.

L'utilisation sans occupation privative du domaine public portuaire est soumise à deux taxes, trois pour les navires : une « taxe d'utilisation spéciale des installations portuaires », due par tous les navires, ou une « taxe d'utilisation spéciale du domaine public dans l'exercice d'activités commerciales », pour tous les opérateurs terrestres, une taxe pour services généraux (correspondant aux services régaliens du port) et, pour les navires uniquement, une taxe de signalisation maritime. Le régime de l'utilisation du domaine public portuaire, privative ou non, est donc unifié : l'occupant privatif sera redevable des mêmes taxes que les autres, auxquelles s'ajoute seulement la redevance domaniale. La taxe d'utilisation service public spéciale des installations est déclinée ensuite de façon comparable au droit de port français.

Sans succomber à l'ivresse que peut parfois procurer au juriste la lecture d'un texte législatif formant un ensemble cohérent et complet, on peut être amené à déplorer que la loi française se contente d'effleurer la question des droits portuaires. Il est légitime en effet d'attendre de la loi la définition des termes qu'elle emploie. A la lecture du texte, ce que recouvrent exactement ces redevances n'est pas explicite.

L'imprécision de la loi française est telle, qu'à toute autre question la réponse devra provenir de l'autorité réglementaire.

B - La nature juridique des droits de port

L'autorité réglementaire est en effet compétente en matière de perceptions ne constituant pas des impositions de toutes natures, c'est-à-dire précisément pour les droits de ports, conçus comme des redevances pour service rendu par le Conseil constitutionnel¹¹⁵, dans le sillage de la CJCE. La loi laisse au règlement le soin de dessiner les contours des droits de ports, qui sont définis aux articles R211-1 à R215-1 du code des ports maritimes. Les autorités portuaires (selon les cas, le conseil d'administration du port autonome, le concessionnaire, ou la collectivité territoriale) a la liberté de fixer le montant des droits de port, dans certaines limites édictées par le règlement. Ces droits sont donc susceptibles de varier d'un port à l'autre, et de constituer un élément de concurrence interportuaire parmi les autres conditions d'usage du domaine public portuaire.

La CJCE avait déjà pu se prononcer en 1973 sur le fait que ces redevances constituaient la contrepartie d'un service rendu par le port, estimant qu'elles ne constituaient pas des taxes d'effet équivalent¹¹⁶. Pour cela, il faut cependant que le niveau des droits de port corresponde exactement au service rendu¹¹⁷.

La nature juridique de l'ancienne taxe sur les passagers, dont la recette était reversée à l'Etat à hauteur de 25%, n'était pas celle d'une redevance pour service rendu, mais celle d'une perception à caractère fiscal, et relevant par là de la loi. Cette hésitation aurait pu causer son annulation par le juge administratif. A titre d'exemple, le Tribunal constitutionnel espagnol a très récemment déclaré inconstitutionnelle la fixation du tarif de certaines

¹¹² Inséré par le décret n°2003-920 du 22 septembre 2003 portant transposition de la directive 2000/59/CE sur les installations de réception portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison et modifiant le code des ports maritimes, art. 2 I, II, Journal Officiel du 27 septembre 2003

¹¹³ Inséré par le décret précité

¹¹⁴ Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante ; Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, art. 16

¹¹⁵ Cons. const. 6 octobre 1976, JO du 9 octobre 1976, p. 5953 ; Cons. const. 17 décembre 1992, 92-171 L, JO du 20 décembre 1992, p. 17477

¹¹⁶ CJCE 10 octobre 1973, Soc. Variola Spa c. Administration des finances italienne, aff. n°34/73, Rec., p. 981

¹¹⁷ CJCE 17 juillet 1997, GT-Links A/S/, aff. n°C-242/95, Rec., p. I-4449

redevances pour services portuaires par le ministre, considérant que ces redevances constituaient « des contributions patrimoniales publiques de nature fiscale », c'est-à-dire des taxes¹¹⁸. Il a donc ouvert un ample processus de rétrocession des taxes perçues par tous les ports espagnols, et ce de 1993 à 2000, très dangereux pour les finances des organismes portuaires publics.

Par ailleurs, la Cour de Cassation considère que le stationnement d'un navire dans un port constitue une occupation du domaine public. Logiquement, la redevance de stationnement pourrait donc être regardée comme une redevance d'occupation¹¹⁹.

C - La modulation des droits de port

La modulation des droits de ports est un thème qui a été abordé par les instances communautaires, et qui s'insère dans une évolution jurisprudentielle intéressante à plusieurs égards. Le règlement CEE n°2978/94 du 21 novembre 1994 impose aux autorités portuaires de réduire le taux des droits de port pour les pétroliers à ballast séparé. Le Parlement européen avait demandé par une résolution du 24 avril 1997 à la Commission s'il était possible d'instaurer des droits de port modulables en fonction de critères de sécurité et de respect de l'environnement¹²⁰.

Le Conseil d'Etat estime en substance, à propos de la redevance d'équipement des ports de plaisance, que l'autorité portuaire peut prendre en compte dans les tarifs des redevances une extension des ouvrages existants, mais seulement dans la mesure où ces dépenses vont bénéficier aux usagers actuels¹²¹.

Une tendance lourde du Conseil constitutionnel permet cependant d'envisager la progression des possibilités de modulation des droits de port, en fonction des prévisions d'investissement des autorités portuaires.

En effet, la notion de redevance pour service rendu a été considérablement aménagée par les considérants 15 à 17 de la décision n°2005-513 DC du 14 avril 2005 du Conseil constitutionnel. Le Conseil admet désormais trois limites au principe de proportionnalité entre le taux de la redevance et le service rendu. D'une part, les redevances peuvent incorporer « des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures et d'installations nouvelles ». D'autre part, il est possible de moduler leur montant, dans des proportions limitées et pour un motif d'intérêt général, pour « tenir compte des atteintes à l'environnement, améliorer l'utilisation des infrastructures, favoriser la création de nouvelles liaisons ou répondre à des impératifs de continuité ou d'aménagement du territoire ». Enfin, la compensation des redevances concourant à un même service public entre elles est admise dans des proportions limitées.

Précédemment, le Conseil constitutionnel avait admis des modulations du tarif d'une redevance inspirées par des motifs d'intérêt général¹²², ainsi que la prise en compte de charges d'investissement dans ce tarif¹²³.

Ce système rend donc possible, à condition de respecter le principe d'égalité, que le montant d'une redevance pour service rendu excède le coût directement exposé pour fournir ce service. En effet, le principe d'égalité n'interdit pas que des usagers placés dans des situations différentes soient facturés différemment, tout comme il n'interdit pas qu'un tarif soit modulé dans des considérations d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs admis la modulation des tarifs en fonction de considérations d'intérêt général pour les tarifs aéroportuaires¹²⁴, accepté la facturation de travaux à venir¹²⁵ et, plus généralement, pris quelque distance avec la règle du plafonnement pour chaque usager¹²⁶.

La jurisprudence récente choisit donc de desserrer les contraintes résultant de la jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat selon laquelle constitue une redevance pour service rendu, toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage.

Il en résulte que les « ristournes » doivent être accordées de manière transparente, non discriminante et équitable, et calculées par des procédés comptables susceptibles de les mettre en adéquation avec le coût de revient des installations.

D - Le recouvrement des droits de port

¹¹⁸ Sentences du 20 avril 2005 (n°102/2005, BOE 20 avril 2005, n°120) et du 10 mai 2005 (n°121/2005, BOE 8 juin 2005, n°136)

¹¹⁹ Cass 1^{ère} ch. civ., 10 mai 1983, DMF 1983, p.664

¹²⁰ JOCE n°C150 du 19 mai 1997, p. 52

¹²¹ CE 2 février 1996, M. Fauquet e.a., req. n°149427, LPA 19 juin 1996, n°74, p. 14, concl. J. Arrighi de Casanova

¹²² Cons. const., décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, cons. 4

¹²³ Cons. const., décision n°83-166 DC du 29 décembre 1983, cons. 4

¹²⁴ CE 13 octobre 1999, Air France c. ADP, req. n° 193195

¹²⁵ CE 30 juillet 2003, CGE, req. n°235398

¹²⁶ Avis CE 24 juin 1993 sur les tarifs de la SNCF, EDCE n° 45, p. 338

1. La compétence judiciaire dans le contentieux relatif au droit de port

Les droits de ports sont perçus, les infractions sont constatées et punies, les poursuites sont effectuées et les instances sont instruites et jugées comme en matière de douane¹²⁷. Par suite, les litiges concernant l'assujettissement, le paiement ou le remboursement des droits de port relèvent du juge judiciaire¹²⁸.

La compétence en matière de contestation des droits de port est en réalité partagée entre les deux ordres de juridiction. Le contrôle de la régularité du barème de ces droits, qui présente le caractère d'un acte administratif, ressortit au juge de l'excès de pouvoir¹²⁹, mais le contentieux relatif à l'assujettissement et au paiement, revient en bloc au tribunal d'instance¹³⁰. Celui-ci peut notamment constater qu'un appontement est situé dans la limite administrative d'un port¹³¹, et se prononcer sur l'exception d'illégalité du tarif des droits de port¹³².

2. Le privilège de l'autorité portuaire

L'autorité portuaire peut faire valoir son privilège pour le recouvrement des droits de port¹³³. En effet, en vertu de l'article 31.2 de la loi du 2 janvier 1967, les droits de tonnage ou de port et les autres taxes et impôts publics de même espèce, sans qu'il soit nécessaire que ces frais aient été engagés depuis l'entrée du navire dans le dernier port, sont privilégiés.

Ce privilège est malheureusement bien isolé, car il n'a pas d'équivalent en matière d'occupation privative du domaine public portuaire. Le privilège du bailleur existe pourtant, mais le titre d'occupation n'étant pas un contrat de location, il ne peut pas encore s'appliquer, sauf exception jurisprudentielle, aux relations entre l'autorité portuaire et l'occupant.

Sous-section 2 - Les régimes d'utilisation privative du domaine public portuaire

§ 1. L'orientation des procédures d'octroi des titres d'occupation vers la protection financière du domaine

Une transparence accrue des procédures d'attribution des autorisations est de nature à protéger les deniers publics. Les autorités administratives doivent donc dorénavant « s'astreindre à des obligations permettant de s'assurer qu'elles agissent dans la transparence souhaitée »¹³⁴. Si elles sont déjà tenues de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles procèdent à une délégation de service public en même temps qu'à une autorisation d'occupation du domaine public sur le fondement de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 ou de sa transposition dans le CGCT, rien n'empêcherait que tous les titres d'occupation soient soumis aux mêmes règles, et non pas seulement lorsqu'elles sont adossées à une concession.

En ce sens, S. Nicinski¹³⁵ relève que la jurisprudence prend en compte le principe d'égalité entre candidats et le respect des règles de concurrence. La CJCE estime qu'« un minimum de publicité » est indispensable¹³⁶. Le Conseil de la concurrence a posé certaines exigences en matière d'autorisations domaniales¹³⁷. En ce qui concerne la délivrance du titre, il cite l'obligation de publicité préalable à la délivrance d'un titre d'occupation, et la remise en jeu à intervalles fréquents de l'autorisation délivrée. La durée des titres gagnerait également à être encadrée : le Conseil souhaite qu'elle soit en adéquation avec la durée d'amortissement de l'investissement (c'est le cas pour les titres constitutifs de droits réels), et que l'octroi de droits exclusifs ne repose que sur des raisons techniques et financières sérieusement justifiées.

En pratique, la procédure de mise en concurrence est favorable à l'autorité portuaire, dans la mesure où elle permet de ne pas contrevenir à la théorie des facilités essentielles (pour les conventions d'exploitation de terminal notamment, qui ne semblent pas opérer de délégation de service public, ni donc relever des procédures de l'article 38 de la loi précitée) et peut même servir à revaloriser la redevance domaniale.

¹²⁷ Article L211-4-I du code des ports maritimes, en combinaison avec le 6^{ème} alinéa de l'article 285 du code des douanes

¹²⁸ Trib. confl. 12 novembre 1984, Préfet, Commissaire de la République de Haute-Corse c. Tribunal d'instance de Bastia (affaire soc. Sogedis), RFDA, 1985, p. 445, concl. G. Picca

¹²⁹ CE 2 février 1996, M. Fauquet e.a., req. n° 149427, LPA 19 juin 1996, n°74, p. 14, concl. J. Arrighi de Casanova

¹³⁰ Cass. com. 18 janvier 1982, min. de l'économie et des finances c. Soc. navale caennaise, arrêt n°60, rev. Droit, littoral et mer, 1982, n°5, p. 35

¹³¹ Cass. civ. 1^{ère} 13 avril 1999, Soc. Dragage, transport et travaux maritimes (DTM), arrêt n°776

¹³² Cass. com. 23 mars 1999, J.-M. Goulletquer ès-qualité d'administrateur judiciaire et soc. Sanara c. Port autonome de Marseille, arrêt n°668 ; Trib. confl. 28 avril 2003, CCI du Var, n°3352

¹³³ Cass. com. 22 janvier 2002, Soc. J.-C. Rogliano, arrêt n°197

¹³⁴ Rapport du Conseil d'Etat pour 2002, Collectivités publiques et concurrence, La Doc. fr., p. 380

¹³⁵ S. Nicinski, note sur CAA Paris 4 décembre 2003, Setil, AJDA, 2005, p. 200

¹³⁶ CJCE 7 décembre 2000, Telaustria, AJDA, 2001, p. 106, note L. Richer

¹³⁷ Cons. conc., avis n°04-A-19, 21 octobre 2004

§ 2. L'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public

L'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public permet à l'occupant de mettre à la disposition des tiers ses installations (conçues selon ses besoins personnels) selon les conditions prévues dans la convention d'autorisation.

Elle ne constitue pas une délégation de service public.

L'autorité portuaire assortit ce titre d'occupation de conditions théoriquement adéquates en considération d'un meilleur service aux usagers, qui constituent des obligations de service public. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer la légalité de la décision soumettant « à des obligations de service public les bénéficiaires des autorisations d'outillage accordées en vue d'assurer la satisfaction des usagers du port »¹³⁸.

§ 3. La concession d'outillage public

A - La concession d'outillage public, une délégation de service public soumise aux règles de mise en concurrence

La notion d'outillage public est entendue largement par la jurisprudence, qui y intègre par exemple une station de dégazage (v. plus haut, la partie consacrée à la classification des biens du domaine public portuaire, section I, sous-section 2).

Le code des ports maritimes autorise l'autorité portuaire à aménager et exploiter l'outillage public en régie, ou par le biais d'une concession¹³⁹. Une telle concession (ou affermage, lorsque le titulaire ne fait aucun investissement), accordée après une procédure d'instruction, constitue une délégation de service public et transfère la responsabilité de l'exploitation sur le concessionnaire¹⁴⁰.

Les concessions d'outillage public dans les ports maritimes relevant des départements ou des communes ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à 50 ans¹⁴¹.

La concession d'outillage public constitue également une concession de travaux au sens de la directive « travaux » 93-37 CEE. Elle est de ce fait assujettie à des obligations de publicité au niveau local et européen lorsqu'elle atteint le seuil communautaire¹⁴². Le cahier des charges définit le régime juridique des biens concédés et distingue parmi ces derniers les biens de retour, qui restent la propriété du concédant durant toute la durée du titre, et lui reviennent de façon obligatoire et gratuite à l'issue de celui-ci¹⁴³ ; les biens de reprise, qui peuvent être acquis par l'autorité portuaire en fin de concession, moyennant un prix, sans que le concessionnaire puisse s'opposer à la reprise ; et une catégorie intermédiaire, les biens édifiés sur le domaine public portuaire et grevés d'un droit réel : ceux-ci restent la propriété du concessionnaire pendant la durée du titre et reviennent automatiquement, sauf démolition, au concédant à l'issue de celui-ci.

Le concessionnaire est redevable de la taxe foncière applicable sur les biens de reprise, tandis que celle applicable aux biens de retour relève du concédant.

Un nouveau cahier des charges type de concession d'outillage public est en préparation depuis plusieurs années, mais sans que soit intervenu le décret en Conseil d'Etat qui l'approuve.

B - La pratique de la sous-concession à l'épreuve des exigences de transparence

Eu égard à l'esprit de la loi de 1993, la pratique de la sous-concession, traditionnellement admise par la jurisprudence¹⁴⁴, devrait faire l'objet d'une procédure équivalente à celle de la concession principale. Cependant, si le principe de la sous-délégation est admis¹⁴⁵, les dispositions de la loi Sapin ne sont applicables qu'aux délégations de service public des personnes morales de droit public¹⁴⁶. A de rares exceptions près, la règle légale ne s'impose donc pas de plein droit aux sous-traités de concession. En l'absence d'une jurisprudence extensive, ces derniers n'y seraient soumis que si le concessionnaire agissait en qualité de mandataire de la personne publique¹⁴⁷.

¹³⁸ CE 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique orientale, Lebon, p. 29 ; D., 1944, p. 164, concl. B. Chenot

¹³⁹ Articles R115-7, R122-7 et R631-7 du code des ports maritimes

¹⁴⁰ CE 11 décembre 2000, Mme Agofroy e.a., req. n° 202971, Le Moniteur TP, 9 février 2001, p. 89

¹⁴¹ En vertu des dispositions des articles R631-1 et R631-3 du Code des ports maritimes issues du décret n° 84-941 du 24 octobre 1984 (Journal Officiel 25 Octobre 1984), dont la légalité a été reconnue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 1er octobre 1986 (Assoc. nationale des élus du littoral : AJDA 1987, II, p. 115 ; Juris-Data n° 043159), prévoit notamment que « les concessions d'établissement ou d'exploitation d'infrastructure ou de superstructure portuaires ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à cinquante ans ».

¹⁴² Rép. min. n°51694, JOAN Q 9 juill. 2001, p. 400

¹⁴³ CE 16 novembre 1988, Cne d'Arcachon, Lebon, p. 729

¹⁴⁴ CE sect. 18 décembre 1959, Sieur Delansorme, Rec. CE, p. 692. ; 1er octobre 1997, Ville Grenoble, Mon. TP 10 oct. 1997, p. 77

¹⁴⁵ CAA Marseille 25 mai 2003, Cne de Saint-Laurent-du-Var, DMF, 2004, p. 473, obs. R. Rezenthel

¹⁴⁶ Art. L1411-1 CGCT

¹⁴⁷ CE 27 nov. 1987, Sté provençale d'équipement, Rec. CE, p. 383 (concernant la qualification de contrat administratif du sous-traité de concession conclu dans cette hypothèse)

Pourtant, il arrive fréquemment que le concessionnaire de l'outillage public se décharge sur un cocontractant d'une partie des missions lui incombant au titre de la concession¹⁴⁸. « L'élargissement aux titres d'occupation domaniale des procédures de délégation de service public n'entre pas dans le champ des textes aujourd'hui en vigueur. Pourtant, le recours systématique à la sous-délégation, par des sous-concessions quasi-complètes, vide de son sens la procédure de délégation de service public et permet de contourner l'obligation de transparence posée par la loi. »¹⁴⁹

La juridiction administrative s'est prononcée dans le sens d'une extension des règles de publicité et de concurrence aux sous-traités de concession d'outillage public¹⁵⁰, admettant qu'un sous-traité de concession relevait également du régime de la délégation de service public. En revanche, une simple autorisation d'occupation temporaire n'y est pas soumise.

Cette solution semble prendre en compte judicieusement les impératifs liés à l'unité du régime de responsabilité de la concession d'outillage public (le délégataire demeurant responsable dans ses rapports avec l'autorité portuaire de l'exécution de l'ensemble des obligations de service public¹⁵¹), et l'esprit des règles de transparence et de publicité. Le sous-traité de concession constitue en effet généralement un nouveau contrat de délégation de service public, comportant un volet domanial, qui modifie substantiellement le contrat initial en opérant un transfert de droits et d'obligations aux profit du sous-délégataire.

§ 4. La concession de port de plaisance

La concession de port de plaisance est soumise aux mêmes conditions que la concession d'outillage public, dans la mesure où il a été jugé qu'un port de plaisance a la qualité d'outillage public¹⁵². Elle peut être accordée par les collectivités territoriales, dans ce cas les conditions d'utilisation des postes à quai sont celles fixées par l'article R631-4 du code des ports maritimes.

En principe, ces autorisations susmentionnées ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à un an¹⁵³. Par dérogation, cette durée peut être portée à 5 ans « lorsque la disposition privative de postes à quai est consentie à des entreprises exerçant des activités de commerce et de réparation nautiques ou à des associations sportives et de loisirs ».

Le régime de l'abonnement ou « garanties d'usage de postes d'amarrage ou de mouillage » est un régime intermédiaire entre celui des navires titulaires d'une autorisation d'occupation temporaire et celui des navires de passage. Il ne comporte pas d'autorisation d'occupation privative d'un poste particulier mais fait bénéficier son titulaire d'une sorte de priorité d'accostage ou de mouillage sur un poste déterminé visé à la convention¹⁵⁴. En règle générale, ce régime exonère son titulaire d'une facturation « à la touchée » en échange d'une implication financière plus grande dans la stratégie d'aménagement du domaine public.

A ce sujet, il convient de noter cependant que la Cour de cassation en matière fiscale estime pour sa part, contrairement à la jurisprudence administrative, que la cession d'actions d'une société exploitant un port de plaisance confère à leur acheteur un droit exclusif de jouissance sur un bien immobilier, à savoir un poste de mouillage dans un port de plaisance, et soumis comme tel au paiement de droits d'enregistrement¹⁵⁵.

Parmi les obligations de service public supportées par le concessionnaire, on retrouve la construction des infrastructures portuaires (digues, môles d'accostage, quais, plans d'eau, terre-pleins, etc.), l'édification des outillages (slips, cales sèches, docks flottants, grues, hangars, magasins, etc.) et l'installation des services nécessaires à l'exploitation du port. Ces obligations sont rémunérées par des redevances pour l'amarrage, l'usage des ouvrages d'accostage et des divers outillages mis à la disposition des usagers¹⁵⁶.

¹⁴⁸ CE 20 déc. 2000, CCI du Var, Contrats Marchés publ. 2001, comm. n°74

¹⁴⁹ Cour des comptes, La politique portuaire française, Rapport public, 1999

¹⁵⁰ CE 21 juin 2000, SARL Plage « Chez Joseph », Fédération nationale des plages restaurants, req. n°212.100 et 212.101, La Quinzaine Juridique (n°186) du 17 juillet 2000, p. 26, D.A. 2000 n°248 obs. S. Braconnier, RFDA. 2000 p. 797 concl. C. Bergeal, LPA 2000 n° 8/9 ; J. Dufau « Le casse-tête des plages concédées », MTP. du 6 août 1999 p. 28 ; TA Nice, 31 mars 1998, SARL Quelart Marine c. CCI Nice Côte d'Azur et conseil général des Alpes-Maritimes, BJCP 1/1998, p. 105 ; TA Nice, 7 déc. 1999, Ets Alain Marine, BJCP 10/2000, p. 204

¹⁵¹ CE sect. 23 mai 1958, Cts Amoudruz, Rec. CE, p. 301. ; 4 oct. 1961, Dame Verneuil, Rec. CE, p. 533

¹⁵² CE 25 novembre 1988, Cne de Carry-le-Rouet c. Soc. du nouveau port de Carry-le-Rouet, req. n°89106

¹⁵³ Article R631-4 du Code des ports maritimes

¹⁵⁴ TA Nice 13 juin 2000, Société immobilière du port de Miramar c. Commune de Théoule-sur-Mer, req. n° 99-5086 ; v. aussi Robert Rezenthel, Le droit d'amarrage pour les associés de sociétés concessionnaires de ports de plaisance, DMF 2000, p. 757

¹⁵⁵ Cass. com. 15 mars 1994, Sté Yachting Courtage, n°740 ; Cass. com. 27 février 1996, Direction générale des impôts, n° 399 ; Cass. com. 21 mars 2000, SCI Mo Invest, n° 703

¹⁵⁶ CE 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var, Rec. CE, p. 268 ; JCP G 1990, II, 21538, concl. Fouquet ; D. 1991, somm. p. 742, note ; JCP 1990, n°4, actualités ; JCP G 1990, IV, 57 ; RFDA, 1990, p. 649, concl. Fouquet

La concession de port de plaisance peut ne concerner que des équipements de plaisance implantés dans un port ayant une autre destination.

§ 5. La convention d'exploitation de terminal

La Convention de Vienne du 19 avril 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport a inspiré la création de la convention d'exploitation de terminal, visant à pallier la rigidité et l'inadaptation des conditions de mise en œuvre des concessions d'outillage public.

La convention d'exploitation de terminal est prévue à l'article 115-7-III du code des ports maritimes, modifié par le décret n° 99-782 du 9 septembre 1999 (art. 11, Journal Officiel du 11 septembre 1999).

Le régime et la portée de ces conventions sont décrits en ces termes :

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

La définition du terminal n'est pas universelle. En Espagne par exemple, le terminal de manutention de marchandises est défini comme une « installation destinée à réaliser le transfert de marchandises entre les modes maritime et terrestre, ou entre deux modes maritimes, qui peut inclure des superficies destinées à l'entreposage des marchandises et des éléments de transport et où s'effectuent les opérations nécessaires au transfert entre modes ou au transit maritime »¹⁵⁷.

Le cahier des charges type d'exploitation de terminal¹⁵⁸ implique que le mode de spécialisation du terminal soit opéré par type de trafic. Cette circonstance s'explique par deux facteurs prédominants. D'un côté, il y a une apparente contradiction entre le phénomène de concentration verticale des opérateurs maritimes et des entreprises portuaires, et le fait de persévérer sur la voie des terminaux spécialisés par trafic, et non par ligne. En effet, le développement des « pools » d'armateurs tendrait plutôt à favoriser l'octroi d'une concession de terminal adaptée à un groupe d'opérateurs concentrés, mieux à même de définir leur besoin d'investissement. On croirait donc déceler, dans la volonté d'administrer ces terminaux sans tenir compte des évolutions du marché, une erreur d'optique.

Il convient cependant de se demander si cette volonté de ne pas céder à ce nouvel axiome, « le trafic crée l'infrastructure », ne traduit pas une démarche volontaire de l'autorité portuaire, désireuse de protéger ses pouvoirs domaniaux contre des opérateurs concentrés, puissants et très autonomes.

Par ailleurs, le cahier des charges type prévoit notamment la possibilité de passer une sous-concession sans appel à candidature, l'octroi d'une priorité permanente d'usage du ou des quais au titulaire, l'octroi possible de droits réels, et la fixation des modalités de calcul de la redevance. La fiscalité (notamment la taxe foncière) est à la charge de l'occupant.

Rien ne semble démontrer que la convention d'exploitation de terminal constitue une délégation de service public, surtout si l'on prend en compte la jurisprudence communautaire selon laquelle en l'absence d'un intérêt général dûment justifié, la manutention portuaire constitue une activité économique classique.

§ 6. Les contrats innomés

Il n'est pas exclu que l'autorité portuaire puisse se dispenser de retenir l'un des régimes prévus par les articles R115-7 et suivants du code des ports maritimes, c'est-à-dire la concession ou l'affermage d'outillage public, l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public, ou pour les ports maritimes autonomes, la convention d'exploitation de terminal (et la concession de port de plaisance).

L'autorisation d'occupation temporaire est en effet largement utilisée dans les zones portuaires, désignée parfois sous le terme d'« amodiation ». Des procédures de transfert de gestion sont utilisées également de manière ponctuelle dans les ports maritimes autonomes et dans les ports d'intérêt national. L'autorisation d'occupation temporaire, qui n'est pas forcément un acte unilatéral¹⁵⁹, constitue parfois un moyen souple d'utilisation du domaine public portuaire, d'autant que ces autorisations peuvent contenir des dispositions protectrices de l'occupant.

Cette liberté de choix pourrait toutefois être contestée sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation, non dans son principe, mais dans un cas d'espèce déterminé.

¹⁵⁷ Article 24.6 de la loi espagnole de 2003, préc.

¹⁵⁸ 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

¹⁵⁹ CE 8 décembre 2003, SA France Handling, req. n°227588

Section 2 - Les sujétions inhérentes à l'utilisation du domaine public portuaire

Sous-section 1 - La protection du domaine public portuaire

§ 1. La protection pénale spécifique du domaine public portuaire

Le domaine public portuaire, en tant qu'il est affecté au service public portuaire, requiert des moyens de protection coercitifs et répressifs dont la finalité est de prévenir et de réparer les entraves au bon fonctionnement et à la continuité du service public portuaire. En cela, le régime domanial, s'il peut être regardé comme trop contraignant à divers égards, trouve parfois à s'appliquer avec une exacte mesure.

La conservation des divers éléments du port est assurée dès 1681 par l'Ordonnance de la Marine, dont la majorité des dispositions a été reprise par le code des ports maritimes. L'article L322-1 du code des ports maritimes dispose ainsi que « nul ne peut porter atteinte au bon état des ports et havres tant dans leur profondeur et netteté que dans leurs installations ».

La police de la conservation tend à assurer la protection des ouvrages portuaires faisant partie du domaine public portuaire et des ports maritimes autonomes. Le Livre III du code des ports maritimes définit les infractions résultant d'atteintes à la consistance du domaine public portuaire, qui sont constatées par le moyen des contraventions de grande voirie.

Elle inclut dans son champ d'application les ouvrages réalisés par les ports autonomes sur le domaine de l'Etat¹⁶⁰, et réprime tant les dommages causés aux installations portuaires, que l'occupation sans titre du domaine. Parmi les atteintes au domaine public portuaire constitutives d'une infraction, on peut citer le mouillage non autorisé dans les eaux portuaires, le dépôt de marchandises sur les quais et terre-pleins, le dépôt de substances polluantes dans les eaux du port, le lestage/délestage, l'abandon d'épave, et l'occupation sans titre. Dans ce dernier cas, l'expulsion peut être obtenue du juge administratif même en référé¹⁶¹.

Le régime de poursuites est tourné vers la réparation du dommage causé par l'utilisation illicite du domaine public portuaire, par le biais de l'action domaniale.

La police de la conservation du domaine public ne s'applique qu'au domaine public de l'Etat. La question de l'applicabilité de ce régime particulier de protection aux dépendances des ports détenues désormais par les collectivités territoriales reste posée¹⁶².

Par comparaison, la loi espagnole prévoit un régime pénal unifié en matière portuaire, intégrant les règles de procédure et de prescription. Ce régime instaure une gradation très précise des infractions et des peines¹⁶³.

Enfin, le régime de la contravention de grande voirie n'est pas exclusif de la mise en œuvre de poursuites fondées sur des dispositions légales différentes¹⁶⁴.

§ 2. La protection relevant du droit commun du domaine public

A - La subordination de l'occupation à l'obtention d'une autorisation

L'article L28 du code du domaine de l'Etat consacre cette nécessité pour l'occupant du domaine public d'obtenir au préalable une autorisation. Le juge administratif a dessiné les contours de cette dernière. L'autorisation doit être expresse, et non tacite. L'occupation du domaine public ne supporte aucune tolérance¹⁶⁵. En principe, l'autorisation a un caractère strictement personnel. Elle ne peut être cédée, même avec l'accord de l'administration¹⁶⁶. Ce principe connaît un certain nombre d'exceptions que nous aborderons.

B - L'inaliénabilité du domaine public portuaire

Le principe d'inaliénabilité du domaine public, rémanence de l'édit de Moulins de 1566, est aujourd'hui proclamé dans l'article L52 du Code du domaine de l'État : « les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ». Ce principe fondamental de la domanialité publique a été rappelé plus récemment, à propos du domaine public des collectivités territoriales, dans la première partie de l'article 13 de la loi du 5 janvier

¹⁶⁰ R. Rezenthel, Cours de droit portuaire, Université de Nantes, t. 4, p. 19

¹⁶¹ CE 22 juillet 1992, SCI La Bounty, req. n°103105

¹⁶² B. Vendé, Les polices dans les ports maritimes, préface J.-P. Beurrier, PUAM, 2005, p. 163

¹⁶³ Ley n°48/2003 du 26 novembre 2003, BOE, n°284 du 27 novembre 2003, article 116

¹⁶⁴ CE 13 juin 1964, Sieur Guégan, Lebon, p. 334 ; RDP, 1965, p.85, note M. Waline

¹⁶⁵ CE 17 décembre 1975, Soc. Letourneur Frères, RDP, 1976, p. 1083

¹⁶⁶ CE 6 novembre 1998, Ass. des bouquinistes des quais de Paris, D., 1999, IR, p. 6 ; LPA, février 1999, n°23, note F. Colin

1988167, et dans l'article L1311-1 du CGCT issu de la loi n° 2002-276 du 27 février 1988 et de l'ordonnance n°2003-902 du 19 septembre 2003¹⁶⁹.

Il en découle que le domaine public ne peut pas faire l'objet d'une vente, d'une appropriation à caractère permanent, ou d'une sujétion patrimoniale ou commerciale. Ces restrictions ne valent pas, en revanche, si le domaine public est déclassé pour être intégré au patrimoine privé de l'Etat, ce qui, conformément à la jurisprudence administrative, nécessite quelques conditions, notamment l'absence de participation au service public.

L'interdiction portant sur toutes les formes d'aliénations des dépendances du domaine public a un effet principal : la nullité de la vente. Quelque soit la juridiction saisie, l'action en nullité des aliénations du domaine public peut être exercée même par un tiers à la vente, dès lors qu'il établit son intérêt à agir¹⁷⁰. En amont de l'action en nullité, tout intéressé est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat de vente d'une dépendance domaniale, indépendamment de la nature administrative du contrat¹⁷¹. L'acte détachable contesté peut être l'acte autorisant l'aliénation d'un bien du domaine public¹⁷².

Le transfert du droit de propriété de la personne publique sur le bien rattaché au domaine public est proscrit, comme l'est également, en théorie, tout démembrement de ce droit. La constitution de droits réels sur le domaine public, qu'il s'agisse de l'hypothèque, de l'usufruit, des servitudes réelles, de l'emphytéose, ou du bail à construction, pour ne citer que les plus courants, est en principe, en dehors des évolutions législatives récentes que nous abordons au titre II, impossible.

Les conséquences de cette restriction sur l'économie portuaire sont multiples : l'occupant qui ne peut se prévaloir d'un droit réel sur les constructions qu'il doit édifier ne peut s'entourer des garanties nécessaires à l'obtention d'un investissement privé. Pour l'occupant, cela implique une fragilité financière incontestable. Pour l'autorité portuaire et l'ensemble dont elle doit assurer le dynamisme, cela crée un mécanisme improductif à plusieurs titres. D'une part, l'offre de services et d'équipements des opérateurs portuaires risque de rester en deçà de ce qu'elle pourrait et devrait être. D'autre part, le financement public est amené de manière perverse et quasi obligatoire à se substituer au financement privé d'activités purement économiques. Confrontée à une situation où son co-contractant est dans une position d'extrême faiblesse, l'autorité portuaire, service public administratif, assume un risque commercial dont elle devrait pouvoir s'exempter, et se voit impliquée mécaniquement dans des opérations économiques qui ne l'intéressent parfois pas directement.

Le principe d'inaliénabilité, garant, à travers la permanence du domaine public, de la continuité et de la mutabilité du service public portuaire, présente donc ce paradoxal inconvénient de brider l'activité portuaire et d'en fausser, finalement, tout le fonctionnement.

C - Le principe de précarité

Le principe de précarité résulte notamment de l'application du principe d'inaliénabilité, et des principes intrinsèques du service public : continuité et mutabilité.

Cette astreinte inhérente à l'occupation du domaine public implique, par exemple, qu'en ce qui concerne les concessions délivrées dans les ports qui relèvent de la compétence de l'État ou des établissements publics de l'État, si aucune durée maximale n'a été prévue, cette durée est cependant limitée par le droit commun des autorisations d'occupation temporaire du domaine public, dont la durée a été plafonnée par le Conseil constitutionnel à 70 ans¹⁷³.

En pratique, la durée prévue par le titre d'occupation est une durée maximale, ce qui revient à dire que d'une part, l'occupant n'a aucun droit acquis au renouvellement de son titre et, d'autre part, que l'autorité portuaire a

¹⁶⁷ Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation, Journal Officiel 6 Janvier 1988 ; JCP 1988, éd. G, III, 61051

¹⁶⁸ Loi n°2002-276 du 27 février 2002, art. 135 (Journal Officiel du 28 février 2002)

¹⁶⁹ Ordonnance n°2003-902 du 19 septembre 2003, art. 1 1° (Journal Officiel du 21 septembre 2003)

¹⁷⁰ Cass. 3e civ. 12 févr. 1986, Sté Notre-Dame des Fleurs c. SARL Montlaur-Grasse, AJDA 1986, p. 391, obs. J.-C. ; Cass. 1re civ. 3 mai 1988, Cts Renault c. EDF, AJDA 1988, p. 679, note J. Dufau ; CJEG 1989, p. 37, note P. Delvolvé et p. 51, rapp. Sargos ; JCP 1989, éd. G, II, 21203, note F. Hervouët ; CE 13 oct. 1967, Cazeaux, Rec. CE, p. 368 ; RD publ. 1968, p. 887, note M. Waline ; CE sect. 14 janv. 1976, Bourigeaud, Rec. CE, tables, p. 918 : le moyen tiré de l'inaliénabilité du domaine public peut être soulevé par toute personne ayant intérêt à contester une mesure ou à faire valoir ses droits, sans condition de délai.

¹⁷¹ Trib. confl. 6 juill. 1981, Eysseric c. Préfet de la Drôme, Rec. CE, p. 505 ; D. 1981, inf. rap. p. 519, obs. P. Delvolvé

¹⁷² CE 9 mai 1958, Delort, AJDA 1958, p. 331, concl. M. Long ; CE 26 janv. 1985, Ville de Grasse, JCP 1985, éd. G, II, 20515, note M. Chenevoy.

¹⁷³ Décision du 24 juillet 1994 (AJDA 1994, p. 786, note G. Gondouin)

toujours la possibilité d'écourter cette durée. Le principe de précarité s'impose également à l'autorité portuaire, qui ne peut y déroger quand bien même elle le souhaiterait. Cette hypothèse saurait s'envisager lorsque, par exemple, l'autorité portuaire cherche à attirer un très gros investissement, pour lequel des garanties de sécurité sont nécessaires.

Ce « caractère précaire et révocable des titres d'occupation [est] commun à toutes les occupations du domaine public »¹⁷⁴.

1. Le pouvoir de résiliation des titres d'occupation

Le principe de précarité des autorisations domaniales permet à l'autorité administrative de mettre fin unilatéralement, avant le terme prévu, à toute autorisation d'occupation privative quelle que soit la nature de l'acte qui l'autorise, décision unilatérale ou contrat. C'est une épée de Damoclès qui pèse sur l'occupant-investisseur.

La formule du commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl en 1999 est à cet égard explicite : « les actes de gestion du domaine public sont, au sein des actes administratifs, sans doute parmi ceux qui sont le plus marqués par les prérogatives de puissance publique : les occupations privatives ne peuvent être que précaires ; elles sont révocables unilatéralement, afin de toujours permettre à l'autorité domaniale de prendre les mesures nécessaires à la conservation et à la bonne utilisation du domaine » (concl. sous arrêt EDA, AJDA 1999, p. 427).

Ce pouvoir important se justifie tant par l'intérêt général attaché à l'affectation et à la protection du domaine que par la nécessité d'en assurer une gestion efficace.

En effet, pérennité et mutabilité du service public justifient que le domaine public, en lien étroit avec le service public, soit protégé contre les atteintes de ses occupants et reste en tout temps disponible pour l'administration. Le principe de précarité de l'occupation du domaine public découle de ce raisonnement.

Une ordonnance récente du juge des référés du Conseil d'Etat a encore confirmé que le gestionnaire du domaine public portuaire pouvait mettre fin à l'occupation pour un motif d'intérêt général¹⁷⁵, même lorsque le statut du concessionnaire semble conférer aux actionnaires de celui-ci un droit de propriété sur un poste d'amarrage. Le juge en l'espèce n'a pas semblé considérer que l'éviction d'un poste d'amarrage enfreignait manifestement une liberté fondamentale.

Néanmoins, du point de vue purement portuaire, la valorisation du domaine public portuaire requiert une implication croissante du secteur privé. La difficulté réside essentiellement dans ce que ce secteur dont l'investissement est suscité craint l'arbitraire de l'autorité administrative portuaire, qui détient ce pouvoir régalién de retirer unilatéralement les autorisations et les conventions d'occupation temporaire.

2. L'absence de bail commercial sur le domaine public portuaire

Ce caractère précaire et révocable des occupations du domaine public se traduit en pratique par l'absence de droit au maintien dans les lieux, tel que l'occupant pourrait s'en prévaloir, en droit civil, dans les mêmes conditions que s'il était propriétaire d'un fonds de commerce¹⁷⁶. L'article 2 du décret n°53-960 du 30 septembre 1953 relatif à la propriété commerciale dispose en effet que les baux commerciaux ne peuvent pas porter sur des terrains ou ouvrages comportant une emprise sur le domaine public. Le texte est appliqué strictement par le juge, qui a pu estimer qu'un bail commercial ne pouvait porter sur des ouvrages construits en partie sur le domaine public et en partie sur un terrain privé¹⁷⁷.

Le juge administratif refuse toujours d'admettre l'existence d'un fonds de commerce sur domaine public portuaire. Les dispositions du décret n°53-960 du 30 septembre 1953 sont en effet limpides et écartent la conclusion d'un bail commercial sur le domaine public. L'autorisation d'occupation temporaire ne constituant pas un bail, le Conseil d'Etat ne reconnaît pas l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public¹⁷⁸.

Une doctrine autorisée estime pourtant que cette situation devrait connaître une évolution.

« À l'époque de l'adoption de ce texte, l'affectation du domaine public par des activités commerciales et industrielles non directement liées au fonctionnement d'un service public était assez limitée sur le plan spatial. C'est surtout à partir de 1956 que la consistance du domaine public a été étendue par la jurisprudence, dans un premier temps à propos du patrimoine des collectivités publiques, puis des établissements publics, pour aboutir à

¹⁷⁴ CE 14 octobre 1991, Helie, RDP, 1992, p. 1179

¹⁷⁵ CE 6 février 2004, Soc. Yacht club international de Saint-Laurent du Var, DMF, juillet-août 2004, n°650, p. 661

¹⁷⁶ CE 20 avril 1965, Soc. X, D., Lebon, p. 766

¹⁷⁷ Cass. 3e civ. 18 mars 1998, Sté BTK, n°439

¹⁷⁸ Ph. Corruble et R. Rezenthel, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de la concurrence », DMF 2000, p. 664 ; R. Rezenthel, « L'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », Gaz. Pal. 8-10 février 1998, p. 2 ; O. de David Beauregard Berthier, « Fonds de commerce et domaine public », AJDA 2002, p. 790

la théorie du domaine public virtuel. Dans le même temps, l'affectation à des fins économiques du domaine public ne cessait de se développer, consécutive à l'extension des zones industrielles portuaires. » 179

Certains indices autorisent à penser qu'une telle évolution est possible.

La Cour de cassation admet que le fonds de commerce puisse exister même lorsque le commerçant ne dispose que d'une autorisation d'occupation précaire. Ce droit n'est pas pour elle de nature immobilière, elle l'envisage comme une « universalité mobilière ». Le bail commercial n'est plus considéré comme un élément indispensable par le juge judiciaire. Le fonds de commerce ne comporte en effet pas nécessairement le droit au bail¹⁸⁰.

Pour R. Rezenzthel, « une solution médiane consisterait à créer un bail commercial administratif offrant aux occupants des garanties financières contre la précarité des autorisations domaniales ». Cependant, un arrêt récent conteste la possibilité de conclure un tel bail entre deux personnes privées, dont l'une est concessionnaire du domaine public sans mission de service public¹⁸¹.

Sous-section 2 - Le pouvoir de gestion domaniale

Nous l'avons vu, la destination du domaine public portuaire est de satisfaire à des missions de service public. De ce principe découle le pouvoir de gestion domaniale de l'autorité portuaire, qui n'est autre que celui d'user des prérogatives exorbitantes du droit commun inhérentes au domaine public portuaire, en particulier le droit de retrait. Le motif d'intérêt général, lié à l'accomplissement de la mission de service public, est prépondérant à l'heure de fonder une décision d'éviction d'un occupant régulier, par exemple. Ce pouvoir s'étend à l'ensemble des dépendances du domaine public portuaire, indistinctement, car il suppose que l'ensemble de ses occupants supporte une obligation de service public implicite, celle de céder aux décisions prises par l'autorité portuaire dans l'intérêt du port. Néanmoins, les contours de ce motif d'intérêt général restent imprécis. C'est pourquoi ce biais a longtemps été l'« alibi au protectionnisme »¹⁸² et à des décisions laissant transparaître l'intérêt commercial propre du port dans ses activités purement économiques.

§ 1. L'éminence de l'intérêt général dans la gestion domaniale

L'affectation du domaine public portuaire a permis à la jurisprudence d'octroyer à l'autorité portuaire une grande liberté d'action domaniale, imposée aux opérateurs comme une sujétion découlant du service public portuaire pris globalement. Cette obligation de service public est parfois regardée comme disproportionnée, car elle peut se traduire par un pouvoir sans limite de réglementation de l'activité des occupants¹⁸³.

La reconnaissance de l'autonomie des pouvoirs de gestion de l'autorité domaniale n'est explicitement effective qu'à partir d'un arrêt du 20 décembre 1957, Société nationale d'Editions cinématographiques, par lequel le Conseil d'Etat a consacré le concept de pouvoir de gestion du domaine public¹⁸⁴.

La Haute juridiction a considéré « qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; que ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de la presse, ni les règles établies pour la surveillance et le contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence, ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion ».

Ce considérant, passé à la postérité, montre à quel point, d'une part, le pouvoir du gestionnaire domaniale est fort et, d'autre part, combien la notion de domaine public a évolué depuis qu'on l'analysait comme un bien hors commerce. Sur ce dernier point, le Conseil fait clairement ressortir l'idée d'un domaine public qui constitue une richesse, un bien marchand, déjà objet de gestion et d'exploitation économique.

Les pouvoirs de gestion sont consacrés à travers trois intérêts, l'intérêt du domaine, l'intérêt de son affectation ainsi que l'intérêt général. Ce dernier reste cependant prédominant, car il permet une interprétation plus ample de la liberté d'action du propriétaire. Comme le souligne Aurore Laget-Annamayer¹⁸⁵, « l'ambiguïté de la relation »

¹⁷⁹ R. Rezenzthel, « L'avenir du bail commercial et le déclin de l'exception de la domanialité publique », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 46, 15 Octobre 2001, comm., p. 1807

¹⁸⁰ Cass. com. 17 décembre 1996, Epoux Cavret c. Denis, RTD com. 1997, p. 225, obs. J. Deruppé

¹⁸¹ Cass. 3e civ. 20 déc. 2000, Sté Quimper Plaisance c. SCI Odyssey, Juris-Data n°007481

¹⁸² R. Rezenzthel, « Le service public portuaire sous l'emprise du droit communautaire », DMF, mai 2001, n°615, p. 420

¹⁸³ V. sur ce point CE 29 janvier 1932, Société des Autobus Antibois, Lebon p. 117 ; S. 1932, 3, p. 65, note P. Laroque, concl. Latournerie ; D. 1932, III, p. 60

¹⁸⁴ CE 20 décembre 1957, Société nationale d'Editions cinématographiques, Lebon p. 702 ; JCP 1959, II, n° 10913, note Mimin ; RD publ. 1958, p. 347

¹⁸⁵ A. Laget-Annamayer, « Occupation du domaine public et intérêt général : d'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée », AJDA 2003, Chroniques p. 1201

entre l'intérêt général et l'intérêt du domaine ne permet pas de clarifier le contenu de cet intérêt général applicable aux ports, pour le moment.

§ 2. L'évolution de la notion d'intérêt général

A - Une notion contestée et en devenir

Ce manque de clarté trahit une part d'arbitraire dans les décisions de l'administration, ainsi qu'un mépris pour les attentes de l'usager du domaine public (transparence, prévisibilité). En effet, la liberté d'action de l'autorité domaniale est susceptible d'enfler selon le contenu qui est donné à la notion d'intérêt général.

« L'appel à la notion générique d'intérêt général apparaît donc comme un procédé commode et un cadre suffisamment souple, indéterminé et subjectif, pour (...) conférer une base légale à toutes les mesures qui entrent dans l'impératif d'une bonne gestion notamment économique du domaine public » 186.

Très liée à la notion de service public, la notion d'intérêt général souffre de ses insuffisances. Nous avons vu en effet que l'expression « service public portuaire » en elle-même est impropre en ce qu'elle tend à recouvrir l'ensemble d'une activité sous un régime dérogatoire. Le droit communautaire a tendance à dissocier dans chaque activité les parties économiques et celles soumises à des obligations de service public. Il en découle que le régime du domaine public portuaire et par conséquent le pouvoir de gestion domaniale ne devraient dès lors trouver à s'appliquer qu'aux portions du domaine public portuaire susceptibles de devenir le siège d'obligations de service public. Or, ce n'est pas le cas.

La conception communautaire est toutefois contestée en ce qu'elle apparaît comme trop segmentaire, et inutilisable lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une politique globale à l'échelle d'un ou plusieurs ports, intégrant l'ensemble des opérateurs, qu'ils soient ou non investis d'obligations de service public¹⁸⁷.

B - L'élargissement de la notion d'intérêt général aux considérations financières

Les considérations de rentabilité du domaine public ont motivé l'intégration de considérations financières dans l'intérêt général, propres à protéger les finances publiques. Parallèlement, la distinction classique entre le domaine public et le domaine privé s'est estompée.

Le Conseil d'Etat a admis que le retrait d'une autorisation privative du domaine public puisse intervenir sur le fondement d'un intérêt financier (en l'espèce, l'augmentation des redevances¹⁸⁸). On peut considérer qu'« en matière de gestion domaniale l'intérêt financier se confond avec l'intérêt général »¹⁸⁹. Le Conseil d'Etat précise quant à lui que « l'intérêt financier de l'administration n'est pas en principe un intérêt général, même si les considérations financières peuvent légalement peser sur sa reconnaissance ou son mode de satisfaction »¹⁹⁰.

Néanmoins, l'autorité portuaire a profité de cette extension de l'intérêt général, qui lui conférerait de vastes pouvoirs sur l'utilisation des dépendances du domaine dont elle est affectataire, en développant une approche interventionniste : restriction d'accès, choix du concessionnaire intuitu personae, financement public des infrastructures...

Riche de sens et d'interrogations, la notion de service public portuaire n'apparaît pas invalide dès lors qu'elle est circonscrite aux fonctions de conception de l'autorité portuaire, et à la mise en œuvre d'une stratégie cohérente de développement. Une telle finalité ne pourrait que difficilement être atteinte sans reconnaître à l'autorité portuaire des pouvoirs exorbitants sur l'ensemble de l'espace portuaire. L'utilisation du domaine public portuaire est donc en elle-même, par essence, génératrice d'obligations de service public, en ce qu'elle implique tous les occupants vers un objectif bien plus vaste que l'activité portuaire prise isolément.

Plutôt que de restreindre la consistance du domaine public portuaire, c'est donc le mobile d'intérêt général, à la source des décisions d'utilisation du domaine public portuaire, qui semble devoir être révisé, mieux défini, et doté d'un fondement légal ; avec, à la source de sa légitimité, l'intégration environnementale avec les espaces

¹⁸⁶ A. Laget-Annamayer, « Occupation du domaine public et intérêt général », préc., en référence à Didier Truchet, « Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », LGDJ, 1977, p. 20

¹⁸⁷ G. Gueguen-Hallouët, *Le juge communautaire et la mer*, Bruylant, 2003, p. 24

¹⁸⁸ CE 18 mars 1963, Cellier, Lebon, p. 189 ; CE 2 mai 1969, Société d'Affichage Giraudy, AJDA 1970, p. 110, note André de Laubadère

¹⁸⁹ C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 243 à 298

¹⁹⁰ L'intérêt général, EDCE 1999, n° 50, p. 370

adjacents, dont la déshérence traduit intimement la rupture consommée du port avec sa ville, avec son arrière pays.

A la lumière de cette nécessité, il paraît pertinent de faire appel, lorsqu'il s'agit de faire référence à une approche globale du développement de l'ensemble portuaire, conçu comme une composante de l'intérêt général, encadré par l'arbitrage domanial public de l'autorité portuaire, et promu par l'investissement privé sur le domaine public portuaire, à la notion d' « intérêt portuaire ».

L'arbitrage domanial procède du service public portuaire, et suppose à la fois la limitation de certains pouvoirs exorbitants de l'autorité portuaire, et la reconnaissance de la légitimité des attentes des usagers, dans l' « intérêt portuaire ».

Titre II - La reconnaissance des droits de l'usager du domaine public portuaire

Entre les intérêts économiques et sociaux des occupants du domaine public et l'exercice des prérogatives de puissance publique, la conciliation reste encore inachevée. En effet, l'autorité portuaire, si elle a des obligations envers son domaine, découlant des exigences constitutionnelles relatives aux services publics et dont les dépendances du domaine public sont le siège, en a également à l'égard des utilisateurs du domaine et des candidats à l'occupation. Or, « Le jeu de la concurrence a bouleversé les quasi-monopoles organisés dans un cadre national protégé. Dès lors, l'Etat doit d'abord définir les missions de service public qu'il entend remplir seul et les distinguer de celles qui relèvent des collectivités territoriales, d'une part, et des entreprises privées, d'autre part. »¹⁹¹

La recherche d'un degré d'implication idéal de l'autorité portuaire dans la vie économique portuaire constitue un objectif qui demande l'établissement d'un équilibre dynamique entre valoriser l'espace, le rendre plus attractif, et assurer en tous temps la permanence des fonctions portuaires essentielles.

Le regroupement d'activités industrielles coûteuses autour des nœuds d'interconnexion, le renchérissement des investissements nécessaires à maintenir la compétitivité des ports et, inversement, le mouvement de désengagement financier de l'Etat, ont conduit à rechercher des solutions propres à promouvoir le financement privé des infrastructures, tout en maintenant le caractère administré de la sphère portuaire. Ce paradoxe intrinsèque, qui traverse toute la problématique portuaire, ne peut connaître un début de résolution qu'en répondant aux attentes des acteurs privés.

Les premières avancées vers la reconnaissance des préoccupations privées reposent sur l'amélioration du statut de l'occupant du domaine public. Les principes classiques de la domanialité publique, notamment le principe d'inaliénabilité, ont pour effet d'entraver les possibilités du gestionnaire de réaliser des projets de valorisation du domaine. Ces principes, en matière portuaire, ont des conséquences néfastes pour les investisseurs privés, et ont été vivement critiqués¹⁹².

Or, la notion d'intérêt général, au cœur du dispositif portuaire, est aujourd'hui en chantier. Il ne pourrait s'agir de la réduire à néant, car l'environnement portuaire est un ensemble complexe formé d'éléments dont le seul empire des règles du droit commun et du marché ne saurait garantir la bonne articulation. Une réalité pourtant reste incontournable : le développement de l'espace portuaire suit une chaîne de causalité directe et fort limpide : ce développement en lui-même est tributaire de l'implantation sur le domaine public portuaire d'opérateurs ayant une capacité financière suffisante pour y établir les infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité. Cette implantation dépend à son tour de la rentabilité économique du projet envisagé ainsi que des possibilités de faire appel à l'emprunt privé.

La nécessité du financement privé des superstructures et d'une partie de l'infrastructure portuaires se fait de plus en plus pressante à mesure de l'évolution du droit communautaire, qui tend à considérer les ports comme des entités commerciales devant récupérer leurs coûts auprès des utilisateurs bénéficiant directement de leurs infrastructures. Sur le fondement de l'article 87.1 du Traité CE, la Commission limite la marge de manoeuvre qui reste aux autorités portuaires pour développer les capacités du port qu'elles ont sous leur responsabilité. En effet, « le concours des pouvoirs publics au financement d'infrastructures portuaires n'est normalement pas considéré comme une aide d'Etat au sens de l'article 92 [aujourd'hui 87] du traité CE si ces infrastructures sont accessibles à tous les utilisateurs, dans l'intérêt général et sur une base non discriminatoire. En revanche le financement public de superstructures portuaires (telles que les bâtiments, les équipements mobiles et semi-mobiles) auxquelles ne peuvent accéder que certains utilisateurs est considéré comme une aide d'Etat, dont la conformité au traité CE doit être vérifiée »¹⁹³.

Cette exigence de financement privé est entravée en France par une grande incertitude, celle de l'éviction, qui menace l'opérateur pendant toute la durée du contrat d'occupation. Ce pouvoir de l'autorité portuaire met en péril toute l'économie de l'activité : amortissement, calculs de rentabilité, échéanciers..., et suppose l'anéantissement de toute tentative de prévision, même à court terme.

Par ailleurs, l'usager, s'il est soumis à l'arbitraire de l'administration, n'aura cure de participer au développement du port. Sa seule et unique préoccupation sera d'éviter de faire l'expérience de la « tranquille immunité » du gestionnaire domanial de S. Manson¹⁹⁴. Il est indéniable en effet que l'emprunt privé n'est possible que si

¹⁹¹ Cour des comptes, La politique portuaire française, Rapport public, 1999

¹⁹² Colloque « Domaine public et activités économiques », CJEG, octobre 1991, H.-S.

¹⁹³ M. Kinnock, commissaire européen chargé des transports, cité par Ph. Corruble, « Le droit communautaire et le financement des ports », DMF, mars 2002, n°624, p. 274

¹⁹⁴ S. Manson, RD publ. n° 5/99, p. 1549 ; V. par ex., CE 20 décembre 1957, SNEC, préc. : « ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de la presse [...] ne saurait faire obstacle à l'exercice des pouvoirs de gestion » ; CE 2 mai 1969, Société d'Affichage Giraudy, préc. ; CE 22 octobre 1983, Bricard,

l'emprunteur présente des garanties suffisantes et se trouve dans une situation de sécurité juridique. Ce raisonnement permet d'expliquer simplement pourquoi de grandes compagnies ont préféré investir dans des ports maritimes hors de France, trouvant là des conditions juridiques plus favorables¹⁹⁵. Le développement portuaire ne saurait donc s'accommoder d'un régime d'occupation trop éloigné du droit commun, pour l'application duquel l'autorité portuaire disposerait de prérogatives exorbitantes frôlant l'arbitraire. Mais avant d'assurer la permanence des opérateurs utilisant le domaine public portuaire, il convient de leur en garantir l'accès.

Chapitre I - La liberté d'accès à une infrastructure essentielle

L'autorité portuaire n'est jamais tenue de délivrer une autorisation d'occupation temporaire¹⁹⁶ et, nous l'avons vu, il lui est loisible de se fonder, pour accorder ou refuser l'octroi d'un titre d'occupation, sur une pluralité de motifs¹⁹⁷. L'enjeu central du port comme infrastructure essentielle est pourtant de garantir l'accès au domaine public portuaire sans que l'autorité portuaire puisse imposer à l'opérateur des restrictions d'accès anti-concurrentielles.

Le libre accès aux ports, comme principe de droit international, est garanti par la Convention de Genève du 9 décembre 1923, élaborée à l'initiative de la SDN. Ce droit ne concerne cependant que les armements de commerce dans leur accès au plan d'eau portuaire, et ne s'étend aucunement aux opérateurs portuaires implantés sur le domaine public portuaire « terrestre ». Nous avons déjà mis en doute la pertinence de la distinction opérée entre l'utilisation du domaine public portuaire par les navires et l'occupation de ce domaine par les acteurs portuaires. L'évolution du droit tend par ailleurs à garantir l'accès le plus large possible au domaine public portuaire à tous les opérateurs, sur le fondement des règles de concurrence consacrées par le Traité de Rome consolidé, qui ne cessent d'irriguer et d'innover le droit interne.

Section 1 - Le domaine public portuaire, une infrastructure essentielle

Avant même l'adoption éventuelle de la directive concernant l'accès au marché des services portuaires, les outils juridiques issus du droit communautaire, en particulier la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice, permettent de sanctionner les pratiques discriminatoires des autorités portuaires, sur le fondement de la théorie des installations essentielles, et sur celui de l'abus de position dominante.

Sous-section 1 – Les garanties d'accès à l'infrastructure essentielle portuaire

§ 1. La notion d'infrastructure essentielle

Comme nous l'avons vu, l'imprécision de la loi française et la complexité des mécanismes mis en jeu ont permis aux autorités portuaires de développer elles-mêmes des activités industrielles et commerciales qui auraient pu être prises en charge par le secteur privé. « L'activité maritime se développe, en effet depuis des siècles, dans le cadre de mécanismes régulateurs complexes, liés aux missions d'intérêt général qu'ils accomplissent »¹⁹⁸. Longtemps, les autorités chargées de la gestion du domaine public portuaire, investies d'une mission de service public mal définie et interprétée largement, ont utilisé leur ambivalence fonctionnelle au détriment des nouveaux entrants. Cette conception du port a fait long feu, laissant place à celle du port comme support essentiel de certaines activités économiques.

Le concept d'infrastructure essentielle (ou facilité essentielle) recouvre selon la Cour d'appel de Paris, « les installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec le client et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables »¹⁹⁹. Le Conseil de la concurrence a qualifié d'essentiels les réseaux de pipelines²⁰⁰. D'autres structures, très proches dans leur fonctionnement, des ports maritimes, ont été désignées comme telles. C'est le cas de l'héliport de Narbonne²⁰¹, ainsi que des installations commerce mises à la disposition des compagnies aériennes²⁰².

Dr. adm. 1983, n°11, p. 415 : « le pétitionnaire n'est pas recevable à invoquer la liberté du commerce et de l'industrie ».

¹⁹⁵ Observations de Max Querrien, in *Domaine public et activités économiques*, CJEG, octobre 1991, H.-S., p. 117

¹⁹⁶ CE 21 octobre 1983, *SCI de la Tour Blanche*, req. n°87556, Lebon, p. 885, 977 et 1081

¹⁹⁷ CE 6 novembre 1995, *Ville de Paris*, Dr. adm., 1995, n°755

¹⁹⁸ G. Gueguen-Hallouët, *Le juge communautaire et la mer*, Bruylant, 2003, p. 23

¹⁹⁹ CA Paris 9 septembre 1997, BOCCRF, 7 octobre 1997, p. 692

²⁰⁰ Cons. conc., Avis, n°93-A-15, 28 septembre, 1993, Rec. Lamy, n°619

²⁰¹ CA Paris 9 septembre 1997, préc.

²⁰² TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris*, DA 2001, n°87

Selon Marie Malaurie-Vignal, « peuvent être qualifiées d'installations essentielles les infrastructures publiques, en particulier les infrastructures publiques (ferroviaires, portuaires, aériennes...) »²⁰³.

Le Tribunal de première instance des Communautés, se prononçant sur le caractère essentiel d'un produit ou d'un service, a jugé qu'une entreprise ne saurait être considérée comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent que si, d'une part, ces infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeable et si, d'autre part, 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'alternative viable pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouveraient de ce fait exclus du marché²⁰⁴.

Ainsi le domaine public portuaire, ressource spatiale limitée, dont la gestion s'effectue en monopole naturel, et qui, de surcroît, est indispensable à certaines activités de production ou de services, pourrait aisément être qualifié d'infrastructure essentielle²⁰⁵.

§ 2. L'invocabilité de la théorie des infrastructures essentielles

A - L'invocabilité devant les instances communautaires

La Commission et la juridiction européennes ont raisonné en ce sens que l'ensemble portuaire est un bien nécessaire, qui doit être partagé selon des critères objectifs et non discriminants.

Le principe directeur de leur pensée est que le détenteur d'une infrastructure commet un abus de position dominante s'il refuse l'accès à cette infrastructure lorsque cet accès conditionne l'accès au marché. Toute entreprise de transports est redevable ou dépendante de ces « facilités essentielles » du point de vue des possibilités d'accès, de l'égalité dans l'accès (non-discrimination), et à cause de l'impact qu'elles ont sur les coûts et la qualité du service final. Leurs réflexions ont abouti à soumettre le refus d'autoriser l'occupation du domaine public portuaire à des conditions très strictes sur lesquelles s'étend le contrôle juridictionnel.

La notion de domanialité publique est neutre au regard du droit communautaire, et le juge considère que sa gestion en elle-même n'est pas révélatrice de prérogatives de puissance publique²⁰⁶. L'approche du juge communautaire est purement fonctionnelle, et consiste à vérifier si l'infrastructure dont l'accès est refusé présente ou non un caractère de substituabilité. Dans la négative, le gestionnaire de cette infrastructure agit en position de monopole légal. Ce monopole n'est pas contesté en lui-même, mais constitue une position dominante dont l'abus est réprimé.

Le caractère de « facilités essentielles » a été reconnu à plusieurs ensembles portuaires, y compris de dimensions modestes. La Commission estime en effet que des ports de taille réduite peuvent affecter le commerce entre Etats membres, étendant ainsi son contrôle à presque tous les ensembles portuaires à vocation commerciale. Cette acception large du critère lui a permis de sanctionner les pratiques visant à favoriser les opérateurs installés au détriment des nouveaux entrants (blocage ou retard de la procédure d'accès, favoritisme dans l'octroi des meilleures parcelles).

P. Corruble et R. Rezenhel notent fort à propos que cette théorie a servi à condamner plusieurs gestionnaires portuaires²⁰⁷, qu'ils fussent eux-mêmes impliqués, directement, ou par filiale interposée, dans la fourniture d'un service concurrent de ceux que la société évincée souhaitait proposer²⁰⁸, ou qu'ils soient étrangers à l'activité de service.

²⁰³ M. Malaurie-Vignal, note sous CA Paris, 30 juin 1998, Contrats, conc., consom., 1998, comm., n°162

²⁰⁴ TPICE (2^{ème} ch.) 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS) et Eurostar (UK) Ltd, affaires n°374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3146 point 209

²⁰⁵ F. Lafay, « Les transports maritimes et les infrastructures portuaires », in « Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché », Tome I : Introductions et approche sectorielle, p. 219 ; Actes du colloque de Strasbourg des 17 au 19 octobre 1996, La documentation française (Travaux de la CEDECE), 1998

²⁰⁶ CJCE 14 décembre 2000, Fazenda publica et Camara municipal do Porto, n°C-446/98, Rec. CJCE, I, p. 11435

²⁰⁷ P. Corruble et R. Rezenhel, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de concurrence », préc.

²⁰⁸ Décision de la Commission B & I / Sealink harbours Ltd and Sealink Stena Ltd, IV/34.174, 11 juin 1992, Bull. CE n° 6-1992 ; également Sea Containers v. Stena Sealink, décision IV / 34.689 JO L 15/8 du 18 janvier 1994 ; de même, Commission, 21 décembre 1993, aff. 94/119/CE JO L 55/52 du 26 février 1994

C'est d'abord à l'occasion de l'affaire Holyhead I209 que la Commission met en pratique la théorie des facilités essentielles. Dans cette espèce, Sealink était à la fois propriétaire du port de Holyhead et autorité portuaire, et exploitant d'une activité de ferry-boats. En qualité d'autorité portuaire, elle opposait à un concurrent potentiel un refus d'accès aux installations. La Commission se fonde sur la théorie des facilités essentielles pour attirer ce port modeste dans le champ de son contrôle. Ensuite, la Commission considère que ce petit port, « même s'il ne constitue pas une partie substantielle du marché commun, peut être considéré comme tel en tant que son accès raisonnable est indispensable à l'exploitation d'une ligne de transport qui, elle, est substantielle aux fins de l'application de l'article 86 (aujourd'hui 82) du Traité. ». Les infrastructures essentielles permettent donc de court-circuiter la notion de marché pertinent²¹⁰.

C'est ensuite à propos de la deuxième affaire Holyhead (Holyhead II211) que la Commission insiste sur le lien entre l'infrastructure essentielle, sa gestion en situation de monopole légal par l'autorité portuaire, et l'abus de position dominante consistant à refuser à un opérateur l'accès au port. La Commission considère que commet un abus de position dominante l'entreprise qui refuse sans raisons objectives l'accès à une facilité essentielle à ses concurrents ou leur accorde cet accès à des conditions moins favorables que celles dont elle bénéficie pour ses propres activités. En outre, la Commission rappelle que le gestionnaire d'une infrastructure essentielle n'a pas le droit d'utiliser cette fonction pour protéger ou renforcer sa position sur un marché aval²¹².

L'affaire du port de Roscoff est sensiblement différente des deux précédentes en ce qu'elle implique un gestionnaire public d'une infrastructure essentielle, qui n'a cette fois aucun lien avec un opérateur maritime. L'abus de position dominante est donc sanctionné, par une décision intervenue le 16 mai 1995, sur le seul fondement de la théorie des facilités essentielles.

Enfin, pour une formulation synthétique de la théorie des facilités essentielles appliquées au domaine portuaire, mentionnons une décision de la Commission du 30 mai 1996 relative au port d'Elsinore, dont l'accès était restreint par son gestionnaire²¹³. La Commission considère qu'une entreprise en position dominante sur le marché des services portuaires, détenant une infrastructure essentielle, doit permettre l'accès à tous les postes d'accostage ainsi qu'aux installations portuaires selon des critères justes, raisonnables, objectifs et non discriminatoires, appliqués de manière cohérente, afin d'éviter toute distorsion de la concurrence entre les opérateurs établis et les nouveaux arrivants.

En principe, la gestion d'une infrastructure essentielle au sens du droit communautaire ne peut donc s'accommoder de discriminations non justifiées, à l'entrée, ou d'usage, des installations. L'occupant peut toutefois bénéficier d'un régime préférentiel d'utilisation du domaine public portuaire, s'il est investi d'une mission de service public, et si les sujétions imposées aux autres opérateurs sont strictement nécessaires à l'exécution de sa mission et établies selon ces « critères justes, raisonnables, objectifs et non discriminatoires »²¹⁴.

B - L'invocabilité devant le juge national

Ressource spatiale limitée, difficilement duplicable, l'espace portuaire représente le support nécessaire de certaines activités. Par conséquent, son emploi doit être régulé de manière à assurer à la fois une utilisation équitable du domaine par tous les acteurs, sa protection, et sa valorisation. En ce sens, il ne serait pas inutile de rechercher si la démarche de la Commission (qui a estimé, rappelons-le, que le gestionnaire d'un port ne peut pas s'opposer à l'implantation d'un opérateur dans la zone portuaire, pour le seul motif qu'il serait susceptible de concurrencer les opérateurs en place, et ce, d'autant qu'il n'existe pas d'infrastructure équivalente à proximité susceptible de rendre le même service²¹⁵), a trouvé un écho devant le juge national.

Un raisonnement proche de celui du droit communautaire conduit en droit interne à exclure en principe l'appropriation privative des postes à quai constituant des dépendances du domaine public portuaire de l'Etat et des collectivités territoriales, et à en réduire les effets dans les ports de plaisance. C'est ainsi que les conventions d'exploitation de terminal ne donnent pas lieu à une appropriation privative des postes à quai par le titulaire. Le cahier des charges type ne prévoit en effet que l'octroi d'une priorité d'accostage dont les modalités sont à définir

²⁰⁹ Décision de la Commission B & I Line/Sealink Harbours Ltd and Sealink Stena Ltd, IV/34.174, 11, juin 1992, Bull. CE n° 6-1992

²¹⁰ XXIIe Rapport sur la politique de concurrence de la Commission, point 219

²¹¹ Sea Containers v. Stena Sealink, décision IV/34.689 JO L15/8 18 janvier 1994

²¹² Ph. Corruble, Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires, DMF, février 2002, n°623, p. 160

²¹³ Communiqué de presse de la Commission IP/96/456.

²¹⁴ Ph. Corruble et R. Rezenthel, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de concurrence », DMF, 2002, n°628, p.664

²¹⁵ A propos du port privé de Holyhead (Pays de Galles), décision de la Commission n° 94/19/CEE du 21 décembre 1993, JOCE. n°L15 du 18 janvier 1994, p. 8 ; pour le port public de Rødby (Danemark), décision de la Commission n°94/119/CE du 21 décembre 1993, JOCE. n°L55 du 26 février 1994 p. 52

avec la capitainerie. De même, dans les ports de plaisance, les autorisations d'occupation temporaire ne peuvent en principe être consenties pour une durée supérieure à un an²¹⁶, régime combiné avec celui de l'abonnement, ou « garantie d'usage de poste d'amarrage ou de mouillage ». En ce sens, le Conseil d'Etat reconnaît, avant d'en limiter la portée, la règle selon laquelle il appartient aux collectivités gérant les installations de ports maritimes de permettre l'accès aussi large que possible à ces installations²¹⁷.

Le juge national est parfois hésitant à reconnaître l'illégalité d'un acte en se fondant sur la théorie des infrastructures essentielles. Bien qu'elles soient encadrées, les dérogations peuvent intervenir à plusieurs niveaux. Ce peut être l'utilisation prioritaire d'un quai par le transporteur chargé d'une mission de service public²¹⁸, ou celle exclusive d'un terre-plein affecté à la mise à l'eau ou à terre des embarcations dans un port de plaisance²¹⁹.

Le monopole d'exploitation ou de gestion du domaine public portuaire peut être accordé sur un ensemble domanial de plus ou moins vastes dimensions (du simple hangar amodié à la concession d'un port dans son intégralité), dès lors qu'une stricte proportionnalité est respectée entre, d'une part, la nécessité d'assurer un service public efficace et pérenne, et, d'autre part, celle d'assurer aux opérateurs le libre accès des infrastructures²²⁰.

Les obligations de service public qui pèsent alors sur l'opérateur avantagé au détriment du candidat à l'entrée sur le marché doivent alors être appréciées à l'aune des avantages octroyés. Le juge doit être amené à se demander si la restriction d'accès à la concurrence est strictement nécessaire au maintien de la partie non rentable de l'activité de l'opérateur investi d'une mission de service public. Force est d'admettre cependant que la charge de la preuve ne pèse pas sur ce dernier, mais sur le requérant. Dans ces conditions, le juge n'examine que rarement les alternatives qui auraient pu être offertes à l'opérateur « public », et qui auraient été moins susceptibles d'entraîner un résultat incompatible avec la liberté d'accès aux infrastructures portuaires. Par conséquent, en cas de mauvaise appréciation du gestionnaire du domaine public portuaire, la responsabilité de celui-ci n'est pas engagée (v. CE 30 juin 2004, préc.). Les apports successifs de la jurisprudence témoignent d'une évolution de la pensée du juge administratif par sédimentation.

L'attention du juge français porte donc encore beaucoup sur les motifs d'intérêt général qui justifient les restrictions apportées à la libre utilisation du domaine public portuaire, et fort peu (sauf exceptions jurisprudentielles) sur la proportionnalité et l'adéquation des moyens mis en œuvre pour assurer la meilleure utilisation possible du domaine public portuaire.

Sous-section 2 - Le contrôle des restrictions indirectes à l'utilisation du domaine public portuaire : monopoles et tarifs de l'outillage public

Tous les cas dans lesquels un droit exclusif est accordé à un occupant créent une situation où l'accès au domaine public portuaire est restreint pour un opérateur désireux de s'y implanter. Dans une moindre mesure, les pratiques de l'autorité portuaire consistant à appliquer des tarifs d'utilisation de l'outillage public différents selon l'opérateur, visent en fait à favoriser certains utilisateurs au détriment des autres. En ce sens, on peut regarder cette pratique comme une restriction d'accès. Il faut décrire succinctement le raisonnement juridique de la CJCE avant d'analyser dans quelle mesure de telles restrictions sont possibles en matière portuaire.

§ 1. Le mécanisme de l'abus de position dominante

Le contrôle de la CJCE est fondé sur une application combinée des articles 82 (anciennement 86) et 86 (anciennement 90) du Traité.

Il résulte de l'article 82 CE que : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. »

En complément, il résulte de l'article 86 CE du traité : que « I - Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus ». Le texte admet cependant un aménagement de ce principe en disposant que : « 2 - Les entreprises chargées de la gestion de services 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 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 ».

²¹⁶ Article R631-4 du Code des ports maritimes

²¹⁷ CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, DMF, novembre 2004, n°653, p. 956

²¹⁸ CE 30 juin 2004, préc.

²¹⁹ CE 29 avril 1981, Etablissements Fine Frères, Lebon p. 200

²²⁰ TA Nantes 8 avril 1997

En principe, le droit de la concurrence s'applique aux « activités économiques » indépendamment du statut juridique de l'organisme et de son mode de financement²²¹. En France, c'est l'article L410-1 du Code de commerce qui opère la transcription de cet élément de définition : le droit de la concurrence s'applique aux « activités de production de distribution ou de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Le juge communautaire apprécie le caractère économique de l'activité en fonction d'une méthode de reconnaissance concrète, usant de plusieurs tests. Indépendamment du but lucratif réel et affirmé²²², il y a activité économique lorsque, du moins en principe, l'activité pourrait être exercée par une entreprise privée dans un but lucratif. L'analyse dominante est à la fois temporelle et comparative.

Le caractère public de l'autorité portuaire en France ne fait pas obstacle à sa qualification d'entreprise²²³. L'autorité portuaire, en situation de monopole pour sa fonction de gestionnaire du domaine, ne voit pas sa position dominante contestée en ce qu'elle présente souvent les caractéristiques d'une entreprise investie d'une mission d'intérêt économique général, au sens de l'arrêt « Port de Mertert »²²⁴. Son activité correspond en effet à celle d'une entreprise « jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics » (point 11). Son activité est qualifiée d'intérêt économique général dès lors que, d'une part, le port est public, et n'appartient pas à une ou plusieurs entreprises qui l'utilisent exclusivement et, d'autre part, l'activité du port est significative eu égard à l'ensemble de l'activité économique. La mise à disposition d'équipements portuaires aux opérateurs portuaires est aisément qualifiable de service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 du Traité²²⁵. A titre d'exemple, relevons que la Commission a admis ce raisonnement à l'égard de l'autorité portuaire DSB dans sa décision « Port de Rodby »²²⁶.

Le juge communautaire procède en trois temps pour sanctionner ou non l'autorité portuaire. Il s'efforce d'identifier tout d'abord le marché pertinent sur lequel l'atteinte à la concurrence doit être examinée. Ensuite, il tente d'identifier une position dominante, définie par la Cour comme la possibilité de comportements indépendants vis à vis, notamment, des concurrents, des fournisseurs, et des clients²²⁷. Un monopole légal tel que celui que détient l'autorité portuaire en matière domaniale constitue une position dominante. Enfin, le juge s'attache à caractériser un abus dans l'exploitation de la position dominante. Cet abus résulte d'une pratique qui a pour effet de restreindre l'utilisation des installations portuaires, sans que cette pratique ne puisse être justifiée au regard du droit communautaire.

§ 2. L'abus de position dominante automatique

Notons à titre liminaire que le fait pour une entreprise en position dominante sur un marché de se réserver une activité auxiliaire exercée sur un marché voisin constitue un abus au sens de l'article 82 du Traité²²⁸. Ce raisonnement a servi à mettre en cause l'autorité portuaire du port de Rodby²²⁹ en 1993. L'affaire Rodby est différente des suivantes en ce qu'elle implique une entreprise publique, détenant un monopole légal pour l'organisation des opérations portuaires pour le service de transbordeurs transportant des passagers et des véhicules entre Rodby et Puttgarten (Allemagne). Cette entreprise, DSB, refuse l'utilisation des installations à une entreprise agissant sur un marché auxiliaire, que DSB souhaite préserver de la concurrence à son profit.

Le fait que l'autorité portuaire agisse dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique n'empêche pas l'application du droit communautaire aux décisions prises en matière domaniale. C'est là un cas fréquent en matière portuaire, certains actes administratifs, bien qu'ils soient l'expression de prérogatives de puissance publique, peuvent porter atteinte au libre jeu de la concurrence (notamment, parce qu'ils amènent certains opérateurs à enfreindre les règles de concurrence, ou leur permettent de le faire). L'autorité portuaire doit, lorsqu'elle prend une décision en matière domaniale, prendre en compte les exigences que font peser sur la légalité de la décision les dispositions du code de commerce. C'est l'effet indirect, « par ricochet », de ses décisions qui est visé. Si l'acte domaniale en lui-même n'est pas formellement contestable, son effet escompté ou réel constitue bien une restriction de concurrence au profit d'un opérateur privilégié. La jurisprudence use donc d'un biais pour protéger la liberté d'utilisation de l'ensemble portuaire.

²²¹ CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, affaire n°C-41/90, Rec. p. I-1979

²²² CJCE 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance c. Min. de l'Agriculture, affaire n°C-244/94, Rec. [1995], p. I-4013

²²³ V. « Les ports autonomes face à la construction européenne », Thomas Bockelee, DMF, n°582, mai 1998, p. 527. Egalement : « Les ports et la concurrence », Robert Rezenthel, DMF, 1998, p. 959

²²⁴ CJCE 14 juillet 1971, Müller, aff. 10/71, Rec., p. 723

²²⁵ E. Van Hooydonk, « The regime of Port Authorities under European Law », colloque organisé en novembre 2000 par l'Institut Européen de droit maritime et des transports de l'Université d'Anvers : « The regime of Port Authorities under European Law », p. 14

²²⁶ Commission 21 décembre 1993, aff. 94/119/CE JO L 55/52 du 26 02 1994

²²⁷ CJCE 14 février 1978, United Brands/Commission, aff. 27/76, Rec. [1978], p. 207

²²⁸ CJCE 14 novembre 1996 Tetra-Pak, aff. C-333/94 P, Rec. [1996], p. I-5951

²²⁹ Commission, 21 décembre 1993, aff. 94/119/CE, JO L 55/52 du 26 février 1994

La position dominante de l'autorité portuaire n'est pas en soi répréhensible. La jurisprudence communautaire estime cependant que certaines pratiques amènent les opérateurs à commettre un abus de position dominante, et sont donc elles-mêmes illicites. C'est le cas « lorsque l'entreprise est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive, ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus »²³⁰.

Cette théorie, dite de l'abus automatique, s'est formée au travers de la jurisprudence Höfner et Elser²³¹, dans laquelle la CJCE considère que l'Etat enfreint l'article 86-1 du traité lorsque par des mesures législatives, réglementaires ou administratives les entreprises publiques auxquelles ils accordent des droits exclusifs dans une situation dans laquelle celles-ci ne pourraient pas se placer par des comportements autonomes sans violer l'article 82 du Traité.

La théorie de l'abus de position dominante automatique a été appliquée à plusieurs reprises en matière d'utilisation équitable du domaine public portuaire. La plupart des arrêts concernent le recours obligatoire aux services d'une entreprise portuaire désignée, qui équivaut en pratique à accorder un monopole d'exercice sur le domaine public portuaire.

L'arrêt *Merci* est à ce titre particulièrement significatif²³². En l'espèce, une entreprise détient un droit exclusif d'organiser et d'exécuter les opérations portuaires pour le compte de tiers. La Cour qualifie cette position de dominante, qui n'est pas en soi incompatible avec l'article 86.

La CJCE considère cependant, en écho aux décisions Höfner et Elser, que les entreprises placées dans de telles situations sont amenées à facturer des services non demandés, des prix disproportionnés, refuser de recourir à des technologies modernes, le tout entraînant une augmentation des coûts et un allongement des délais d'exécution.

La Cour décide donc qu'en l'absence de service d'intérêt économique général (SIEG)²³³, une réglementation qui confère à une entreprise le droit exclusif d'organiser les opérations portuaires est contraire à l'article 90.1 du Traité en relation avec l'article 86.

Dans l'affaire *Silvano Raso*²³⁴, qui concerne aussi l'obligation légale de recourir aux services d'une entreprise investie d'un monopole légal pour l'organisation des opérations portuaires, la CJCE approfondit son raisonnement. Par le simple exercice de ses droits, cette entreprise était en mesure de fausser le jeu du marché, sans même qu'un abus de position dominante ait été constaté. Le droit exclusif est donc jugé irrégulier car potentiellement à la source d'une situation illicite.

Les restrictions d'accès aux installations portuaires peuvent également prendre la forme de tarifications discriminatoires appliquées aux opérateurs, qui ont pour effet de faciliter l'utilisation du domaine public portuaire à certaines entreprises au détriment des autres. Les restrictions d'accès à l'outillage public portuaire sont fréquentes et prennent souvent cette forme. Leur incidence sur l'occupation du domaine public portuaire est indirecte.

Dans l'affaire *Corsica Ferries Italia*²³⁵, la CJCE fait application de l'abus de position dominante automatique en matière de tarifs d'usage. La Cour relève qu'une entreprise bénéficiant d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante ; que le marché pertinent est celui des services de pilotage dans le port de Gênes, considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun ; qu'enfin, l'approbation de tarifs amenant l'entreprise en cause à exploiter de façon abusive sa position dominante, en appliquant à des partenaires commerciaux des conditions inégales pour des prestations équivalentes, est illicite.

L'application de prescriptions différentes à des usagers en situation différente peut toutefois être compatible avec les articles 82 et 86 CE, en application de l'article 86.2, dès lors que le droit exclusif accordé s'explique par la qualité d'entreprise investie d'un SIEG de son bénéficiaire, et qu'il est proportionné au but poursuivi.

²³⁰ CJCE 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-179/90, Rec., 1991, p. I-5889, DMF, 1992, p. 113, obs. P. Bonassies

²³¹ CJCE Höfner et Elser, C-41/90, Rec., p. I-1979, point 27

²³² CJCE 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, Aff ; C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, DMF, 1992, p. 113, obs. P. Bonassies

²³³ Au point 27 de l'arrêt, la CJCE suit les conclusions de l'avocat général Van Gerven, en affirmant au passage que les activités de manutention ne revêtent 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... ». La doctrine est partagée sur ce point.

²³⁴ CJCE 12 février 1998, *Silvano Raso*, aff. C-163/96, Rec. [1998], p. I-0533, DMF, 1998, p. 855, obs. M.-Y. Le Garrec

²³⁵ CJCE 17 mai 1994, affaire C-18/93, Rec. [1994], p. I-1783, DMF, 1994, p. 665, obs. P. Bonassies

Dans l'affaire *Corsica Ferries France*²³⁶, la Cour valide le droit exclusif du lamaneur car « les opérations de lamanage revêtent un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui qui revêtent d'autres activités économiques et qui est susceptible de les faire entrer dans le champ d'application de l'article 90 paragraphe 2 du Traité ». La CJCE contrôle aussi la proportionnalité de la mesure restrictive (l'adéquation entre le tarif appliqué et la compensation de la charge), et ajoute : « pour autant qu'elle corresponde au supplément de coût qu'impliquent les caractéristiques spécifiques de ce service » (point 46 d. de l'arrêt).

Sur le point d'évaluer la proportionnalité entre la mesure restrictive d'accès et les conditions d'exercice d'un SIEG, G. Gueguen-Hallouët et R. Rezenzthel font remarquer qu'un arrêt *GT-Link* renvoie à la juridiction nationale le soin de déterminer si le montant des taxes peut en l'occurrence être assimilé à un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie²³⁷.

Il n'y a qu'une seule exception possible à l'applicabilité du droit de la concurrence. Les activités de puissance publique sont exclues du champ d'application des règles de concurrence. Ce sont des activités qui mettent en œuvre des prérogatives exorbitantes du droit commun, comme l'exercice des missions de police²³⁸ (dans la limite énoncée plus haut où elles n'ont pas un effet indirect détachable²³⁹) ou la décision de concéder un service public.

L'affaire *Diego Cali* vient parfaitement illustrer ce point, dans la mesure où une activité qui relève typiquement des pouvoirs régaliens de l'Etat (la protection de l'environnement), ne constitue pas une activité économique. L'utilisation du domaine public portuaire peut donc être réservée à un seul organisme chargé de la police de l'environnement. R. Rezenzthel relève enfin qu'une raison impérieuse d'intérêt général est seule susceptible de conduire licitement à restreindre l'application des règles de concurrence lors de l'usage de prérogatives de puissance publique²⁴⁰.

Notons que la loi portuaire espagnole interdit très explicitement à l'autorité portuaire de se prêter à des pratiques anti-concurrentielles²⁴¹.

§ 3. La priorité d'embauche des dockers sur le domaine public portuaire

L'article R511-2 du code des ports maritimes réserve le domaine public portuaire, pour certaines opérations de manutention, à la main d'œuvre dockers :

« En application du dernier alinéa de l'article L511-2, dans les ports figurant sur la liste prévue à l'article L511-1, les opérations de chargement et de déchargement des navires et des bateaux aux postes publics sont, sous les réserves indiquées à l'alinéa ci-après, effectuées par les ouvriers dockers appartenant à l'une des catégories définies à l'article L511-2. Il en est de même des opérations effectuées dans des lieux à usage public (terre-pleins, hangars ou entrepôts) situés à l'intérieur des limites du domaine public maritime, et portant sur des marchandises en provenance ou à destination de la voie maritime.

Par dérogation aux dispositions qui précèdent, peuvent être effectuées, sans avoir recours à la main-d'œuvre des ouvriers dockers, les opérations suivantes : « déchargement ou chargement des bateaux fluviaux par les moyens du bord ou par le propriétaire de la marchandise au moyen des personnels de son entreprise ».

Les « postes publics » et les « lieux à usage public » du domaine public maritime, sur lesquels s'applique la priorité d'embauche des dockers, sont mal définis. Cette rédaction imprécise désigne certaines parties du domaine public portuaire dont nous avons déjà évoqué la consistance. Le juge en fait donc une interprétation, qui sera abordée plus loin, au paragraphe traitant des droits réels sur le domaine public portuaire.

Du point de vue du droit communautaire, ce monopole d'utilisation de certaines dépendances du domaine public portuaire, accordé aux dockers, n'est pas illégal. L'article 86-1 du Traité CE dispose que « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus ». Ce fondement juridique n'est pas invocable pour contester la régularité de la priorité d'embauche des dockers. La CJCE l'a affirmé à titre préjudiciel, sur renvoi de la Cour

²³⁶ CJCE 18 juin 1998, aff. C-266/96, Rec. [1998], p. I-3949, DMF, 1998, p. 859, obs. P. Bonassies

²³⁷ CJCE 17 juillet 1997, *GT-Link A/S* précité, commentaire de G. Hallouët, DMF, n°574, septembre 1997, p. 858

²³⁸ CJCE 18 mars 1997, *Diego Cali*, affaire C-343/95, Rec. p. I-1547, DMF 1997, 539, obs. P. Bonassies ; CJCE 19 janvier 1994, *SAT c. Eurocontrol*, affaire C-364/92

²³⁹ CJCE 20 mars 1985, *Italie c. Commission*, affaire 41/83 ; v. aussi en France CE Sect. 22 novembre 2000, *L&P Publicité SARL, LPA*, 2001, n°37, note N. Charbit, concl. S. Austry, RFDA, 2001, p. 872

²⁴⁰ CJCE 13 juin 2002, *Inspecteur Van de Belastingdienst douane, district Rotterdam et Sea-Land Service Inc, Nedlloyd Lijnen BV*, Rec. p. I-5235 ; DMF, 2002, p. 986, note R. Rezenzthel

²⁴¹ Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, art. 31

d'appel de Gand, qui lui a soumis la législation belge du 8 juin 1972, proche du dispositif français²⁴². La Cour, après avoir rappelé que l'article 86-1 du Traité n'est applicable qu'à des entreprises (point 30), a considéré que cet article, « lu en combinaison avec les articles 6, premier alinéa, 85 et 86 du même traité », doit être interprété en ce sens « qu'il ne confère pas aux particuliers le droit de s'opposer à l'application d'une réglementation d'un État membre qui les oblige à recourir, pour l'exécution de travaux portuaires, exclusivement à des ouvriers portuaires reconnus, tels que ceux visés par la loi de 1972, et leur impose de verser à ces derniers une rémunération excédant largement les salaires de leurs propres employés ou ceux qu'ils paient à d'autres travailleurs » (point 37).

Certains points restent pourtant en suspens. Tout d'abord, le projet de directive sur les services portuaires pourrait conduire à l'anéantissement de ce privilège²⁴³. Ensuite, jamais la CJCE ne s'est prononcée sur la validité du monopole docker au regard de l'article 49 CE, relatif au principe d'interdiction des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté. La légalité de la priorité d'embauche de la main d'œuvre docker sur le domaine public portuaire reste donc incertaine²⁴⁴. Elle trouve toutefois une pleine justification dès lors que l'on considère que l'évolution technique de la manutention portuaire met à jour le besoin d'un personnel qualifié, issu d'une profession réglementée, dont l'accès requiert des conditions de formation adéquates et pertinentes.

Section 2 - Le régime de responsabilité de l'autorité portuaire pour refus injustifié d'accès au domaine public portuaire

Sous-section 1 - La compétence exclusive du juge administratif en matière domaniale

Toutes les décisions relatives à l'utilisation du domaine public portuaire relèvent en principe de la juridiction administrative, à l'exclusion de toute autre.

§ 1. Le caractère administratif du contrat comportant occupation du domaine public

En vertu de l'article L84 du code du domaine de l'Etat, « Les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les établissements publics ou leurs concessionnaires, sont portés en premier ressort devant le tribunal administratif ». La convention passée entre un concessionnaire privé, et une autre personne privée est donc qualifiable de contrat administratif et soumise au contrôle du tribunal administratif.

Ce point ne soulève pas de difficultés particulières, mis à part le fait que l'article L84 du code du domaine de l'Etat n'est pas applicable aux dépendances du domaine public des collectivités territoriales. Toutefois, ces collectivités territoriales sont amenées par la loi à recevoir en pleine propriétés les dépendances domaniales de l'Etat affectées jusque là aux ports d'intérêt national. Par là, il aurait été judicieux qu'une disposition spécifiquement portuaire précise que de tels contrats conclus entre deux personnes privées relèvent du juge administratif. Ce souci d'unifier le régime des propriétés publiques est absent de la loi de décentralisation.

§ 2. La reconnaissance de la compétence administrative pour tous les actes de gestion du domaine public

A - La compétence de principe du juge administratif

S'agissant d'actes administratifs pris par une autorité publique en vue de l'accomplissement d'une mission de service public administratif, les décisions relatives à l'utilisation du domaine public entrent logiquement dans le champ de compétence de la juridiction administrative. La compétence du juge judiciaire s'arrête en effet au seuil de l'acte administratif²⁴⁵.

Cependant, eu égard aux effets de certaines décisions prises en matière domaniale sur l'activité économique, le Conseil de la concurrence s'était estimé compétent pour connaître des actes de la puissance publique lorsque ces décisions constituaient des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L410-1 du Code de commerce.

Sa décision portait sur une espèce très proche de ce qu'on peut rencontrer en matière d'utilisation du domaine public portuaire, et son argumentation était rédigée en ces termes :

²⁴² CJCE, 16 sept. 1999, Becu, aff. C-22/98 : Rec. CJCE, I, p. 5665, DMF, 2000, p. 176, obs. M.-Y. Le Garrec et DMF HS n°4, p. 16

²⁴³ Registre public des documents du Conseil, doc. 6593/02 MAR 23 CODEC 244

²⁴⁴ R. Rezenthel, « L'illusion d'un régime dérogatoire », Navigation, ports & industries, 15 oct. 1999, p. 559. ; J.-B. Blaise et L. Idot, chron. conc. 1999, RTDE 2000, p. 339

²⁴⁵ Le Tribunal des conflits avait toutefois estimé en 1998 qu'un litige survenu entre une personne privée occupant le domaine public d'un port de plaisance à un de ses membres, pour l'attribution d'un anneau de port, relevait de la compétence du juge judiciaire : v. TC, 22 juin 1998, Revue Scapel, avril-mai-juin 2000, p. 73

« Alors même que la décision par laquelle ADP refuse une autorisation d'occupation du domaine public ou un service dont la prestation implique l'utilisation d'une partie du domaine public, revêt le caractère d'un acte administratif dont l'appréciation de la légalité ne relève que de la juridiction administrative, cette décision n'en est pas moins prise en l'espèce par ADP en vue d'exercer une activité de production, de distribution ou de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 »²⁴⁶.

B - L'incompétence du Conseil de la concurrence en matière domaniale

Le Tribunal des conflits, saisi en 1999 d'une espèce portant sur la fixation d'une redevance domaniale, a unifié la compétence en matière de gestion domaniale en faveur du juge administratif, et a exclu celle de l'ordre judiciaire. Selon le Tribunal des conflits, en effet, les décisions par lesquelles les personnes publiques exercent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L410-1 du Code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence²⁴⁷, mais ressortissent au juge administratif. La compétence la plus large est donc reconnue à ce dernier, puisque les pratiques indissociables de ces décisions sont également soumises à son contrôle.

Le Conseil d'Etat intègre de manière concomitante dans son bloc de légalité les exigences tirées du droit de la concurrence, et reconnaît ainsi le caractère ambivalent des décisions de l'autorité portuaire susceptibles d'affecter les conditions économiques d'utilisation du domaine public qui lui est attribué²⁴⁸. Il rappelle en outre que si le Conseil de la concurrence ne peut être saisi directement, toutes les juridictions administratives doivent se réserver le droit de le saisir par voie préjudicielle, précisant que sur le fondement « de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (...), le Conseil de la concurrence "peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7, 8 et 10-1 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies" ». Le Conseil d'Etat a également la faculté de saisir la CJCE, procédure peu usitée en pratique.

Depuis lors, le Conseil de la concurrence a décliné sa compétence en plusieurs occasions, car les actes, « qui se rattachent à la gestion du domaine public requièrent l'usage de prérogatives de puissance publique et relèvent dès lors des juridictions administratives... »²⁴⁹. Dans sa décision n°00-D-41 en date du 20 septembre 2000 relative à une saisine de la société Au Lys de France, le Conseil a retenu que « la fixation du niveau des redevances afférentes à l'occupation du domaine public fait partie des actes de gestion du domaine mettant en cause des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative ; qu'il en est de même des décisions refusant d'accorder un droit d'occupation sur le domaine public ».

En matière portuaire, dans sa décision n°2002-D-15 du 1er mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vracs solides au port autonome du Havre, le Conseil de la concurrence s'est exprimé ainsi pour écarter sa compétence : « Considérant, en premier lieu, qu'au nombre des pratiques reprochées au port autonome du Havre, établissement public chargé notamment de la gestion du domaine public portuaire, figure un refus d'autoriser l'occupation du domaine public ; qu'il résulte de la jurisprudence rappelée ci-dessus qu'une telle décision ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence »²⁵⁰.

Par contre, le Conseil de la concurrence s'est déclaré compétent dans la même décision pour apprécier les conditions d'application des tarifs d'outillages publics gérés par un port autonome, qui, en cas de discrimination injustifiée, peuvent de fait conduire à exclusion du domaine public portuaire un opérateur souhaitant y exercer son activité.

Cette solution a été appliquée à plusieurs reprises, y compris par la Cour de cassation²⁵¹.

Sous-section 2 - Un régime de responsabilité pour faute

²⁴⁶ Décision 98-MC-13

²⁴⁷ Tribunal des Conflits 18 octobre 1999, Aéroports de Paris

²⁴⁸ CE Sect. 26 mars 1999, Société EDA, Lebon, p. 107 ; v. également la décision du Conseil de la concurrence n° 02 D 15 du 1er mars 2002 concernant l'application des tarifs publics du port autonome du Havre, DMF 2002, p. 675

²⁴⁹ Décision n° 02-D-15 du 1^{er} mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vracs solides au Port autonome du Havre

²⁵⁰ V. P. Corruble et R. Rezenthel, « La gestion des ports maritimes sous le contrôle des autorités de concurrence », DMF juillet-août 2002, n°628, p. 664 ; Cons. conc., décision n° 2002-D-15 du 1er mars 2002, DMF, juillet-août 2002, n°628, p. 675

²⁵¹ Cass. 16 mai 2000, Semmaris, BOCCRF, n°7, juin 2000 ; Décision 01-MC-02 1^{er} juin 2002, Société Vedettes inter Iles Vendéennes ; et en matière de domaine public fluvial, Décision n°02-D-72 du 10 décembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Etablissement public Port autonome de Paris : « la conclusion d'une convention relative à l'occupation du domaine public fluvial, qui se rattache à la gestion du domaine public, met en œuvre des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative »

Le juge administratif, compétent en matière de titres comportant occupation du domaine public, mêle des considérations tirées du droit de la concurrence avec les exigences du bon fonctionnement du service public. En cas de refus d'attribuer un tel titre (ou d'entrave à l'utilisation régulière du domaine public), le juge se livre maintenant à un contrôle plus large que celui de l'intérêt du domaine et de son affectation, et des impératifs de sécurité tel qu'il le développait dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 décembre 1957²⁵². Il applique un régime de responsabilité pour faute. La faute simple, constituée par l'« inexacte application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et des règles de concurrence »²⁵³, suffit à engager la responsabilité de l'administration. Le niveau de l'indemnisation peut être fixé par application de la théorie de la perte de chance²⁵⁴. Par comparaison, les candidats évincés d'un marché public bénéficient d'une indemnisation totale du manque à gagner en cas de chances très sérieuses d'emporter le marché²⁵⁵, ou partielle en cas de chances simplement sérieuses. Cette distinction n'est simplement pas opérée concernant les candidats évincés à l'occupation du domaine public.

Par delà le régime du recours de plein contentieux, l'opérateur évincé peut également rechercher son intérêt ailleurs que dans l'indemnisation. La suspension en urgence de la mesure d'éviction peut s'avérer pour lui plus avantageuse dans la mesure où elle lui permet de reprendre son exploitation. Dans cette hypothèse, l'opérateur se tournera vers le référé-liberté administratif prévu à l'article L521-2 du code de justice administrative. Le référé liberté est un recours institué en 2000, qui permet au juge des référés administratifs de faire cesser en urgence une « violation grave et manifestement illégale d'une liberté fondamentale »²⁵⁶. Toutefois, le refus d'accorder l'utilisation privative à des fins commerciales d'une dépendance du domaine public portuaire ne constitue pas en soi une atteinte à une liberté fondamentale²⁵⁷, et le juge ne manque pas l'occasion de rappeler les « contraintes particulières qui pèsent sur les activités économiques s'exerçant sur le domaine public » pour refuser toute suspension²⁵⁸.

Il n'en va pas de même pour les armements, qui utilisent une dépendance du domaine public portuaire (bassins, quais) de manière non privative. En cas de refus d'accorder l'utilisation non privative d'une dépendance du domaine public portuaire affectée à un usage commun²⁵⁹, le juge français recherche si la restriction affecte la liberté d'entreprendre (au sein de laquelle certains auteurs incluent le droit de la concurrence²⁶⁰). Le refus d'utilisation du domaine public à des fins commerciales ne porte pas « par lui-même » atteinte à la liberté d'entreprendre. Selon certains auteurs, l'utilisation du domaine public par des professionnels « échappe dans une large mesure au principe de liberté »²⁶¹. Il arrive cependant que le juge accueille ce moyen.

L'utilisateur évincé devra alors démontrer que l'atteinte à la liberté d'entreprendre est « grave et manifestement illégale ». Le juge examinera la légalité externe (motivation, compétence) de la décision, et sa légalité interne (proportionnalité de la mesure restrictive, existence de mesures alternatives plus douces, que le Conseil d'Etat, dans son ordonnance Commune de Collioure, énumère : limitation de la durée de stationnement, du gabarit des navires, du nombre de rotations). Dans l'espèce mentionnée à titre d'exemple, sous couvert de sa police du stationnement, le maire institue un régime d'autorisation pour exercer une activité qui n'entre pas dans ses pouvoirs de police. En résumé, le juge administratif fait application de sa théorie du « motif étranger », qui lui permet d'incriminer une restriction prise sur un « motif étranger aux considérations d'intérêt général » censées assurer une « bonne utilisation des dépendances du domaine public »²⁶², parmi lesquelles figure la liberté d'entreprendre.

Enfin, l'utilisateur évincé devra prouver l'urgence. L'imminence de la saison touristique, qui représente un quart de l'activité de l'exploitant de navires, est un cas d'urgence.

Ce n'est que si toutes ces conditions sont remplies que l'opérateur pourra obtenir la suspension de la mesure d'éviction qui l'affecte.

Chapitre II - Le droit à une sécurité juridique suffisante

²⁵² CE Sect. 20 décembre 1957, Soc. nationale d'éditions cinématographiques, Lebon, p. 702

²⁵³ CE 20 mars 1996, M. Veber, req. n°121601

²⁵⁴ CAA Paris 4 décembre 2003, Setil, AJDA, 2005, n°4, p. 200, note S. Nicinski

²⁵⁵ CE 10 janvier 1986, Soc. de travaux du Midi, Lebon, p. 717

²⁵⁶ Article L. 521-2 du code de justice administrative :

« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

²⁵⁷ CE ord. 16 septembre 2002, EURL La cour des miracles, JCP 2003, II, n° 10037, note Soulié

²⁵⁸ CE 22 mai 2003, Commune de Théoule-sur-Mer, RFDA 2003, p. 837

²⁵⁹ CE Ord. 2 juillet 2003, Cne de Collioure, req. n°257971

²⁶⁰ J.-P. Markus, Police des ports et atteinte à la liberté d'entreprendre, AJDA 2003, Jurisprudence, p. 2218

²⁶¹ J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, Droit administratif des biens, Dalloz, 2003, n° 168

²⁶² CE ord. 16 septembre 2002, EURL La cour des miracles, JCP 2003, II, n° 10037, note Soulié

L'insécurité juridique dans laquelle est plongé l'investisseur privé provient à la fois de l'incertitude qui entoure la notion même de domaine public portuaire, et du caractère fluctuant de la notion d'intérêt général, seul susceptible de fonder légalement le retrait ou la résiliation du titre d'occupation.

Les critères du domaine public portuaire, nous l'avons vu, sont en mouvement, tout comme la notion d'intérêt général, qui peut revêtir des aspects très divers (intérêt du domaine occupé, intérêt d'une collectivité autre que l'autorité affectataire des dépendances domaniales, etc...).

Cette incertitude juridique est ravivée par l'incapacité de l'autorité portuaire, pourtant partie à la convention ou à l'origine de l'autorisation d'occupation, de garantir sérieusement la durée de l'occupation, car l'autorité portuaire, affectataire de dépendances du domaine public, peut se voir imposer un changement d'affectation ou la réalisation de travaux qu'elle n'avait pas envisagés.

Enfin, non seulement les autorisations d'occupation du domaine public sont précaires et révocables, mais leur renouvellement ne constitue pas un droit pour les occupants. Le Conseil d'Etat a jugé que « les autorisations d'occupation du domaine public sont délivrées à titre précaire et révocable et ne sont pas créatrices de droit au profit des bénéficiaires ; que leur titulaire n'a droit ni à leur maintien ni à leur renouvellement ; qu'il appartient à l'autorité chargée de la police du domaine de les retirer dans l'intérêt général²⁶³ ».

L'utilisateur du domaine public portuaire est donc soumis à une menace diffuse, générale, qui fait naître un cercle vicieux pesant sur les décisions d'investissement privé sur le domaine public portuaire et, finalement contraignant pour l'autorité portuaire, qui est amenée à s'impliquer au-delà de ses prétentions ou de ses capacités. L'autorité portuaire se voit aimantée vers l'intervention économique.

On relèvera donc que les principes classiques du domaine public sont susceptibles de porter préjudice, dans la relation domaniale, aux deux co-contractants, et peuvent conduire à la mise en place de montages complexes, contestables et exposés. Comment en effet, sans recourir à l'emprunt qui nécessite des garanties financières, financer des investissements souvent très lourds ? Comment convaincre des industriels d'investir sur des terrains, où ils ne sont autorisés à s'installer qu'à titre précaire ? Sur quelle base calculer l'amortissement de l'investissement, sachant que la durée du contrat peut être écourtée à tout moment ?

Section 1 - La remise en cause du principe de précarité

La précarité de l'occupation du domaine public portuaire repose essentiellement sur le principe d'inaliénabilité du domaine public. Ce principe d'inaliénabilité, clef de voûte de la domanialité publique, connaît aujourd'hui une refondation profonde. Sa valeur constitutionnelle demeure encore en suspens²⁶⁴, le Conseil constitutionnel ne l'ayant jamais admise. Au contraire, il a entamé une évolution graduelle vers l'adoption d'une acception plus étroite du principe²⁶⁵.

A l'appui de l'assouplissement des conditions d'occupation du domaine public portuaire, on peut citer une jurisprudence très ancienne qui estimait que « la précarité des autorisations délivrées sur le domaine public n'existe que dans l'intérêt même du domaine sur lequel elles ont été accordées »²⁶⁶.

Sous-section 1 - La viabilité économique des projets d'implantation sur le domaine public portuaire

L'enjeu est ici de combiner une protection suffisante du domaine public avec les nécessités liées à l'occupation privative du domaine par des opérateurs privés développant une activité commerciale, dans le but de financer des infrastructures indispensables aux opérateurs économiques. Ces nécessités tiennent essentiellement pour l'occupant en une sécurité juridique suffisante, qui lui permette de financer son activité, d'amortir son investissement, et d'exploiter convenablement cette activité, qu'elle soit ou non en partie soumise à des obligations de service public.

De telles activités commerciales ne sont pas incompatibles avec l'exercice des missions de service public industriel et commercial dont sont investies les autorités portuaires. Elles sont même inhérentes au développement de l'activité portuaire. Leur exercice effectif dans des conditions équitables requiert cependant un aménagement de la portée du principe d'inaliénabilité du domaine public.

§ 1. La reconnaissance du droit de propriété de l'occupant sur les ouvrages qu'il a établis sur le domaine public

Le Conseil d'Etat a modifié sa position concernant la reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant du domaine public. Après avoir affirmé que cette mesure était incompatible avec la domanialité publique²⁶⁷

²⁶³ CE 24 novembre 1993, SA Atlantique Bâtiments Construction, req. n°124933 et 124934

²⁶⁴ H. Hubrecht, « L'inaliénabilité, passé et présent d'un principe de droit constitutionnel », AJDA 2005, p. 599

²⁶⁵ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Journal Officiel 23 Juillet 1994

²⁶⁶ CE, 13 mars 1903, Cie d'Orléans, Rec. CE, p. 243

(l'espèce portait sur un titre antérieur à la réforme de 1994), il a admis le droit de propriété de l'occupant sur les ouvrages qu'il a réalisés, et ce pendant la durée de l'autorisation domaniale²⁶⁸, sous réserve toutefois que l'ouvrage ne participe pas directement au fonctionnement du service public²⁶⁹. Le juge administratif reconnaît pleinement cette possibilité.

Le considérant de principe en la matière est celui de l'arrêt Sagifa (préc.), dans lequel le Conseil d'Etat considère que les occupants du domaine public peuvent être propriétaires des constructions qu'ils réalisent, mais en faisant une distinction entre les constructions qui répondent aux seuls besoins de l'occupant, dont celui-ci pourrait être propriétaire, et celles qui répondent aux besoins du service public auquel le domaine public occupé est affecté.

La jurisprudence judiciaire, quant à elle, a admis la saisissabilité d'un immeuble construit sur le domaine public maritime en vertu d'un contrat d'amodiation²⁷⁰. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a pris appui sur les termes du contrat d'occupation considérant que le sol et les bâtiments constituaient des biens dissociés et distincts. Le titulaire de l'occupation est donc propriétaire des seuls bâtiments et ce pendant toute la durée du contrat (cette jurisprudence a toutefois été contestée²⁷¹). Cette dissociation faite entre la propriété du terrain, qui appartient au domaine public d'une personne publique, et celle de la construction qui a été édifiée sur la parcelle concernée trouve sa source dans la notion civiliste de droit de superficie, par dérogation à la règle de l'accession.

Malgré cette relative avancée du droit de propriété sur le domaine public, M. Godfrin relève que, « le droit de propriété consenti à l'occupant est amoindri par le fait qu'il est tributaire d'une autorisation temporaire sur le domaine, elle-même précaire et non transmissible »²⁷². Y. Gaudemet abonde en ce sens en considérant que « ce droit de propriété est amputé de beaucoup (...) [et] entièrement conditionné par une autorisation administrative qui n'en permet pas la cession et expose en cas de retrait à une véritable expropriation régulière »²⁷³.

§ 2. La reconnaissance de droits réels sur le domaine public portuaire

A - Le régime des droits réels administratifs

Les collectivités publiques ne pouvant pas assurer seules le financement des équipements indispensables au développement des zones portuaires, l'investissement privé a été encouragé. Le besoin de valorisation, problématique typiquement portuaire, se heurtait en effet à l'interdiction des techniques « civiles » de financement : crédit hypothécaire, crédit bail...

C'est d'abord le ministère chargé des transports qui a suivi cette piste en rédigeant un projet de loi permettant la reconnaissance des droits réels au profit des occupants du domaine public portuaire. Le ministère de l'économie et des finances a transformé ce texte pour l'étendre à l'ensemble du domaine de l'Etat et de ses établissements publics. Ce texte est devenu, après le vote du Parlement, la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994. Cette loi constitue le volet domanial de la réforme de la filière portuaire (le premier portait sur le régime du travail, et le deuxième sur la desserte terrestre des ports).

Sur le fondement de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994²⁷⁴, les titres délivrés sur le domaine public portuaire de l'Etat peuvent être constitutifs de droits réels. Ce sont les clauses contractuelles ou le cahier des charges de la concession qui donnent au titre son caractère constitutif de droits réels, après une procédure d'agrément. En application du décret n°96-1058 du 2 décembre 1996, l'autorité portuaire peut délivrer directement des titres d'occupation constitutifs de droits réels.

Par conséquent, certains occupants réguliers du domaine public portuaire peuvent bénéficier, depuis la réforme, de droits réels sur les ouvrages qu'ils édifient sur le domaine public. Le bénéfice de tels droits réels a été reconnu au profit des occupants du domaine public portuaire de l'Etat dans les ports de pêche en 1997²⁷⁵, puis, en

²⁶⁷ CE 6 mai 1985, Association Eurolat, Crédit Foncier de France, Rec. CE, p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois

²⁶⁸ CE 23 juin 1993, req. n°111569, Société industrielle de constructions et réparations

²⁶⁹ CE 21 avril 1997, Min. budget c. Société Sagifa, recours n°147602, Dr. adm. 1997, n°316, note C. Lavialle ; RFDA 1997, p. 935, note E. Fatôme et Ph. Terneyre.

²⁷⁰ CA Aix-en-Provence 13 déc. 2000, SA Natexis Banque Populaire, Juris-Data n°2000-134757 ; Dr. adm., hors série déc. 2001, préc., n°523

²⁷¹ CA Bordeaux 18 janv. 1995, T., Juris-Data n°1995-041596

²⁷² M. Godfrin, Droit administratif des biens, A. Colin, coll. U, 6e éd., p. 139

²⁷³ Y. Gaudemet, Les constructions en volume sur le domaine public, CJEG 1991, p. 297

²⁷⁴ 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 (JORF du 26 juillet 1994)

²⁷⁵ Loi n°97-1051 du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche maritime et les cultures marines (JORF du 19 novembre 1997)

2002276, à ceux du domaine public portuaire de l'Etat relevant des communes, essentiellement les ports de plaisance.

1. La nature du droit réel conféré à l'occupant du domaine public portuaire

a. Un droit réel administratif

L'article L34-1 introduit par la loi nouvelle dans le Code du domaine de l'État reconnaît au profit du titulaire d'une convention ou d'une autorisation unilatérale d'occupation du domaine public un droit réel « sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». L'alinéa premier de l'article L34-1 institue en outre une présomption d'existence de ce droit réel, dans le silence du titre d'occupation.

Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation, et dans les conditions précisées par les nouvelles dispositions, « les prérogatives et obligations du propriétaire » (art. L34-1, al. 2). Le droit réel de la loi de 1994 peut donc être regardé comme un droit réel immobilier, temporaire, et que l'on pourrait qualifier d'administratif. Des règles propres au droit administratif, précisées par le nouveau dispositif²⁷⁷, lesquelles découlent du régime de la domanialité publique ainsi que des nécessités du service public, limitent en effet la portée de ce droit. Ces règles modèlent un « droit de propriété » restreint dans le temps et dans ses effets²⁷⁸.

C'est l'article L34-5, particulièrement intéressant pour les ports, qui étend le dispositif aux autorisations conventionnelles d'occupation du domaine public : il prévoit en effet en son deuxième alinéa comment les concessions de services publics ou d'outillage public pourront être constitutives de droits réels. Le cahier des charges devra préciser les conditions auxquelles il doit être satisfait « pour tenir compte des nécessités du service public ». En pratique, le cahier des charges fait la distinction entre les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres : compte tenu de cette distinction, seuls les biens rangés par le cahier des charges de la concession dans la catégorie des biens de retour, et affectés à l'exploitation du service public concédé sont considérés comme des dépendances du domaine public de l'autorité concédante. Il s'agit de définir à l'avance sur quels biens pourront porter les droits réels, et à quelles conditions les « prérogatives et obligations » du propriétaire pourront être transférées sur le concessionnaire.

Les biens de retour sont ceux qui doivent obligatoirement, à l'expiration du contrat de concession, revenir à l'autorité concédante. Ces biens sont considérés comme appartenant ab initio à la personne publique concédante. Au contraire, les biens de reprise pourront devenir, en fin de concession, la propriété de la personne publique concédante, si celle-ci exerce le droit de reprise prévu par le cahier des charges. Ces biens sont réputés appartenir à la société concessionnaire pendant toute la durée de l'exploitation du service public. Les biens propres appartiennent en pleine propriété à la société concessionnaire, pendant la durée de la concession comme à son expiration.

Les ouvrages concédés sur lesquels le concessionnaire bénéficie de droits réels restent la propriété du concessionnaire pendant toute la durée de la concession. Ils ne peuvent devenir la propriété du concédant qu'en fin d'exploitation, sauf si leur démolition est exigée. Ces ouvrages ne constituent ni des biens de retour ni des biens de reprise, mais une catégorie mixte, des « biens de reprise automatique »²⁷⁹.

b. Un outil de garantie de l'emprunt

La durée du titre conférant des droits réels à son détenteur est calculée « en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers » (art. L34-1, al. 3). Le Conseil constitutionnel a toutefois posé pour principe que l'occupation du domaine public, renouvellements compris, ne pouvait dépasser 70 ans. Cette durée relativement longue permet l'amortissement de la plupart des investissements, mais expose les ports français à la concurrence de certains ports nord-européens, qui délivrent des titres pouvant n'expirer qu'à l'issue de 99 années. Il convient d'admettre que cette durée est un critère de choix important pour les investisseurs désireux de s'engager dans le financement d'une infrastructure très coûteuse. Le projet de « Passerelles du Port », à Marseille, en est un exemple. Par ailleurs, très souvent, cette durée est réduite en fonction des limitations propres aux concessions auxquelles le titre conférant des droits réels est adossé : si aucun plafond n'est prévu pour les ports relevant de l'Etat, les concessions d'outillage public dans

²⁷⁶ Loi n°2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité (JORF du 28 février 2002)

²⁷⁷ Sur la notion de droit réel administratif, v. M. Hauriou, notes : S. 1908, 3, p. 65 ; S. 1913, 3, p. 81 ; Précis de droit administratif et de droit public, 12^{ème} éd., Sirey 1933, p. 795, note 24, et p. 862 et s. ; L. Rigaud, La théorie des droits réels administratifs, Sirey, 1914 ; Y. Lenoir, Les domaines de l'État et des autres collectivités publiques, Sirey, 1966, p. 193 et s.

²⁷⁸ Le fait que la terminologie classique de « droits et obligations du propriétaire » ait été écartée montre bien qu'il ne s'agit pas là du droit de propriété tel que l'entend le droit civil.

²⁷⁹ E. Fatôme et Ph. Terneyre, « Droits réels sur le domaine public de l'Etat : clarification ou multiplication des interrogations ? », AJDA, 1995, p. 905

les ports maritimes relevant des départements ou des communes ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à 50 ans²⁸⁰.

A l'expiration ou à l'abrogation du titre d'occupation constitutif de droits réels, le sort des biens grevés d'un droit réel administratif est réglé par l'article L34-3 du code du domaine de l'Etat. Ces biens doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, « à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition » (art. L34-3, al. 1er). Lorsqu'à l'expiration du titre d'occupation, les ouvrages ont été maintenus, l'État en devient de plein droit et gratuitement propriétaire (art. L34-3, al. 2) ; la jurisprudence avait eu l'occasion de valider ce principe, notamment dans l'arrêt Fabre du 20 mai 1927²⁸¹.

L'article L. 34-2 procède à un relatif abandon du principe du caractère strictement personnel des autorisations d'occupation du domaine public, en autorisant la cession des titres conférant un droit réel à leur titulaire. Cet article reconnaît également au titulaire un droit d'hypothèque sur ses droits, concernant les constructions, ouvrages et installations qu'il aura édifiés. C'est là l'un des points essentiels du dispositif, puisque c'est la constitution d'hypothèques qui, concrètement, permettra au titulaire de l'autorisation de garantir le financement de ses projets.

2. La compétence limitée des ports autonomes en matière de délivrance de titres d'occupation constitutifs de droits réels

En application du décret n°96-1058 du 2 décembre 1996, l'autorité portuaire peut délivrer directement des titres d'occupation constitutifs de droits réels.

C'est l'article R113-25 du code des ports maritimes qui lui attribue cette prérogative en ces termes :

« Le port autonome a le pouvoir de délivrer, dans les conditions prévues au II de l'article R57-4 du code du domaine de l'Etat, les titres d'occupation du domaine public de l'Etat en application des articles L34-1 à L34-9 dudit code et de l'article 3 de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994. »

En vertu de l'article R122-10 du code des ports maritimes, il en va de même pour les concessionnaires d'outillage public dans les ports non autonomes de commerce ou de pêche de l'Etat, qui ont aussi le pouvoir de délivrer des titres constitutifs de droits réels. Rappelons toutefois que les ports non autonomes sont destinés à court terme à être transférés aux collectivités territoriales.

Enfin, l'article R132-3 du même code confère le droit aux concessionnaires d'installations portuaires de plaisance situées dans des ports relevant de la compétence de l'Etat, de délivrer des titres constitutifs de droits réels.

Toutefois, une limite est posée aux pouvoirs des ports autonomes et des concessionnaires d'outillage publics et d'installations de plaisance par l'article R57-4-II al. 2 du code du domaine de l'Etat, qui prévoit que « s'il apparaît à cette autorité que tout ou partie des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont la réalisation est envisagée sont nécessaires à la continuité du service public auquel est affecté le domaine public concerné par la demande, il ne peut y être fait droit que sur accord préalable du ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine, ou du préfet après avis du directeur des services fiscaux, selon que le montant des travaux projetés est ou non supérieur à 3 000 000 euros hors taxes. »

Les ports autonomes, qui ont pourtant, « en matière de domanialité et de travaux publics, (...) les mêmes droits et les mêmes obligations que l'Etat »²⁸², et les concessionnaires opérant sur le domaine de l'Etat, ont un pouvoir limité de délivrance des titres constitutifs de droits réels, dès lors que le titre est susceptible de porter sur des ouvrages nécessaires à la continuité du service public. Ajoutons qu'il est parfois malaisé de distinguer clairement quels sont ces ouvrages.

3. Règles particulières applicables au domaine public de l'Etat des ports maritimes relevant de la compétence des départements

Pour les ports départementaux, l'article R57-12 du code du domaine de l'Etat dispose que la demande de titre d'occupation constitutif de droit réel « est instruite par le service du département chargé de la gestion des ports ou, si cette gestion lui a été confiée, par le service déconcentré compétent de l'Etat ».

²⁸⁰ En vertu des dispositions des articles R631-1 et R631-3 du Code des ports maritimes issues du décret n°84-941 du 24 octobre 1984 (Journal Officiel 25 octobre 1984), dont la légalité a été reconnue par le Conseil d'État dans l'arrêt du 1er octobre 1986, Assoc. nationale des élus du littoral, AJDA, 1987, II, p. 115, Juris-Data n°043159, prévoit notamment que « les concessions d'établissement ou d'exploitation d'infrastructure ou de superstructure portuaires ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à cinquante ans ».

²⁸¹ CE 20 mai 1927, Fabre, Rec. CE, p. 581

²⁸² Article L111-2 du code des ports maritimes

L'article R57-10 quant à lui précise que « Le titre d'occupation, quelle que soit sa forme, constitutif de droit réel sur le domaine public de l'Etat compris dans les limites administratives des ports qui relèvent de la compétence des départements est délivré, après consultation du préfet, par le président du conseil général ou par le concessionnaire lorsque les termes de la concession le prévoient expressément. »

Le critère de l'ouvrage nécessaire à la continuité du service public s'exprime ici encore puisque le concessionnaire, dans le cas où tout ou partie des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont la réalisation est envisagée sont nécessaires à la continuité du service public auquel est affecté le domaine public portuaire ne peut se voir reconnaître de droits réels qu'après avoir obtenu l'accord préalable du président du conseil général délivré après avis du préfet.

4. Règles particulières applicables au domaine public de l'Etat des ports maritimes relevant de la compétence des communes

Concernant les ports communaux, l'article R57-14 du code du domaine de l'Etat précise que « Le titre d'occupation, quelle que soit sa forme, constitutif de droit réel sur le domaine public de l'Etat compris dans les limites administratives des ports qui relèvent de la compétence des communes est délivré, après consultation du préfet, par le maire ou par le concessionnaire lorsque les termes de la concession le prévoient expressément ». S'il y a un concessionnaire, ce dernier, dans le cas où tout ou partie des ouvrages, constructions, et installations de caractère immobilier dont la réalisation est envisagée sont nécessaires à la continuité du service public auquel est affecté le domaine public, ne peut se voir reconnaître de droits réels qu'après avoir obtenu l'accord préalable du maire délivré après consultation du préfet. Le demandeur d'un titre d'occupation constitutif de droits réels doit suivre une procédure d'instruction rigoureuse dans laquelle il doit justifier sa capacité technique et financière à mener à terme les travaux.

B - Droits réels et financement privé des ouvrages portuaires : une avancée relative

Le fait que les droits réels puissent être cédés, transmis et donnés en garantie, est déterminant pour déclencher un investissement portuaire. Cette évolution favorise l'implantation et la permanence de l'opérateur dans des conditions convenables. R. Rezenthel dénonce toutefois le « manque de réalisme » de certaines réserves²⁸³ que comporte la loi du 25 juillet 1994.

1. Un champ d'application restreint

En premier lieu, le système des droits réels n'est applicable qu'au domaine public de l'Etat (art. L34-1, al. 1er) et à celui du domaine public de ses établissements publics, « tant pour le domaine public de l'Etat qui leur est confié que pour leur domaine propre » (art. L34-8, al. 1er). Cette limitation doit désormais être appréciée à l'aune du transfert imminent de propriété des ports non autonomes aux collectivités territoriales²⁸⁴. En l'absence d'un régime domanial unifié pour les propriétés publiques, un tel dispositif soulève quelques incertitudes. Par ailleurs, seuls les titres accordés après l'entrée en vigueur de la loi peuvent être constitutifs de droits réels, avec la possibilité toutefois de demander un nouveau titre constitutif de droits réels. Mais ces droits réels ne peuvent porter que sur les ouvrages affectés à l'exercice d'une activité autorisée par le titre. En outre, l'article L34-4 précise qu'il n'y a pas de droit réel lorsque l'immeuble est nécessaire à la continuité du service public, sauf accord du ministre compétent. La présomption d'octroi d'un droit réel de l'article L34-1 est ainsi totalement renversée. Cette circonstance, d'une part, affecte la responsabilisation de l'autorité portuaire²⁸⁵ et, d'autre part, renforce l'idée que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le bénéfice des droits réels, pouvoir lié à l'organisation du service public, qui ne fait l'objet de la part du juge administratif que d'un contrôle restreint.

En second lieu, faire d'un ouvrage l'objet d'une hypothèque est malaisé.

L'hypothèque ne saurait en effet servir de garantie à des investissements étrangers à l'intérêt du domaine public : elle n'est possible que pour « garantir les emprunts contractés par le titulaire de 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 » (art. L34-2, al. 3), ce qui contredit considérablement la stratégie de certains grands opérateurs, présents sur plusieurs ports, et qui garantissent un bien pour en financer un autre, ailleurs.

²⁸³ R. Rezenthel, « La liberté de gestion du domaine des ports autonomes », DMF, juin 2000, n°605, p. 588

²⁸⁴ Article 30 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, consolidée au 14 juillet 2005 (JORF 17 août 2004) : « La propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des ports non autonomes relevant de l'Etat sont transférés, au plus tard au 1er janvier 2007 et dans les conditions fixées par le code des ports maritimes et au présent article, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures. »

²⁸⁵ G. Pietri et C. de Bernis, « Domaine public et droits réels : la nouvelle loi va-t-elle reposer sur une équivoque ? », Petites affiches 3 juin 1994, n° 66, p. 7

Les hypothèques ne sont en outre possibles que pendant la durée du titre d'occupation : à l'expiration de ce titre, elles s'éteignent « quels qu'en soient les circonstances et le motif » (art. L34-2, al. 5), c'est-à-dire même en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu.

2. L'encadrement des possibilités de transmission du droit réel

Rappelons, à titre liminaire, que le Conseil d'Etat a jugé que « sauf dispositions législatives contraires, les autorisations d'occupation du domaine public portuaire ont un caractère personnel et ne sont pas cessibles »²⁸⁶. Cette solution découle logiquement du principe d'inaliénabilité du domaine public.

Cependant, la reconnaissance de droits réels sur le domaine public autorise la transmission des droits attachés au titre d'occupation sous certaines conditions très restrictives. Il convient de noter que la possibilité de cession du droit est relative, car limitée à la durée du titre, et soumise à l'agrément préalable de l'administration.

Quel que soit le mode de transmission envisagé, la cession n'est possible qu'à « une personne agréée par l'autorité compétente » (art. L34-2, al. 1er, et art. R57-7 et R57-8 du code du domaine de l'Etat). Ce contrôle, qui porte essentiellement sur la compatibilité de la nouvelle utilisation avec l'affectation du domaine public portuaire, a pour effet notable de relativiser l'hypothèque dont bénéficie le créancier.

Ces dispositions concernent tant les transmissions entre vifs, par succession, la réalisation de la garantie résultant d'une hypothèque, les mesures conservatoires ou les mesures d'exécution forcée sur les droits et biens visés (art. L34-2, al. 4), que les prises de participation dans la société titulaire. Le principe de la délivrance intuitu personae du titre est totalement épargné par la réforme de 1994, à une exception près : un silence de trois mois de l'autorité concédante équivaut à un agrément tacite. Mais un agrément exprès reste requis dans tous les cas pour modifier l'utilisation de l'immeuble.

Le régime espagnol, proche du régime français, n'écarte pas non plus totalement le risque de voir survenir un blocage lorsqu'il s'avère périlleux ou difficile d'agréer un tiers susceptible de substituer l'occupant défaillant. La loi espagnole²⁸⁷ prévoit deux types de titres d'occupation privative. Jusqu'à une durée de trois ans, si l'occupation n'a pas d'emprise sur le sol, s'applique un régime simplifié où la cession inter vivos est prohibée. Dans le cas contraire, le titre est constitutif de droits réels. Il pourra être transmis, après accord préalable de l'autorité portuaire, le nouveau titulaire se substituant alors à l'ancien dans ses droits et obligations.

Lorsque la transmission est volontaire, le contrôle de l'autorité portuaire est essentiellement de deux ordres. D'une part, le nouveau titulaire doit réunir les conditions légales exigées pour l'exercice de l'activité. D'autre part, la transmission ne doit pas avoir pour effet de placer le bénéficiaire dans une situation de position dominante qu'il pourrait être amené à exploiter abusivement.

Lorsque la cession est forcée, l'autorité portuaire peut résilier la convention dans un délai de trois mois. Si elle ne le fait pas et que le bénéficiaire réunit les conditions légales, elle est liée par la cession. Si ces conditions légales ne sont pas réunies, elle refuse néanmoins son agrément, à charge pour le nouveau titulaire de transférer son titre à une personne habilitée, dans un délai de 12 mois.

On le voit, le contrôle a priori de la loi française fait place ici à un contrôle a posteriori : la cession est réputée acquise dès lors que l'autorité portuaire ne s'y oppose pas.

La cession de parts de la société dont l'activité principale est l'exploitation de son titre est également placée sous le contrôle de l'autorité portuaire, dès lors que l'opération envisagée est susceptible d'influencer effectivement la gestion ou le contrôle de cette société. Ici encore, ce sont les processus de concentration qui sont visés.

L'autorité portuaire contrôle enfin la constitution d'hypothèques et autres sûretés portant sur le titre d'utilisation du domaine public portuaire.

Le régime espagnol tend donc vers une cessibilité de principe des droits du titulaire de l'occupation, qui ne peut être limitée qu'à la lumière de critères objectifs.

Ces limitations strictes de la loi française expliquent pourquoi certains investisseurs refusent encore de s'implanter sur le domaine public portuaire. On ne peut nier en effet que les droits réels résultant de la loi du 25 juillet 1994 confèrent aux investisseurs une garantie moins étendue que ceux consacrés par le droit civil.

C - Droits réels et possibilité de recourir à la main d'œuvre docker

La jurisprudence récente²⁸⁸ a défini le champ d'application géographique de la priorité d'embauche des dockers, et précisé les dispositions pour le moins imprécises de l'article R511-2 du code des ports maritimes, selon lequel : « En application du dernier alinéa de l'article L511-2, dans les ports figurant sur la liste prévue à l'article L511-1, les opérations de chargement et de déchargement des navires et des bateaux aux postes publics sont, sous les réserves indiquées à l'alinéa ci-après, effectuées par les ouvriers dockers appartenant à l'une des catégories définies à l'article L511-2. Il en est de même des opérations effectuées dans des lieux à usage public (terre-

²⁸⁶ CE 6 novembre 1998, Association amicale des bouquinistes des quais de Paris, req. n°171317

²⁸⁷ Ley n°48/2003 du 26 novembre 2003, BOE, n°284 du 27 novembre 2003, art. 117

²⁸⁸ TGI La Rochelle 28 mars 2000, DMF, mai 2001, n°615, p. 432, note L. Borderaux

pleins, hangars ou entrepôts) situés à l'intérieur des limites du domaine public maritime, et portant sur des marchandises en provenance ou à destination de la voie maritime.

Par dérogation aux dispositions qui précèdent, peuvent être effectuées, sans avoir recours à la main-d'oeuvre des ouvriers dockers, les opérations suivantes : déchargement ou chargement des bateaux fluviaux par les moyens du bord ou par le propriétaire de la marchandise au moyen des personnels de son entreprise ».

En effet, les « lieux à usage public » du domaine public maritime, sur lesquels s'applique la priorité d'embauche des dockers, sont mal définis. Le juge en fait donc logiquement une interprétation restrictive et, estimant que l'octroi de droits réels transmet à l'occupant les « droits et prérogatives du propriétaire », il exclut les dépendances incluses dans un titre constitutif de droits réels, des lieux à usage public. Par conséquent, la priorité d'embauche des dockers ne trouve pas à s'appliquer sur les portions du domaine public portuaire qui font l'objet d'une occupation constitutive de droits réels. C'est notamment le cas, comme en l'espèce, dans le cadre d'une convention d'exploitation de terminal.

Une note ministérielle du 8 novembre 2003 est venue insister sur l'interprétation stricte devant être donnée à la priorité d'embauche²⁸⁹.

Cette approche doit cependant être nuancée par certaines pratiques locales visant à faire prévaloir une interprétation extensive de la priorité d'embauche. Au Havre, par exemple, la réforme s'est heurtée à un rapport de force plutôt hostile à la libéralisation du travail portuaire. En septembre 1999, un véritable conflit est né entre les dockers et les usagers du port sur le dossier du « brouettage » et des manutentions sous hangars privés. Le syndicat des dockers du Havre a par ailleurs revendiqué le monopole du travail sur le parc logistique du pont de Normandie²⁹⁰.

§ 3. Le financement par crédit-bail des investissements privés sur le domaine public portuaire

A - Le mécanisme du crédit-bail

Le recours au crédit bail, pour les titulaires de titres d'occupations constitutifs de droits réels dans les ports de plaisance, est rendu possible par l'article L34-7 du code du domaine de l'Etat, mais il est soumis à des conditions strictes. L'opération projetée doit être conforme à la destination du domaine occupé, et les ouvrages ou installations ne doivent pas être affectés à un service public ou aménagés à cet effet.

Le crédit-bail constitue une forme particulière de louage qui provient des Etats-Unis (leasing) : l'utilisateur désireux de disposer d'un bien d'équipement professionnel, qu'il ne veut ou ne peut pas payer comptant, le fait acheter par l'entreprise de crédit-bail, qui le lui loue pour une période correspondant à la durée normale de l'amortissement ; au terme de cette période, l'utilisateur peut soit acheter le bien pour une valeur résiduelle déterminée au début de l'opération, soit le restituer, soit demander le renouvellement de la location pour un loyer plus faible. Le crédit-bail est donc une location destinée à faciliter un financement.

Le montage juridique prend souvent la forme d'une promesse synallagmatique de bail avec mandat d'acheter, puis d'un achat suivi d'un louage et une promesse unilatérale de vente assortie, le cas échéant, d'une vente²⁹¹. Dans ce système, le droit de propriété du crédit-bailleur sur l'ouvrage projeté constitue la garantie du crédit, c'est pourquoi ce mécanisme a longtemps semblé en contradiction avec le principe d'inaliénabilité du domaine public. Les avantages sont toutefois nombreux. Une grande souplesse est apportée au montage financier, laissant par exemple au preneur la possibilité de ne pas acquérir le bien à l'issue du contrat. Dans l'hypothèse où les équipements portuaires seraient financés de cette manière, c'est ainsi le problème de leur obsolescence qui se trouverait être en partie résolu²⁹².

L'opportunité ouverte de financer des investissements par crédit-bail constitue un signe fort d'invitation adressé aux entreprises privées pour une implantation sur le domaine public portuaire, dans l'intérêt des autorités portuaires.

B - L'encadrement du crédit-bail sur le domaine public

²⁸⁹ Le marin, 13 févr. 2004, p. 9

²⁹⁰ Le marin, 8 oct. 1999, p. 4., JMM, 24 sept. 1999, p. 1981. ; C. Garnier in La Tribune, 23 sept. 1999, p. 15 ; 5 oct. 1999, p. 22 ; 29 oct. 1999, p. 27 ; Y. Gaubert, « La Rochelle : jusqu'où va le monopole des dockers ? », Le marin, 10 mars 2000, p. 8 ; « Dockers de La Rochelle : le médiateur au travail », Le marin, 19 avr. 2002, p. 16 ; S. Chégaray, « Boulogne : la manutention toujours sur la sellette », Le marin, 3 mars 2000., Ord. sur req. du président du TGI de Boulogne-sur-mer, n°2000/29

²⁹¹ M. Giovanoli, Le crédit-bail (leasing) en Europe, Litec 1980 ; J.-P. Chanet, « Possibilités et perspectives de financement des équipements publics en crédit-bail », in Le financement des équipements publics de demain, sous la direction de G. teryn et R. Prud'homme, Economica 1986, p. 356-377 ; E.-M. Bey, « Le droit de propriété dans le crédit-bail », RJDA 1991, p. 87

²⁹² G. Jestin, Le financement des grands équipements collectifs : RF fin. publ. 1988, p. 149

Les possibilités pour l'occupant de financer ses installations par le crédit-bail sont toutefois très encadrées. Comme le relève J.-F. Brisson, un sentiment de défiance s'est répandu à l'égard de la généralisation de la pratique du crédit-bail, sentiment que le Conseil constitutionnel a formulé dans sa décision du 26 juin 2003²⁹³.

En effet, le recours au crédit-bail est limité par la loi aux immeubles non affectés à un service public, et non affectés à l'usage direct du public, « exécutés pour une personne publique » par une personne privée « dans un but d'intérêt général » (art. L34-7, al. 1er). En résumé, ce recours est essentiellement réservé aux installations destinées à l'usage privé de l'utilisateur.

Certes, un élément de souplesse vient dans le dispositif élargir opportunément l'usage de cette technique de financement. L'agrément préalable de l'autorité portuaire pour engager une procédure de crédit-bail n'est pas requis lorsque le crédit-bail est utilisé par des investisseurs privés pour des investissements privés. Cependant, si survient la cession du droit réel au crédit-bailleur, alors dans ce cas, le pouvoir d'agrément resurgit, et l'accord du gestionnaire du domaine doit être recueilli avant l'opération, en application de l'article L34-2, alinéa 1er.

L'exclusion absolue du recours au crédit-bail pour le financement des équipements publics a été sévèrement critiquée par une doctrine autorisée. Il est vrai en effet que le risque intrinsèque du crédit-bail réside dans ce que le service soit rompu, du fait de la résiliation du contrat. Cependant, « l'étendue de l'interdiction de recourir au crédit-bail comporte une part significative d'incertitude compromettant la sécurité juridique à laquelle tout investisseur peut prétendre. Il ne faut pas multiplier les contraintes juridiques, d'autant que parfois elles ne sont pas justifiées. Aujourd'hui, les zones industrielles portuaires supportent des sujétions en particulier en matière d'urbanisme et de protection de l'environnement, il ne faut pas y ajouter des obstacles domaniaux uniquement fondés sur le respect de principes théoriques »²⁹⁴.

S'il est permis de croire en la légitimité des exigences de continuité du service, il n'en demeure pas moins que le mécanisme du crédit-bail est une autre illustration évidente de la difficulté de dégager un équilibre stable entre l'investissement et le service.

Selon les termes mêmes de G. Rebufat et R. Rezenhel, « les opérateurs privés occupant le domaine public portuaire et le gestionnaire de celui-ci ont des intérêts réciproques²⁹⁵. En permettant la reconnaissance des droits réels au profit des occupants dans les ports (...), les pouvoirs publics améliorent l'équilibre dans le partenariat 'public-privé', mais des efforts restent à faire. La liberté de cession des autorisations domaniales et la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public constitueraient des progrès importants »²⁹⁶.

Sous-section 2 - La relativité du pouvoir de résiliation des titres d'occupation

L'occupation du domaine public est toujours précaire et révocable, et quelle que soit la durée prévue dans l'acte ou la convention, il peut y être mis fin à tout moment de manière anticipée. La notion de « retrait » est surtout utilisée dans le cadre de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public ou de celui de la concession d'outillage public accordée à une personne morale de droit public.

Ce pouvoir emporte parfois une conséquence particulièrement inéquitable : l'absence de lien conventionnel entre les occupants successifs du domaine public amène le gestionnaire de celui-ci à prendre possession sans indemnité des ouvrages réalisés par le précédent occupant pour les mettre à la disposition de son successeur. En ce sens, les concessions d'outillage public peuvent faire l'objet d'un « rachat », modalité particulière de résiliation de la concession. Le cas échéant, la résiliation, prononcée sans faute de l'occupant, est assortie d'une indemnisation. Le rachat fait partie des pouvoirs domaniaux évoqués plus haut, qui interviennent pour permettre à l'autorité portuaire de garder la maîtrise de l'organisation des services publics portuaires. Rachat et résiliation constituent des circonstances qui mettent fin à l'occupation du domaine public.

§ 1. L'indemnisation du titulaire évincé avant terme

En l'absence d'un droit à l'indemnisation des occupants évincés, le risque en cas de retrait anticipé de leur titre était de ne pas pouvoir amortir leurs investissements.

Jusqu'à la loi de 1994, les possibilités d'indemnisation de l'occupant dont le titre a été « retiré », c'est-à-dire abrogé, étaient minces. Le dispositif ancien²⁹⁷ prévoyait qu'en principe le titulaire d'une autorisation domaniale

²⁹³ Cons. const. 26 juin 2003, n°2003-473 DC, cité par J.-F. Brisson, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public », AJDA, 2005, p. 591

²⁹⁴ R. Rezenhel, « La liberté de gestion du domaine des ports autonomes », DMF, juin 2000, n°605, p. 588

²⁹⁵ C. Mamontoff, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, Collect. Logiques juridiques, éd. L'Harmattan, 2003, p. 428 et s., cité par R. Rezenhel (note suivante)

²⁹⁶ G. Rebufat, R. Rezenhel, *La domanialité publique dans les ports de plaisance et la reconnaissance des droits réels*, DMF, 2005

²⁹⁷ CE Ass. 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c. Sté Menneret, Rec. CE, p. 217 ; AJDA, 1968, p. 348, concl. J. Théry ; chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint-Marc, p. 574

ne pouvait prétendre à une quelconque indemnisation dès lors que l'abrogation avait été décidée dans l'intérêt de la dépendance occupée.

Il a été jugé en effet que « le retrait ou la modification d'une permission d'occupation du domaine public n'ouvre droit à aucune indemnité au profit du permissionnaire évincé, dès lors que ce retrait repose sur un motif légitime »²⁹⁸. Si le retrait de l'autorisation intervient dans l'intérêt du domaine occupé, aucun droit n'est reconnu à l'occupant. Si le retrait intervient dans un intérêt public autre que celui du domaine, c'est la collectivité bénéficiaire du retrait qui doit indemniser l'occupant évincé.²⁹⁹ L'éviction peut également donner lieu à la réparation du préjudice subi par les occupants concernés lorsqu'elle est justifiée par la réalisation d'un ouvrage nouveau³⁰⁰. Cependant, le Code du domaine de l'État a atténué la sévérité de la solution jurisprudentielle en décidant dans l'article A26, alinéa 2, qui résulte d'un arrêté ministériel du 30 juillet 1970, que l'acte d'autorisation pouvait prévoir, en cas de « retrait » avant terme de l'autorisation pour un motif d'intérêt général, l'indemnisation de l'occupant lorsque l'édification de constructions ou d'installations d'intérêt général à laquelle il a été procédé, a été expressément agréée par l'autorité gestionnaire du domaine.

Les conditions de la résiliation comme sanction n'ont pas été modifiées par la réforme de 1994. Il faut rappeler toutefois qu'en l'absence de faute grave, le retrait d'une concession pour non-respect de certaines conditions du cahier des charges par le concessionnaire, n'exclut pas nécessairement le droit à indemnité au profit de ce dernier³⁰¹.

Le nouveau dispositif, orienté vers les investisseurs privés potentiels, va dans un sens favorable à l'occupant. L'indemnisation est due même en cas d'abrogation régulière de leur titre pour des motifs d'intérêt général. Le principe de l'indemnisation de l'occupant est généralisé, quelles que soient les stipulations de son titre d'occupation. L'article L34-3, alinéa 3, du code du domaine de l'État, dispose qu'« en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée ». Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation, sans bien sûr que celui-ci puisse affecter le principe même de l'indemnisation. Enfin, les droits des créanciers régulièrement inscrits seront reportés sur l'indemnité éventuelle. Il est également prévu que les créanciers inscrits seront avisés deux mois avant un « retrait » de l'autorisation pour inexécution de ses clauses et conditions afin qu'ils puissent, le cas échéant, proposer un occupant de substitution à l'agrément de l'autorité compétente (art. L34-3, al. 4).

Ce système cherche donc à rassurer les créanciers-investisseurs qui, dans l'hypothèse d'une abrogation du titre, pourraient se retrouver démunis face à un occupant-débiteur privé de toute indemnisation.

§ 2. Une procédure encore unilatérale

Néanmoins, les conditions procédurales de l'abrogation des titres d'occupation n'ont pas été substantiellement affectées par la réforme, bien qu'une évolution soit en cours.

Or, le régime de l'indemnisation n'est parfois ni satisfaisant, ni suffisant.

Il ne résulte d'aucun principe général du droit que le gestionnaire du domaine public doit respecter une procédure contradictoire lorsqu'il prend dans l'intérêt de ce domaine une mesure qui ne revêt pas le caractère d'une sanction³⁰².

Le juge administratif s'est longtemps limité à un contrôle restreint du motif d'intérêt général fondant la résiliation. J.-H. Stahl remarque que « Les actes de gestion du domaine public sont, au sein des actes administratifs, sans doute parmi ceux qui sont le plus marqués par les prérogatives de puissance publique : les occupations privatives ne peuvent qu'être précaires ; elles sont révocables unilatéralement afin de permettre à l'autorité domaniale de prendre les mesures nécessaires à la conservation et à la bonne utilisation du domaine »³⁰³.

En effet, le retrait doit être justifié soit dans l'intérêt du domaine public, soit pour un motif d'intérêt général³⁰⁴, sans que la réalité concrète de ce motif ne soit examinée.

Un autre exemple d'effet pervers de la résiliation est donné par la situation du sous-traitant d'un occupant du domaine public. Celui-ci est directement affecté par la précarité de l'occupation dudit domaine. Il a été jugé qu'en l'absence d'engagement formel d'exclusivité au profit d'un réparateur de conteneurs, l'opérateur de manutention portuaire titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, peut mettre fin à l'autorisation

²⁹⁸ CE 26 janvier 1994, M. et Mme Dussel, req. n°128409

²⁹⁹ CE Ass. 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c. Menneret, préc.

³⁰⁰ CE 18 novembre 1959, Secrétaire d'Etat aux Travaux publics c. EDF, Lebon p. 1143

³⁰¹ CE, 24 novembre 2003, Sté Le Cadoret, req n°250436, Juris-Data n°2003-066155

³⁰² CE 16 juin 1995, Achache et a., n°145085, Juris-Data n°1995-043335 ; Rec. CE 1995, tables, p. 782

³⁰³ Concl. sous CE 26 mars 1999, Société EDA, Lebon p. 96 ; AJDA 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl et note M.

Bazex

³⁰⁴ CE 17 juin 1953, Cts Liguori, Lebon, 1953, p. 288 ; CE, 29 mai 1968, Lhomme, Rec. CE, 1968, p. 337, comme par exemple la protection d'un site : CE, 13 juill. 1951, SA Nouvelle jetée promenade de Nice, AJDA 1951, p. 458

d'occupation qu'il a lui-même délivrée audit réparateur, sans que celui-ci puisse invoquer une situation de dépendance économique caractérisée³⁰⁵.

Pourtant, assortie de certaines garanties procédurales, la décision de l'autorité portuaire perdrait son caractère arbitraire, et par là le risque lié à l'occupation du domaine public portuaire, son caractère décourageant.

Un délai raisonnable et adéquat, calculé en fonction de la nature de l'activité, pourrait être laissé aux entreprises pour faire face à la situation nouvelle à laquelle elles sont confrontées. Le délai de deux mois prévu à l'article R57-6 du code du domaine de l'Etat ne s'applique qu'aux titres constitutifs de droits réels et ne semble pas prendre en compte certaines situations particulières. De même, un processus de conciliation pourrait être engagé avec l'entreprise. Une telle rencontre serait de nature à préserver le droit de l'occupant et à lui permettre de formuler ses observations, pour peut-être éviter un contentieux et convenir avec le titulaire évincé d'un plan de conversion ou de réinstallation de l'entité dans des conditions satisfaisantes. Il est vrai qu'une simple indemnisation ne satisfait pas toujours l'occupant, qui préférerait voir perdurer son affaire.

On conviendra aisément avec J.-C. Hélin que dans ces circonstances « le pouvoir de mettre fin par anticipation à une autorisation domaniale n'est [pas] un engagement à l'aveugle du cocontractant quant à l'utilisation que l'administration ferait de ce pouvoir et quant à la durée réelle de l'autorisation dont il bénéficie »³⁰⁶. L'intérêt général invoqué comme motif de résiliation anticipée devrait faire l'objet de la part du juge d'un examen scrupuleux. Le Tribunal administratif de Papeete s'est récemment engagé sur cette voie et, à son instar, la juridiction compétente en matière de domaine public devrait veiller à contrôler avec beaucoup de rigueur « non seulement l'existence d'un intérêt général seul susceptible de justifier légalement une résiliation anticipée, mais également sa consistance et son adéquation à la mesure de résiliation ». Le tribunal a vérifié d'abord la réalité du projet du port, avant de procéder à un contrôle du bilan coût/avantage (« coût financier, (...) inconvénients d'ordre social (...), atteinte à d'autres intérêts publics »)³⁰⁷. Ce type de contrôle, « augure la disparition de fait du principe de précarité des autorisations d'occupation temporaire, et ouvre la voie à un régime plus protecteur de l'occupant ».

Les avantages d'un tel régime tiennent à la stabilité conféré au titulaire du droit d'occupation, proche de celle prévue par le droit civil, l'administration ne pouvant se réapproprier l'usage du bien que par exception et sous condition. Cette approche pourrait contribuer à concilier convenablement les préoccupations des deux parties.

Il convient de rappeler enfin qu'un tel dispositif ne serait pas attentatoire aux impératifs liés à la protection du domaine public dans la mesure où le régime de la résiliation de l'autorisation d'occupation temporaire comme sanction serait préservé. Par exemple, puisque le régime protecteur du domaine public portuaire vise principalement à assurer la continuité des services portuaires, l'opérateur chargé d'une mission de service public qui s'avèrerait défaillant pourrait être évincé aisément par l'autorité portuaire.

Section 2 - L'encadrement du taux des redevances domaniales

Sous-section 1 - La fixation des redevances domaniales

Les principes régissant la détermination des redevances d'occupation portuaire relèvent du droit commun des redevances domaniales.

Les redevances liées à l'octroi de concessions sont longtemps restées un instrument d'incitation économique à l'activité portuaire, perçue à juste titre comme d'intérêt national et, de ce fait, comme un service public. En conséquence, le taux de ces redevances était calculé en fonction du coût marginal de la mise à disposition de l'espace portuaire, et de l'avantage concurrentiel qu'il est projeté d'octroyer à l'opérateur de service public. Il n'était donc pas tenu compte du risque d'aide indirecte au sens du droit de la concurrence et du risque de placer d'autres opérateurs dans une position très défavorable, du caractère très rémunérateur de certaines activités concédées, et de la nécessité de faire évoluer la redevance en fonction de l'évolution de l'activité.

La notion d'aide indirecte et la nécessité de valoriser le domaine public portuaire tendent à faire reculer cette pratique. Selon l'article R56 du code du domaine de l'Etat, toute redevance stipulée au profit du Trésor « doit tenir compte des avantages de toute nature procurés aux concessionnaires »³⁰⁸. Selon une jurisprudence constante, la mise en oeuvre de ce principe conduit à ce que le montant de la redevance soit calculé en fonction de deux critères, qui peuvent jouer alternativement ou cumulativement : la valeur locative de la dépendance domaniale³⁰⁹

³⁰⁵ Cass. com. 10 déc. 1996, Sté Somaba, arrêt n°2082

³⁰⁶ J.-C. Hélin, note sous TA Papeete 15 octobre 2003, AJDA 2004, Jurisprudence, p. 1029

³⁰⁷ TA Papeete 15 octobre 2003, note J.-C. Hélin, AJDA 2004, Jurisprudence p. 1029

³⁰⁸ Décret n°69-137 du 6 février 1969, art. 1, Journal Officiel du 7 février 1969

³⁰⁹ CE 7 mai 1980, SA Les marines de Cogolin, Lebon, p. 215

mais aussi « la valeur des avantages de toute nature » que le bénéficiaire peut retirer de l'occupation. Ce dernier critère justifie notamment la prise en compte du chiffre d'affaires et des bénéfices dont l'occupation du domaine doit permettre la réalisation.

Les redevances ont acquis un caractère économique³¹⁰ au moment où l'élément variable s'est imposé à côté de l'élément fixe. Néanmoins, parallèlement, le contrôle du juge sur le niveau de la redevance s'est amenuisé, substituant au contrôle normal³¹¹ un contrôle restreint, limité « à l'erreur manifeste d'appréciation » dans la mesure des critères de calcul et la fixation du taux³¹².

Le pouvoir de fixer le barème des taux de redevance reste toutefois encadré. Le juge veille à ce que les tarifs des redevances domaniales ne présentent pas un caractère discriminatoire ou disproportionné lorsque les conditions d'occupation sont à peu près identiques³¹³. De plus, la fixation des redevances doit désormais respecter les principes du droit de la concurrence tant communautaire qu'interne³¹⁴, une redevance fixée à un niveau inférieur au prix du marché pouvant constituer une aide d'Etat. Sur cette exigence de transparence financière, la Commission avait déjà eu l'occasion de ce prononcer en 1987³¹⁵.

Si l'article 33 du code du domaine de l'Etat autorise le gestionnaire à réviser les conditions financières de l'occupation, le gestionnaire d'un port de plaisance ne peut pas remplacer unilatéralement un titre d'occupation par un autre, dans le seul but de soumettre l'occupant qui bénéficiait d'une redevance annuelle, à une redevance mensuelle d'un taux plus élevé³¹⁶.

Le taux ne peut pas intégrer des travaux étrangers au domaine sur lequel porte le titre d'occupation³¹⁷. Les conditions financières de la redevance peuvent être révisées administrativement à l'expiration de chaque période stipulée pour son paiement, nonobstant toute disposition contraire de l'acte d'autorisation ou de concession.

Sous-section 2 - Le recouvrement de la redevance domaniale

Les redevances d'occupation du domaine public portuaire sont dues dès qu'il y a occupation privative du domaine public portuaire, du plan d'eau, et n'ont pas de caractère fiscal³¹⁸. Elles ne constituent pas un loyer, mais la contrepartie du droit d'occuper le domaine public. En ce sens, un port autonome ne peut en théorie faire valoir de privilège d'aucune sorte auprès d'un occupant en difficulté. Cette situation est regrettable pour le port autonome car, en cas de procédure collective, sa qualité de créancier chirographaire le met en position de ne jamais recouvrer sa créance. Cette dernière hypothèse illustre parfaitement les contradictions du régime du domaine public portuaire : le régime domanial restrictif a pour effet de fragiliser la position financière des occupants, jusqu'à aboutir à une situation éminemment paradoxale, violemment déplorée par la Cour des comptes³¹⁹. Les ports autonomes sont en effet amenés à intervenir pour sauvegarder ces activités, procédant à une véritable « mise sous perfusion » des opérateurs. La méthode adoptée est celle du non recouvrement de leurs créances, notamment domaniales. Le régime domanial, dont la vocation est justement de protéger le service public portuaire, se trouve être à l'origine de deux effets pervers incontournables qui immobilisent les autorités portuaires. D'une part, les autorités portuaires sont entraînées à soutenir des occupants qui n'ont aucune solidité, au risque de supporter des responsabilités qui incombent aux opérateurs privés. D'autre part, elles s'exposent de fait à la censure juridictionnelle, en ce que leur libéralité s'interprète comme une aide d'Etat. Pour finir, le délabrement financier des opérateurs (des opérateurs de manutention) se répercute sur les ports autonomes qui, dans la suite logique de ce processus, ne peuvent rien récupérer de la disparition d'un occupant. Ce « cercle vicieux domanial » ne cause pas un préjudice au seul occupant : il entraîne à sa suite l'autorité portuaire. Ces deux intervenants ont donc un intérêt commun, et cet exemple met en lumière que ce qui renforce l'un, est susceptible de renforcer l'autre.

La Cour des comptes estimait en 1998 à 205,5 millions de francs anciens, soit plus de 30 millions d'euros, la créance des ports autonomes sur les entreprises de manutention.

Conclusion

De l'arbitraire à l'arbitrage : la lente marche vers la régulation ?

³¹⁰ Jean Dufau, *Le domaine public*, Le Moniteur, coll. L'actualité juridique, 4e éd., 1993, tome II, p. 231 et s.

³¹¹ CE 10 février 1978, *Ministre de l'Economie c/ Scudier*, Lebon, p. 66

³¹² CE 28 juillet 1999, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, Lebon, p. 255

³¹³ CE 8 juillet 1996, *Merie*, Lebon, p. 272

³¹⁴ TPICE 12 décembre 2000, aff. T-128/98

³¹⁵ Commission 11 février 1987, décis. n°85/515/CEE, JOCE n°L295 du 20 octobre 1987, p. 25

³¹⁶ CE 12 octobre 1994, *Visconti*, Lebon, p. 442

³¹⁷ CE 25 novembre 1994, *Cne de Bouillante*, req. n°116148

³¹⁸ CE 29 novembre 2002, n° 219244, AJDA 2003, p. 1016

³¹⁹ Cour des comptes, *La politique portuaire française*, Rapport public, 1999

<http://www.ccomptes.fr/Cour-des-comptes/publications/rapports/politique-portuaire/pportuaire14.htm>

Plusieurs points semblent devoir ressortir de cet exposé.

Un point qui n'est pas contesté : l'utilité d'envisager le port comme une entité intégrée, malgré la multiplicité des acteurs qui participent à son développement, et en dépit de l'approche parcellaire du droit communautaire³²⁰. En revanche, un autre apparaît comme une urgente nécessité : enrayer le processus auto-alimenté de l'intervention publique au nom d'un service public indéfini, à travers la mise au point d'un régime portuaire revêtu de l'autorité et de la solidité de la loi, comportant un volet domanial spécifiquement orienté vers la recherche d'un équilibre dynamique et constructif. Hubert Hubrecht relève à ce sujet que « la logique dominante est désormais celle d'un régime législatif adapté à chaque type de biens appartenant à chaque catégorie de personnes publiques », le critère de l'affectation au service public demeurant comme un « ultime filet protecteur », un droit commun du domaine public³²¹.

Par ailleurs, il est clair que l'outil domanial s'est mué en un formidable instrument d'intervention économique en matière portuaire, intervention coûteuse dont souhaitent aujourd'hui se désengager les pouvoirs publics ; en ne laissant subsister qu'un « noyau dur »³²² de service public, apte à assurer la continuité et la mutabilité des fonctions essentielles du port, les services portuaires étant assumés par le secteur privé. Ces fonctions essentielles envelopperaient les activités portuaires sans les ceinturer.

Par conséquent, la même question est posée par deux formulations différentes : celle de la nécessité de réduire la consistance du domaine public portuaire tel qu'on l'entend aujourd'hui (ou aménager des régimes différenciés, plusieurs domaines publics portuaires, chacun plus ou moins protecteur, ce qui équivaut à la même chose). La problématique transversale de l'adaptation du régime du domaine public portuaire aux nouveaux enjeux économiques se pose aussi à la lumière des vertus de ce régime, qui peut permettre, bien employé, d'assurer un dynamisme sans équivalent. L'inaliénabilité est utile, et sans être réduite à néant, elle peut être redéfinie. De même, les marges du domaine public portuaire, son cadre, gagneraient à être enfin précisés. L'autorité portuaire pourrait légitimement, sans s'aliéner le financement privé, mettre en œuvre l'outil domanial avec, en amont de ses décisions, la définition de l'intérêt général qu'une bonne utilisation du domaine public portuaire doit aboutir à satisfaire et, en aval, le contrôle du juge, ultime arbitre. Le cœur du régime domanial portuaire est celui du droit commun, compact, solide, utilisable, mais entouré d'éléments flottants en trop grand nombre.

L'enjeu est bien de travailler à maintenir un régime domanial dérogatoire pour conserver dans le giron public une infrastructure aussi essentielle pour les opérateurs que pour la collectivité. L'infrastructure est essentielle en ce qu'elle répond aux besoins généraux de tous avec efficacité, et non pas à des besoins spéciaux exprimés exclusivement par des opérateurs qui se seraient appropriés l'équipement. Le Code des propriétés publiques, encore à l'état de projet, y contribuera peut-être.

L'autorité portuaire a donc bien quelque chose à protéger, et un outil juridique pour l'y aider ou l'y contraindre. Néanmoins, le mode d'utilisation de cet outil doit être compatible avec l'intérêt du port, plateforme économique ouverte. Il doit donc connaître des limites strictes interdisant tout acte arbitraire de la part du gestionnaire domanial. L'insuffisance d'un service essentiel, le besoin de service public comme palliatif aux défaillances du marché semble être un bon critère de démarcation pour définir l'exact niveau d'implication économique de l'autorité portuaire. Pour le reste, c'est de l'arbitrage domanial dont peuvent procéder l'équité et la légitimité dans l'utilisation du domaine public portuaire.

Un régime domanial arbitré, équivaut à ce que le foncier reste à la disposition de la stratégie portuaire, tout en responsabilisant l'autorité portuaire, face aux occupants privés qui ne sont pas dépourvus de droits. C'est une première piste pour remédier à « l'archaïsme de la domanialité publique au regard du monde économique contemporain. »³²³.

Pour aller plus loin, il faut répondre à une question sous-jacente : est-ce qu'il y a lieu de parler non plus d'arbitrage domanial, mais de régulation d'une infrastructure essentielle, comme on fait en matière de réseaux ? Et à quel niveau placer l'organisme régulateur ? On peut regarder la régulation avec P. Sablière comme l'« ensemble des règles qui permettent de discipliner une activité de telle sorte que, s'agissant d'une activité publique, celle-ci prenne en compte, de façon équilibrée, l'intérêt général et l'intérêt particulier »³²⁴, ou, avec J.-Y. Chérot, comme « la mise en place d'institutions et de règles destinées à assurer l'équilibre d'un système instable, d'un secteur, d'un ensemble économique complexe en tentant d'intégrer la durée, l'effet d'apprentissage et un certain jeu »³²⁵.

On a appliqué jusqu'ici ce modèle à des réseaux relativement matérialisables. Il est malaisé de parler de régulation quand le support portuaire n'est pas un réseau, mais un amas de réseaux, dont chacun prend la forme d'une catégorie d'utilisateurs. Le port est différent pour chaque type d'opérateurs. Les réseaux classiques,

³²⁰ La CJCE ne s'est pas prononcée sur la qualification de l'organisation d'ensemble, dont relève directement le pouvoir domanial, que représente un port maritime. La globalité du port n'est pas prise en compte, prévaut plutôt une approche segmentaire, faite de qualifications isolées de certaines activités ou de certaines fonctions du port.

³²¹ H. Hubrecht, « Faut-il définir le domaine public et comment ? », AJDA 2005, p. 599

³²² Colloque « Domaine public et activités économiques », CJEG, octobre 1991, H.-S., p. 15

³²³ Actes du colloque « L'implantation des entreprises privées sur le domaine public affecté aux transports », DMF, juillet août 1999, n°595, p. 681

³²⁴ P. Sablière, Libre propos sur les notions de réglementation tutelle et régulation dans les rapports entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, CJEG, 1997, p. 1

³²⁵ J.-Y. Chérot, Droit public économique, Economica, Paris, 2002, p. 13

régulés, sont unidimensionnels. Le réseau portuaire, s'il est identifiable, est multidimensionnel. Il revêt autant d'aspects qu'il abrite d'intérêts qui ne se rencontrent qu'à l'occasion. Nous parlions tout à l'heure du double visage du domaine public portuaire, il faut craindre que ce ne soit largement sous-estimé.

Bibliographie

I / TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

Bécet J.-M. et Rezenhel R.
Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral : PUR, 2004

Célérier A.
Les ports maritimes : PUF, 1965, coll. "Que sais-je ?"

Chapus R.
Droit administratif général : Tomes I et II, Montchrestien, 2002

Chérot J.-Y.
Droit public économique : Economica, 2002

Dufau J.
Le domaine public : composition, délimitation, protection, utilisation : Le Moniteur, 2001

Mesnard A.-H. et Rezenhel R.
Droits maritimes Tome II, Droit du littoral, droit portuaire: éd. Juris-service, 1995

Proudhon V.
Traité du domaine public : Victor Lagier, 1833

II / OUVRAGES SPECIAUX

Baudelaire J.-G.
Administration et exploitation portuaires : éd. Eyrolles, coll. "BCEOM", 1979

Bécet J.-M.
L'aménagement du littoral : PUF, 1987, coll. "Que sais-je ?"

Calderaro N.
Droit du littoral : éd. Le Moniteur, coll. "L'actualité juridique", 1993
Loi littoral et loi montagne : éd. EFE, 1998

Coulombié H. et Redon J.-P.
Le droit du littoral, domaine public maritime, la loi littoral, les ports maritimes : Litec, 1992

Cour des comptes
Application de la loi du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes : Rapport pour 1990
La politique portuaire française : Rapport pour 1998

Gueguen G.
Vers une politique portuaire commune : Mémoire de DEA de droit communautaire, oct. 1993, Université de Rennes II

Lannes J.
Les contraventions de grande voirie : éd. L'actualité juridique, 1971

Maurize B.
Les ports maritimes, rapport présenté devant le Conseil économique et social : JOCES 1983, n° 18, p. 8

III / THESES ET MEMOIRES

Bogeron-Picq A.
L'autonomie des ports maritimes de commerce, son application à Bordeaux : Bordeaux, 1933

- Bordereaux L.
Service public et manutention portuaire : Nantes, 1999
- Chakir A.
Le régime juridique de la manutention portuaire en droit français et marocain : Lille II, 1996
- Gueguen-Hallouet G.
L'application du droit communautaire aux ports maritimes : Brest, 1999
- Haddoum K.
L'espace portuaire algérien, problèmes et perspectives : Nantes, 1997
- Humski C.
Les perspectives d'évolution du service public portuaire : Lille, 1999
- Nkounkou F.
Législations et politiques portuaires en Afrique francophone : Brest, 1992
- Redon J.-P.
La conduite des politiques publiques sur le littoral : Paris XIII, 1994
- Rezenthel R.
Le droit de construire sur le domaine maritime : Lille II, 1979
- Tierny E.
Le port maritime : lieu d'un pari libéral pour un enjeu régalien : Nantes, 2003
- Van Doesburg Ph.
L'investissement privé sur le domaine public aéroportuaire au lendemain de la loi du 25 juillet 1994 : Mémoire de D.E.A. de droit immobilier privé et public, sous la direction de M. Gérard Quiot, Nice, 1997
- B. Vente
Les polices dans les ports maritimes : Nantes, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- Yolka Ph.
La propriété publique – Eléments pour une théorie, LGDJ, 1997, préface Yves Gaudemet

IV / ARTICLES / NOTES / INTERVENTIONS

- Auby J.-M.
La décentralisation des ports maritimes. Aspect du droit privé à la fin du 20e siècle : LGDJ, éd. Montchrétien, 1986, p. 299
- Baudelaire J.-G.
Ports maritimes, service public et privatisation : Rev. transport, n° 239, mai-juin 1988, p. 289
- Blanc H.
Quelle est l'autorité de police sur le territoire d'un port : AJDA 2003, p. 1167
- Caubert A.
De la contravention de grande voirie en matière maritime : DMF 1985, p. 451
- Corruble Ph.
Le droit communautaire de la concurrence appliqué aux activités portuaires : DMF 2002, p. 68 et 160
Le droit communautaire et le financement des ports : DMF 2002, p. 274
- Dewevre-Fourcade M. et Rezenthel R.
La réforme du régime de la domanialité publique et le développement économique des ports : DMF 1995, p. 419
- Langavant E. et Rezenthel R.
Le revers de l'autonomie ou la notion de port victime : DMF 1986, p. 387
- Laubadere A. de

Les ports maritimes autonomes : AJDA 1965, chron. légis. p. 516

Le Garrec M.-Y.

Les sources internationales du droit portuaire : Journ Marine marchande 8 oct. 1993, p. 2387

La reconnaissance du statut d'ouvrier docker professionnel intermittent : DMF 2000, p. 849

Réflexions sur la Convention de Genève du 9 décembre 1923 : DMF 2001, p. 64

Réflexion sur la réglementation applicable à un service de remorquage portuaire objet d'une consultation européenne : DMF 2003, p. 341

Le Monnier de Gouville A.

Les services nautiques portuaires confrontés au droit communautaire de la concurrence : DMF 2003, p. 86

Les redevances portuaires saisies par le droit communautaire : DMF 2003, p. 607

Pestel-Debord P.

Un service commercial minimum est-il dû en cas de grève des personnels du remorquage portuaire ? : DMF 1999, p. 444

Rebufat G. et Rezenthel R.

La domanialité publique dans les ports de plaisance et la reconnaissance des droits réels : DMF 2004, p. 284

Rezenthel R.

Le régime juridique des ports départementaux et communaux : DMF 1985, p. 131

L'utilisation des ports départementaux et communaux après les lois de décentralisation : RFD adm. 1985, p. 374

L'accostage et l'amarrage des navires dans les ports maritimes : DMF 1985, p. 705

La responsabilité du concessionnaire d'outillage public : DMF 1986, p. 515

La loi "littoral" et les ports maritimes : RFD adm. 1986, p. 703

Les officiers de port et le droit communautaire : Rev. navigation, ports et industr. 1992, p. 289

Le cabotage maritime et la défense des intérêts portuaires : DMF 1991, p. 620

La desserte portuaire des pays dans littoral : Rev. navigation, ports et industr. 1992, p. 772

Les ports maritimes et la protection de l'environnement : Rev. navigation, ports et industr. 1993, p. 425 et 522

La gestion privative de terminaux dans les ports maritimes : Journ Marine marchande 3 déc. 1993, p. 2969

Le régime juridique de l'eau dans les ports maritimes : Petites affiches 3 août 1994, p. 17

Le service public portuaire : Ann. droit maritime 1995, p. 61 (t. XIII)

Le droit portuaire : une branche du droit qui s'affirme : DMF 1995, p. 939

Les autorités portuaires face aux privilèges des propriétaires de navires : DMF 1996, p. 513

Les autorités portuaires face à l'immobilisation forcée des navires : DMF 1996, p. 654

La fouille des véhicules, colis, navires... dans les zones portuaires : DMF 1996, p. 759

Les régimes portuaires dans le monde : DMF 1996, p. 1163

Les concessions portuaires : DMF 1997, p. 188, 294 et 410

Le blocage des ports et l'État de droit : DMF 1998, p. 75

Le port maritime à la recherche de son identité : Rev. Espaces et ressources maritimes, éd. Pédone, 1998, n° 12, p. 167

L'autorité portuaire et le régime juridique de la garde : DMF 1998, p. 179

L'organisation de la manutention portuaire après la réforme : Mélanges E. Langavant, p. 349, éd. L'Harmattan 1999

Quinze ans de décentralisation en matière portuaire : DMF 1998, p. 1084

Un demi siècle de droit portuaire : DMF 1999, p. 236

Les ports de plaisance et le droit communautaire : DMF 1999, p. 1033

La répartition des compétences juridictionnelles pour les litiges portuaires : DMF 2000, p. 160

L'accès au port des navires en détresse : DMF 2000, p. 276

La liberté de gestion du domaine des ports maritimes autonomes : DMF 2000, p. 588

Le droit d'amarrage pour les associés de sociétés concessionnaires de ports de plaisance : DMF 2000, p. 757

Le Code des ports maritimes, un exemple d'archaïsme juridique : Ann. droit maritime 2000, p. 321

Les voies portuaires : Ann. voirie et env. 2000, n° 54, p. 12

La répartition des compétences administratives dans les ports maritimes : Ann. voirie et env. 2000, n° 56, p. 16

Le service public portuaire sous l'emprise du droit communautaire : DMF 2001, p. 420

Le régime d'exploitation des terminaux portuaires. Mélanges P. Bonassies, p. 291, éd. Moreux

L'extension de la décentralisation des ports maritimes : DMF 2002, p. 483

Les chambres de commerce et d'industrie concessionnaires de l'outillage public portuaire : DMF 2002, p. 85

Les ports maritimes et le bicentenaire du Code civil : DMF 2004, p. 78

L'exercice des pouvoirs de police dans les ports maritimes : DMF 2004, p. 387

La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire : AJDA 2004, p. 573

Le régime juridique de la garde dans les ports de plaisance : DMF 2004, p. 751

La loi du 13 août 2004 et l'extension de la décentralisation : DMF 2004, p. 814

Triantafyllou D.

L'encadrement communautaire du financement du service public : RTD eur. 1999, p. 21.

Vende B.

La notion juridique d'autorité portuaire : DMF 2004, p. 642

Table des annexes

p. 94 - ANNEXE 1 : Arrêté du 15 octobre 2001 portant approbation des cadres types des tarifs des droits de port et des redevances d'équipement

p. 107 - ANNEXE 2 : Avis du Conseil d'Etat n°346685 du 23 janvier 1990

p. 109 - ANNEXE 3 : Arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 1956, « Le Béton »

p. 111 - ANNEXE 4 : Convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes

ANNEXES

ANNEXE 1 : Arrêté du 15 octobre 2001 portant approbation des cadres types des tarifs des droits de port et des redevances d'équipement

336-0 Journal officiel du 11 novembre 2001

1393

Arrêté du 15 octobre 2001 portant approbation des cadres types des tarifs des droits de port et des redevances d'équipement

NOR : EQUK0101542A

Le ministre de l'équipement, des transports et du logement et la secrétaire d'Etat au budget,

Vu le livre II du code des ports maritimes relatif au régime des droits de port, et notamment les articles R.* 211-9 et R.* 211-9-5,

Arrêtent :

Art. 1er. - Sont approuvés les cadres types annexés au présent arrêté suivant lesquels sont présentés les tarifs définissant les dispositions particulières à chaque port maritime pour l'institution des droits de port, des redevances d'équipement des ports de pêche, des redevances d'équipement des ports de plaisance et la fixation des taux correspondants.

Art. 2. - Les dispositions de l'arrêté du 8 mai 1980 portant approbation des cadres types des tarifs des droits de port et des redevances d'équipement sont abrogées en tant qu'elles concernent les ports maritimes.

Art. 3. - Le directeur général des douanes et droits indirects et le directeur du transport maritime, des ports et du littoral sont chargés, chacun en ce qui concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 15 octobre 2001.

Le ministre de l'équipement,
des transports et du logement,
Pour le ministre et par délégation :
Le directeur du transport maritime,
des ports et du littoral,
A. Gille

La secrétaire d'Etat au budget,
Pour la secrétaire d'Etat et par délégation :
Le directeur général
des douanes et droits indirects,
A. Cadiou

A N N E X E I

Droits de port dans le port de commerce deInstitués en application du livre II du code des ports maritimes

Tarif applicable à la date du

Section 1

Redevance sur le navire

Article 1er

Conditions d'application de la redevance

1.1. Il est perçu sur tout navire de commerce dans les zones A, B, C,du port deune redevance en euro/m3 ou en multiple de mètre cube, selon les dispositions arrêtées par l'exploitant, déterminée en application des dispositions de l'article R.* 212-3 du code des ports maritimes.

ZONES A, B, C

TYPE ET CATÉGORIES DE NAVIRES (*) Cette nomenclature peut être divisée en sous-catégories en fonction de la spécificité du type de navire	TAUX de la redevance (**)
1. Paquebots	
2. Navires transbordeurs :	
Monocoque	
Multicoque	
3. Navires transportant des hydrocarbures liquides	

4. Navires transportant des gaz liquéfiés
5. Navires transportant principalement des marchandises liquides en vrac autres qu'hydrocarbures
6. Navires transportant des marchandises solides en vrac
7. Navires réfrigérés ou polythermes
8. Navires de charge à manutention horizontale
9. Navires porte-conteneurs
10. Navires porte-barges
11. Aéroglisseurs et hydroglisseurs
12. Navires autres que ceux désignés ci-dessus (à préciser)
Autre catégorie (à préciser)
(*) N'utiliser que les mentions utiles et compléter.
(**) En application des dispositions fixées à l'alinéa 1 de l'article R*. 212-6 du code des ports maritimes.

1.2. Les différentes zones de port distinguées au 1o du présent article sont définies comme suit :

Zone A ;.....

Zone B ;.....

Zone C

1.3. Lorsqu'un même navire est amené à débarquer ou à transborder des passagers ou des marchandises successivement dans différentes zones du port, il est soumis une seule fois à la redevance sur le navire, dans celle des zones où il a accosté pour laquelle le taux est le plus élevé. Le type du navire et les modulations et abattements dont il fait l'objet sont déterminés en considérant l'ensemble des opérations de débarquement ou de transbordement effectuées par ce navire dans le port.

Des dispositions identiques sont applicables lorsqu'un même navire est amené à embarquer ou à transborder des passagers ou des marchandises, successivement dans différentes zones du port.

1.4. Lorsqu'un navire ne débarque ou ne transborde ni passagers ni marchandises, n'embarque ni passagers ni marchandises, la redevance sur le navire n'est liquidée qu'une fois.

1.5. La redevance sur le navire n'est liquidée qu'une fois à la sortie :

- lorsque le navire n'effectue aucune opération commerciale ;

- lorsque le navire n'effectue que des opérations de soutage ou d'avitaillement ou de déchargement de déchets d'exploitation ou de résidus de cargaison. Dans ce cas, elle est fixée à Euro.

1.6. En application des dispositions de l'article R.* 212-5 du code des ports maritimes, la redevance sur le navire n'est pas applicable aux navires suivants :

- navires affectés à l'assistance aux navires, notamment aux missions de pilotage, de remorquage, de lamanage et de sauvetage ;
- navires affectés à la récupération des déchets et à la lutte contre la pollution ;
- navires affectés aux dragages d'entretien, à la signalisation maritime, à la lutte contre l'incendie et aux services administratifs ;
- navires en relâche forcée qui n'effectuent aucune opération commerciale ;
- navires qui, ne pouvant avoir accès à une installation portuaire, sont contraints d'effectuer leurs opérations de débarquement, d'embarquement ou de transbordement en dehors du port ;
- la redevance est facultative pour les navires affectés à des missions culturelles ou humanitaires ou présentant un intérêt général pour le patrimoine maritime.

1.7. En application des dispositions de l'article R.* 215-1 du code des ports maritimes :

- le minimum de perception des droits de port est fixé à Euro ;

- le seuil de perception des droits de port est fixé à Euro.

Article 2

Dispositions relatives aux modulations en fonction du rapport transport effectif par rapport à la capacité du navire dans son activité dominante, par type et catégorie de navires, en application des dispositions des alinéas I, II et III de l'article R.* 212-7 du code des ports maritimes (Dispositions facultatives [*])

2.1. Les modulations applicables aux navires par type et catégorie transportant des passagers sont déterminées en fonction du rapport existant entre le nombre de passagers débarqués, embarqués ou transbordés et la capacité d'accueil du navire en passagers dans les conditions suivantes :

Rapport inférieur ou égal à : modulation +/-/% ;

Rapport inférieur ou égal à : modulation +/-/%,

etc.

2.2. Les modulations applicables aux navires transportant des marchandises sont déterminées en fonction du rapport existant entre le tonnage de marchandises débarquées, embarquées ou transbordées et le volume V du navire calculé en application de l'article R. 212-3 du code des ports maritimes.

Pour les types de navires no qui transportent des marchandises, lorsque le nombre de tonnes de marchandises embarquées, débarquées ou transbordées et le volume V du navire calculé en application de l'article R. 212-3 précité, est égal ou inférieur aux taux ci-après, le tarif d'entrée ou le tarif de sortie est modulé

dans les proportions ci-après :

Rapport inférieur ou égal à : modulation +/--% ;
Rapport inférieur ou égal à : modulation +/--%,

etc.

2.3. Les modulations prévues aux nos 2.1 et 2.2 ci-dessus ne s'appliquent pas aux navires n'effectuant que des opérations de soutage ou d'avitaillement ou de déchargement de déchets d'exploitation ou de résidus de cargaison.

Article 3

Dispositions relatives aux modulations en fonction de la fréquence des touchées en application du V de l'article 212-7 du code des ports maritimes (Dispositions facultatives [*])

3.1. Pour les navires des lignes régulières ouvertes au public selon un itinéraire et un horaire fixés à l'avance, les taux de la redevance par type de navire font l'objet de l'abattement suivant en fonction du nombre des départs de la ligne sur la période (à fixer par le port) :

Du	au	départ inclus	: pas d'abattement	
Du	au	départ inclus	: abattement de	% ;
		départ inclus	: abattement de	% ;
		départ inclus	: abattement de	% ;
Au-delà du		départ	: abattement de	%.

3.2. Pour les navires qui, sans appartenir à des lignes régulières, fréquentent habituellement le même port, les taux de la redevance par type de navire font l'objet des abattements suivants en fonction du type de navire et du nombre des départs sur la période sans que cet abattement n'excède 30 % des taux indiqués au 1^o de l'article 1^{er} :

Du	au	départ inclus	: pas d'abattement	
Du	au	départ inclus	: abattement de	% ;
		départ inclus	: abattement de	% ;
		départ inclus	: abattement de	% ;
Au-delà du		départ	: abattement de	%.

3.3. Les abattements prévus au présent article ne peuvent se cumuler avec ceux mentionnés à l'article 2. Lorsque le redevable satisfait également aux conditions dudit article 2, il bénéficie du traitement le plus favorable.

Article 4

Dispositions relatives à l'abattement supplémentaire prévu à l'article R. 212-8 du code des ports maritimes (Dispositions facultatives [*])

Les abattements prévus aux articles 2 et 3 peuvent être assortis d'un abattement supplémentaire en faveur des trafics nouveaux ou de lignes nouvelles intracommunautaires de passagers, de marchandises sur remorques (dites RO-RO) ou de conteneurs, sans toutefois pouvoir excéder ni 50 % de la base sur laquelle il s'applique ni une durée de deux ans.

Les modalités d'application du présent article sont les suivantes :

Article 5

Dispositions relatives aux possibilités de modulations prévues à l'article R.* 212-10 du code des ports maritimes (Dispositions facultatives [*])

La redevance sur le navire est assortie de modulations, dans la limite de 30 % du taux de base, en fonction du nombre de touchées durant la période ou les périodes définies par l'autorité portuaire dans les conditions suivantes :

.....

....

Article 6

Dispositions relatives aux forfaits prévus à l'article R.* 212-11 du code des ports maritimes (Dispositions facultatives [*])

6.1. Les navires effectuant, au titre d'une relation nouvelle, un transport maritime de passagers, de marchandises sur remorques (dites RO-RO) ou de conteneurs entre les Etats membres de l'Union européenne ou des Etats Parties à l'accord sur l'Espace économique européen sont soumis, pendant une durée n'excédant pas trois ans :

- soit à un forfait de redevance sur le navire fixé pour l'ensemble de leur activité pour une période déterminée et liquidé au pro rata temporis par échéances au plus de trois mois ;

- soit à un forfait de redevance sur le navire fixé à l'unité par passager, remorque, tonne ou multiples de tonnes, ou conteneur, et applicable conformément aux dispositions des articles R. 212-1 et R. 212-6 du code des ports maritimes.

6.2. Les modalités d'application du présent article sont les suivantes :

.....

....

- au quintal, lorsque ce poids est égal ou inférieur à 900 kilogrammes.

Toute fraction de tonne ou de quintal est comptée pour une unité.

La liquidation de la redevance au quintal est égale au dixième de la liquidation de la redevance à la tonne ;

b) Sous réserve des exemptions applicables aux cadres, conteneurs et caisses palettes, les emballages sont en principe soumis au même taux que les marchandises qu'ils contiennent. Toutefois, lorsqu'une déclaration se rapporte à des marchandises de plusieurs catégories, la totalité des emballages est classée d'office dans la catégorie dominant en poids.

8.2. Les déclarations doivent mentionner le poids brut total et le poids imposable par catégorie pour les marchandises faisant l'objet d'une redevance au poids brut et le nombre pour les marchandises, véhicules ou conteneurs faisant l'objet d'une redevance à l'unité.

A l'appui de chaque déclaration relative à des marchandises relevant de plusieurs catégories, le déclarant doit joindre un bordereau récapitulatif faisant apparaître le poids ou le nombre par article de déclaration et par catégorie. Ce bordereau doit être daté et signé par le déclarant.

8.3. Si toutes les marchandises font l'objet d'une même déclaration au poids, le redevable a la faculté de demander que leur ensemble soit soumis au taux applicable à la partie la plus élevée. Aucun bordereau récapitulatif n'est alors exigé ; la déclaration doit simplement mentionner le poids global des marchandises déclarées.

L'absence de bordereau récapitulatif équivaut à l'acceptation par le déclarant de la liquidation simplifiée et il ne sera donné suite à aucune demande ultérieure tendant à obtenir la révision sur la base de la perception par catégorie.

8.4. En application des dispositions de l'article R.* 215-1 du code des ports maritimes :

- le minimum de perception est fixé àEuro par déclaration ;

- le seuil de perception est fixé àEuro par déclaration ;

8.5. La redevance sur les marchandises n'est pas due dans les cas énumérés à l'article R.* 212-16 du code des ports maritimes.

Section 3

Redevance sur les passagers

Article 9

Conditions d'application de la redevance sur les passagers prévue aux articles R.* 212-17 à R.* 212-19 du code des ports maritimes

9.1. Les passagers débarqués, embarqués, transbordés sont soumis à une redevance de Euro par passager.

9.2. Ne sont pas soumis à la redevance sur les passagers :

- les enfants âgés de moins de quatre ans ;

- les militaires voyageant en formations constituées ;

- le personnel de bord ;

- les agents de l'armateur voyageant pour les besoins du service et munis d'un titre de transport gratuit ;

- les agents publics dans l'exercice de leurs missions à bord.

9.3. Les dispositions relatives aux abattements dans une limite de 50 % sont les suivantes (Dispositions facultatives [*]) :

- % pour les passagers ne débarquant que temporairement au cours de l'escale ;

- % pour les excursionnistes munis d'un billet aller et retour utilisé dans un délai inférieur à soixante-douze heures ;

- % pour les passagers transbordés.

Section 4

Redevance de stationnement des navires

Article 10

Conditions d'application de la redevance de stationnement prévue à l'article R.* 212-12 du code des ports maritimes

10.1. Les navires ou engins flottants assimilés, à l'exception des navires en activité de pêche relevant de l'annexe II, dont le séjour, soit en l'absence d'opérations commerciales, soit à l'exclusion du temps nécessaire aux opérations commerciales dans le(s) port(s) dépasse une durée de jours, sont soumis à une redevance de stationnement dont les taux en Euro sont fixés dans les conditions suivantes.

10.2. La redevance de stationnement est à la charge de l'armateur. Le minimum de perception est de Euro par navire, le seuil de perception est fixé àEuro par navire.

10.3. Sont exonérés de la redevance de stationnement (*) :

10.4. Au-delà de la période de franchise, la redevance de stationnement est exigible le dernier jour de chaque mois calendaire et au départ du navire.

Article 11

Le présent tarif entrera en vigueur dans les conditions fixées aux articles R.* 211-8 et R.* 211-9-4 du code des ports maritimes.

(*) Lorsque cette disposition n'est pas utilisée, préciser : sans objet.

A N N E X E II

A. - Redevance d'équipement des ports de pêche dans le(s) port(s) deinstituée en application du livre II du code des ports maritimes au profit de

Tarif no applicable à compter du

Section 1

Redevance sur la valeur des produits de la pêche débarqués

Article 1er

Conditions d'application de la redevance d'équipement

Le taux de la redevance est fixé à % de la valeur des produits de la pêche débarqués.

Cette redevance est perçue quels que soient le port de stationnement habituel et la nationalité du navire débarquant les produits de la pêche.

Le seuil de perception est fixé àEuro par déclaration ou document en tenant lieu.

Le minimum de perception est fixé àEuro par déclaration ou document en tenant lieu.

Pour les produits ne faisant pas l'objet d'une importation, cette redevance est due :

- s'il y a vente au débarquement, à raison de% de leur valeur par le vendeur, et de % de leur valeur par l'acheteur ;

- s'il n'y a pas de vente au débarquement, par les réceptionnaires des produits de la pêche ou leurs représentants.

Article 2

Conditions d'application de la redevance d'équipement lorsque le port de débarquement est différent du port de stationnement habituel

Pour les navires dont le port de stationnement habituel estmais qui débarquent leurs produits dans un autre port où une redevance d'équipement des ports de pêche a également été instituée, le taux de la partie de la redevance à la charge du vendeur est le plus élevé des deux taux relatifs au port de stationnement habituel et au port de débarquement.

Les sommes ainsi perçues sont réparties conformément aux dispositions prévues à l'article R.* 213-4 du code des ports maritimes.

Article 3

Détermination de l'assiette de la redevance

La valeur des produits de la pêche servant d'assiette à la redevance est déterminée :

1. Pour les ventes enregistrées en criée, d'après les registres officiels tenus à la criée dans le port de débarquement ;

2. Pour les ventes autres que celles enregistrées en criée, d'après les livres de marée tenus par les armateurs en vue de la détermination des salaires des équipages ou tout autre document reconnu valable par l'administration des douanes ;

3. Pour les produits importés, d'après la valeur reconnue en douane augmentée des droits et taxes perçus par l'administration des douanes ;

4. Dans les autres

cas :

Article 4

Conditions de perception de la redevance

La perception de la redevance et, d'une manière générale, le contrôle des ventes des produits de la pêche débarqués dans toute la zone de perception incombent aux agents du service des douanes. Toutefois, en cas de nécessité, ces opérations pourront être effectuées par un personnel auxiliaire assermenté présenté par et commissionné à temps par le directeur régional des douanes. Ces agents auxiliaires, appelés « agents de surveillance et de perception », sont sous les ordres du directeur régional des douanes et peuvent être licenciés par lui.

La redevance est payée à l'administration des douanes selon les modalités suivantes :

- pour les ventes en criée, dans les établissements prévus à cet effet, par le gérant qui doit retenir le montant de la redevance afférente aux ventes réalisées dans son établissement ;

- l'acheteur et le vendeur sont tenus solidairement responsables du paiement de la totalité de la redevance ;

- pour les ventes hors criées par les usiniers et mareyeurs qui doivent retenir la fraction due par les vendeurs et sont tenus pour responsables du paiement de la totalité de la redevance ;

- directement par les vendeurs qui opéreraient ailleurs qu'à la criée ou que chez les usiniers ou mareyeurs.

Ces vendeurs doivent se faire verser la fraction de la redevance due par les acheteurs et sont tenus pour responsables du paiement de la totalité de la redevance ;

- par les conservateurs en même temps armateurs de pêche ;

La redevance doit être acquittée immédiatement à l'administration des douanes.

Le directeur régional des douanes ou son représentant pourra faire procéder par des agents de son service à toute vérification qu'il jugera nécessaire, notamment dans les écritures des redevables.

Section 2

Redevance applicable aux produits de l'ostréiculture, de la mytiliculture et de la conchyliculture

Article 5

Redevances dues sur les produits des parcs

Les redevances dues sur les produits des parcs sont déterminées par application aux tonnages débarqués des taux suivants :

- huîtres : Euro/tonne ;

- moules : Euro/tonne ;
 - coquillages : Euro/tonne.
- Le seuil de perception est fixé àEuro par déclaration ou document en tenant lieu.
Le minimum de perception est fixé àEuro par déclaration ou document en tenant lieu.

Article 6

Redevance due par les exploitants des parcs

La redevance due par les exploitants des parcs est perçue dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 4 du présent tarif.

Elle est payée à l'administration des douanes au moment du débarquement des produits.

Article 7

Conditions de perception

Pour chaque déclaration, les redevances prévues au tableau de l'article 5 du présent tarif sont perçues sur le poids global des marchandises appartenant à une même catégorie.

Elles sont liquidées :

- à la tonne, lorsque le poids est supérieur à 900 kilogrammes ;
- au quintal, lorsque ce poids est égal ou inférieur à 900 kilogrammes. Toute fraction de tonne ou de quintal est comptée pour une unité.

La liquidation de la redevance au quintal est égale au dixième de la liquidation de la redevance à la tonne.

Section 3

Article 8

Le présent tarif entre en vigueur dans les conditions fixées par les articles R.* 211-8 et R.* 211-9-4 du code des ports maritimes.

B. - Redevance sur les produits de la pêche dans le(s) port(s) de instituée en substitution à la redevance d'équipement des ports de pêche en application du deuxième alinéa de l'article R.* 213-5 du livre II du code des ports maritimes au profit de

Tarif noapplicable à compter du

Article 9

La redevance sur les produits de la pêche, qui se substitue à la redevance d'équipement des ports de pêche, est perçue en fonction du poids des produits débarqués dans les conditions suivantes :.....

.....

...

9.1. Le minimum de perception est fixé àEuro par déclaration.

Le seuil de perception est fixé àEuro par déclaration.

Le présent tarif entre en vigueur dans les conditions fixées par les articles R.* 211-8 et R.* 211-9-4 du code des ports maritimes.

C. - Redevance de stationnement sur les navires de pêche en activité dans le(s) port(s) de instituée en substitution à la redevance d'équipement des ports de pêche en application du deuxième alinéa de l'article R.* 213-5 du livre II du code des ports maritimes au profit de

Tarif noapplicable à compter du

Article 10

La redevance de stationnement qui se substitue à la redevance d'équipement des ports de pêche, perçue en fonction du volume V défini à l'article R.* 213-3 et de la durée de son séjour dans le port, est fixée dans les conditions

suivantes :.....

..

.....

...

10.1. La redevance de stationnement est à la charge de l'armateur :

Le minimum de perception est fixé àEuro par navire ;

Le seuil de perception est fixé àEuro par navire.

Le présent tarif entre en vigueur dans les conditions fixées par les articles R.* 211-8 et R.* 211-9-4 du code des ports maritimes.

A N N E X E I I I

Redevance d'équipement des navires de plaisance dans le port deinstituée en application des articlesR.* 214-1 et R.* 214-2 du livre II du code des ports maritimes

Section 1

Redevance des navires de plaisance ou de sport

Article 1er

Conditions relatives à la redevance d'équipement des ports de plaisance

1.1. Le montant de la redevance d'équipement est calculé, en fonction de la longueur et de la largeur du navire et de la durée de son stationnement dans le port de, dans les conditions suivantes :.....

.....

...

1.2. La durée de stationnement est calculée sur la base de jours calendaires. Toute fraction de jour est comptée pour un jour.

Article 2

Conditions de modulation de la redevance d'équipement

2.1. Les taux de la redevance visée à l'article précédent sont réduits dans la limite de 50 % pour les navires dont est le port de stationnement habituel.

2.2. La redevance n'est pas perçue :

- pour les navires affectés à un service public ou au sauvetage ;
- pendant le séjour des navires dans les chantiers navals pour entretien, réparation ou transformation ou lorsqu'ils sont tirés à terre pour gardiennage.

2.3. Pour les navires qui n'ont effectué aucune sortie dans l'année, les taux de la redevance sont triplés à partir du treizième mois de stationnement dans le port.

2.4. Le stationnement n'est pas considéré comme interrompu par une sortie terminée par une rentrée au port le même jour, sauf en ce qui concerne les navires de moins de deux tonneaux de jauge brute.

Article 3

Imputabilité de la redevance d'équipement

3.1. La redevance d'équipement est à la charge du propriétaire du navire et doit être payée ou garantie avant le départ du navire et :

- le dernier jour de chaque période de sept jours en cas de paiement hebdomadaire ;
- le dernier jour de chaque période de trente jours si la durée du séjour est supérieure à trente jours ;
- dans le courant du mois de janvier en cas de forfait annuel.

Article 4

Seuils de perception de la redevance d'équipement

Le seuil de perception est fixé àEuro par navire.

Le minimum de perception est fixé àEuro par navire.

Article 5

Le présent tarif entrera en vigueur dans les conditions fixées par les articles R.* 211-8 et R.* 211-9-4 du code des ports maritimes.

ANNEXE 2 : Avis du Conseil d'Etat n°346685 du 23 janvier 1990

Domaine

Domaine public - Régime - Occupation

- Dérogation - Droits et obligations d'un service public occupant mais non affectataire

- Déplacement de ses installations entraîné par des travaux ayant pour objet l'amélioration de la voirie urbaine

Absence de droit à indemnisation

Avis rendus

par la Section des travaux publics

N° 346.685 - 23 janvier 1990

Le Conseil d'Etat (Section des travaux publics), consulté par le ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer et le ministre des postes, des télécommunications et de l'espace sur la question de savoir à quel service public doit incomber en définitive la charge des frais de déplacement du réseau de télécommunications liés à la réalisation d'un site propre pour tramway dans les emprises de la voirie nationale. Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le domaine public est affecté à un service public ou à l'usage du public en vue de la satisfaction d'un intérêt général précisé par l'acte d'affectation. Cet acte d'affectation confère à la portion de domaine public envisagée une spécialité et le service attributaire ne doit, en principe, utiliser ladite portion qu'en vue de la mission qui lui a été assignée. Si, cependant, la spécialité ne fait pas obstacle à ce que la collectivité publique, propriétaire du domaine considéré, admette d'autres services publics à occuper celui-ci, sans changement d'affectation, notamment en y installant des ouvrages, c'est seulement dans la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec les besoins définis par l'affectation; au cas où ces besoins viendraient à exiger le déplacement ou le retrait des installations ainsi faites, ces opérations doivent, en règle générale, être entreprises par le service dont dépendent les ouvrages, sans qu'il puisse en résulter aucune charge financière pour le service affectataire. Il en résulte, par application des principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au Contentieux en ce qui concerne les titulaires d'autorisations d'occupation du domaine public (arrêt de section du 6 février 1981 « Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire contre Compagnie française de raffinage » p. 62; arrêt « Gaz de France et autres » du 6 décembre 1985, p. 361) que, sauf conventions contraires, le service dont dépendent ces ouvrages doit supporter sans indemnité les frais occasionnés par leur déplacement lorsque celui-ci est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé et que ces travaux constituent une opération d'aménagement conforme à la destination de ce domaine.

L'installation en site propre d'un tramway, dans l'emprise de la route nationale 186, entre Saint-Denis et Bobigny, a pour objet et aura pour effet de faciliter la circulation et le transport des usagers sur cette voie publique. D'autre part, si le régime juridique des chemins de fer s'applique aux tramways, l'opération envisagée en l'espèce est destinée à permettre l'implantation des rails de tramways sur la voie routière, et l'insertion de ce mode d'utilisation de la voie dans la circulation. Par suite elle est conforme à la destination du domaine public routier et entreprise dans l'intérêt de ce domaine. Dès lors, le service dont dépendent les canalisations de télécommunications dont les travaux en cause nécessitent le déplacement, ne saurait juridiquement prétendre au remboursement des dépenses provoquées par ce déplacement.

ANNEXE 3 : Arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 1956, « Le Béton »

Conseil d'Etat
statuant
au contentieux
N° 20180
Publié au Recueil Lebon
Section

M. Barbet, Rapporteur
M. Long, Commissaire du gouvernement

Lecture du 19 octobre 1956

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête et le mémoire ampliatif présentés pour la société "Le Béton", société anonyme dont le siège social est à Paris, 38 rue de Liège, ladite requête et ledit mémoire enregistrés les 26 mai 1952 et 4 février 1953 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 2 avril 1952 par lequel le Conseil de Préfecture de la Seine l'a condamnée à payer à l'office national de la Navigation la somme de 716.263 francs avec intérêts au taux légal ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Vu les lois du 27 février 1912 et du 11 novembre 1940 ; Vu les décrets des 22 décembre 1920 et 15 septembre 1929 ; Vu le décret du 4 février 1932 ; Vu le décret du 17 juin 1938 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par décret en date du 4 février 1932, ont été concédés à l'Office National de la Navigation, préposé, en sa qualité d'établissement public, à la gestion du service public désigné par son titre même, "1° l'exploitation de l'outillage du port de transbordement et de stockage de Bonneuil-sur-Marne ; 2° l'extension des installations actuelles du port ; 3° l'aménagement d'un port local dans le voisinage immédiat du précédent ; 4° l'aménagement éventuel d'un port industriel dans le voisinage du port actuel, en utilisant les terrains dépendant du port qui sont ou seront raccordés aux voies de terre existantes et à la voie ferrée" ; qu'aux termes de l'article 19 ter du cahier des charges annexé à ce décret "les terrains compris dans la concession pourront être loués à des particuliers pour être affectés à des usages industriels", dans les conditions définies par ledit article. Qu'il est notamment précisé, aux alinéas 3 et 4 de celui-ci, d'une part, que "les conditions de ces locations feront l'objet de contrats spéciaux qui devront, en tout cas, soit obliger le locataire en fin de bail à la remise des lieux en l'état où ils se trouvaient avant la location, soit prévoir l'abandon à l'Etat des constructions édifiées sur le terrain", d'autre part, que "ne pourront bénéficier des locations de terrains desservis par voie d'eau que les établissements commerciaux ou industriels utilisant habituellement la navigation fluviale pour la réception ou pour l'expédition des marchandises faisant l'objet de leur trafic ou de leur fabrication sur les terrains en cause"

;

Considérant, d'une part, qu'à supposer même qu'ainsi que la Société requérante le prétend, dans un bail consenti, en 1926, à la Société dont elle a pris la place, le terrain litigieux ait été déclaré faire partie du domaine privé de l'Etat, il est constant que le contrat de location qui a donné lieu à la présente instance a été conclu par l'Office national de la Navigation avec la société "Le Béton" les 24 juin et 29 juillet 1937, c'est-à-dire à une date postérieure à la concession susindiquée et sous le régime de cette concession ; que, par suite, c'est par rapport à ce régime que doit être actuellement apprécié le caractère juridique du terrain ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions du décret du 4 février 1932 et du Cahier des charges y annexé, notamment de celles précitées, que, sous le régime de ce décret, la partie des terrains que groupe le port "industriel" constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble que forme le port de Bonneuil-sur-Marne ; qu'elle est, dès lors, au même titre que les autres parties de ce port, affectée à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession à l'Office national de la Navigation de la totalité de ces terrains et en raison duquel ceux-ci se sont trouvés incorporés, du fait de cette concession, dans le domaine public de l'Etat. Que la circonstance qu'à la différence des autres terrains aménagés en vue d'une utilisation commune par les usagers de ce port, les terrains dont s'agit font l'objet de contrats d'utilisation privative, au profit de particuliers ou de sociétés exerçant des activités purement privées, ne saurait avoir pour conséquence de les soustraire au régime de la domanialité publique, dès lors qu'il est dans leur nature même de ne concourir que sous cette forme au fonctionnement de l'ensemble du port et qu'il résulte, d'autre part, de l'instruction que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage par leur raccordement aux voies fluviales ferrées ou routières dont l'aménagement et la liaison constituent le port ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux, dénommé "bail de location d'un terrain industriel" compris dans les limites de la concession, comportait occupation du domaine public ; qu'en se

déclarant compétent pour statuer sur le litige soulevé par l'application des stipulations de ce contrat, le Conseil de Préfecture de la Seine a fait, dès lors, une exacte application des dispositions du décret du 17 juin 1938 ;
DECIDE :

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée de la Société "Le Béton" est rejetée. Article 2 : Les dépens exposés devant le Conseil d'Etat sont mis à la charge de la Société "Le Béton". Article 3 : Expédition de la présente décision sera transmise au secrétaire d'Etat aux Travaux publics, Transports et Tourisme.

ANNEXE 4 : Convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes

Décret no 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

NOR : EQUK0000631D

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre de l'équipement, des transports et du logement,
Vu le code des ports maritimes, notamment ses articles R. 113-8, R. 115-7, R. 115-9 et R. 115-14 ;
Vu le code civil ;
Vu le code du domaine de l'Etat ;
Vu le code général des impôts ;
Vu la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales, notamment son article 355-1 ;
Vu la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 modifiée relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ;
Vu le décret no 55-22 du 4 janvier 1955 modifié portant réforme de la publicité foncière ;
Le Conseil d'Etat (section des travaux publics) entendu,
Décrète :
Art. 1er. - Est approuvée, en application de l'article R. 115-14 susvisé du code des ports maritimes, la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes annexée au présent décret.
Art. 2. - Le deuxième alinéa de l'article R. 113-8 du code des ports maritimes est remplacé par les dispositions suivantes :
« Il représente le port en justice et dans tous les actes de la vie civile. Il a la faculté de conclure des transactions, dans les conditions prévues par les articles 2044 et suivants du code civil, après accord du conseil d'administration, du commissaire du Gouvernement et du contrôleur d'Etat. »
Art. 3. - Dans le deuxième alinéa de l'article R. 115-9 du code des ports maritimes, la deuxième phrase est remplacée par les dispositions suivantes :
« Toutefois, le cahier des charges peut comporter des dérogations au cahier des charges type, à la condition qu'elles aient été préalablement approuvées par les ministres chargés des ports maritimes, du budget et du domaine ainsi que, le cas échéant, le ministre dont relève la collectivité publique ou l'établissement public intéressé ; l'absence de réponse des ministres dans le délai de deux mois suivant la réception la plus tardive de la demande vaut approbation. »
Art. 4. - Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de l'équipement, des transports et du logement et la secrétaire d'Etat au budget sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.
Fait à Paris, le 19 juillet 2000.

Lionel Jospin
Par le Premier ministre :
Le ministre de l'équipement,
des transports et du logement,
Jean-Claude Gayssot
Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,
Laurent Fabius
La secrétaire d'Etat au budget,
Florence Parly

A N N E X E
CONVENTION TYPE D'EXPLOITATION
DE TERMINAL DANS LES PORTS AUTONOMES MARITIMES

La présente convention est conclue entre :

- le port autonome de , représenté par son directeur, dûment habilité par délibération du conseil d'administration en date du , qui sera dénommé « le port » ;
- et , représenté(e) par M. , qui sera dénommé(e) « l'entreprise » dans la présente convention.

Article 1er

Objet de la convention

La présente convention a pour objet de définir les conditions de l'exploitation (et le cas échéant de la réalisation)

du terminal de spécialisé dans le ou les différents types de trafic suivants, désignés par le mode de conditionnement ou par la nature du produit :

.....

La présente convention ne fait pas obstacle à ce que le port autorise, par toute décision unilatérale ou toute convention conclue avec d'autres entreprises, les mêmes activités ou trafics sur d'autres parties du domaine portuaire.

Un plan d'ensemble cadastré faisant apparaître la délimitation du terminal et un plan précisant sa localisation dans la circonscription du port sont annexés à la présente convention.

Article 2

Objectifs de trafic du terminal

En vue d'assurer le développement de l'activité au sein du port, le ou les objectifs de trafic du terminal et, le cas échéant, les objectifs de qualité des services, ainsi que leurs échéanciers respectifs, sont les suivants :

.....

Les parties procèdent, au moins tous les ans

à un examen conjoint des conditions de réalisation de ces objectifs. Après accord du conseil d'administration du port, du commissaire du Gouvernement et du contrôleur d'Etat, les objectifs et leurs échéanciers peuvent être révisés sans affecter l'économie générale de la convention, pour tenir compte notamment de l'évolution des marchés et des demandes nouvelles de services.

Article 3

L'exploitation du terminal par l'entreprise

3.1. L'exploitation technique et commerciale du terminal

L'entreprise assure l'exploitation technique et commerciale du terminal.

A ce titre :

- a) Elle a la responsabilité de toutes les opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liées au navire et à la marchandise. Elle est tenue de mettre en place les moyens en personnel et les moyens techniques appropriés. Elle en assure la coordination vis-à-vis de ses clients ;
- b) Elle construit les aménagements, outillages et, le cas échéant, les terre-pleins nécessaires au maintien et au développement de l'activité dans les conditions prévues à l'article 7 ;
- c) Elle entretient les terre-pleins, aménagements et outillages selon les modalités prévues à l'article 8 ;
- d) Elle assure la responsabilité de l'exploitant au regard de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment de celles relatives aux installations classées, à la gestion de l'eau et à la protection de l'environnement.

3.2. Le caractère personnel de l'exploitation et la sous-traitance

L'entreprise est tenue d'exploiter directement en son nom le terminal objet de la présente convention.

Elle est tenue d'occuper elle-même et sans discontinuité les biens immobiliers dans l'emprise du terminal.

Toutefois elle pourra, après accord du port, confier à un tiers l'exécution d'une partie des opérations liées à l'exploitation du terminal. Dans ce cas, elle demeurera responsable envers le port et envers les tiers de l'accomplissement de toutes les obligations imposées par la présente convention.

Toute cession totale ou partielle de l'activité exercée par l'entreprise sur le terminal ne peut intervenir, sous peine de résiliation de la convention, qu'avec l'accord du port.

L'entreprise est tenue d'informer le port de tout changement dans la participation des associés, la composition de son capital ou la répartition des droits de vote, de nature à modifier le contrôle de l'entreprise au sens de l'article 355-1 de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales.

3.3. Prestations de services du port autonome

Le port, à la demande de l'entreprise, peut effectuer des prestations de services. Les modalités et conditions de fourniture de ces prestations sont déterminées par une convention particulière.

3.4. Priorité d'usage des quais

Sous réserve de l'application des dispositions du livre III du code des ports maritimes et du règlement d'exploitation du port, et sauf cas de force majeure ou motifs de sécurité, l'entreprise bénéficie d'une priorité permanente d'usage du ou des quais dont les caractéristiques sont précisées ci-après :

.....

L'entreprise indique en temps utile à la capitainerie du port l'ordre d'accostage souhaitable des navires au droit du terminal.

Article 4

Les moyens à mettre en place par l'entreprise

(le cas échéant)

L'entreprise s'engage à mettre en place sur l'emprise du terminal tel que délimité à l'article 1er les moyens suivants, selon l'échéancier détaillé ci-dessous :

1. Biens immobiliers :

.....

2. Biens mobiliers :

.....

Article 5

Les moyens mis à disposition par le port

Le port met à la disposition de l'entreprise :

1. Des terrains ou terre-pleins, desservis par un ou des quais ou accessibles aux navires par toute autre modalité, comportant les catégories suivantes :

- a) Dépendances du domaine public, remis en jouissance ou appartenant au port autonome ;
 - b) Dépendances du domaine privé, remis en jouissance ou appartenant au port autonome ;
2. Le cas échéant des aménagements ;
3. Le cas échéant des outillages.

La liste des terrains ou terre-pleins, indiquant leur superficie et leur répartition entre dépendances du domaine public et dépendances du domaine privé, la liste des aménagements et la liste des outillages sont annexées à la présente convention.

La mise à disposition des terrains, terre-pleins, aménagements et outillages est constatée par des procès-verbaux dressés par le port contradictoirement avec l'entreprise.

Les modifications des moyens mis par le port à la disposition de l'entreprise, notamment dans le cas de retrait prévu à l'article 16, sont constatées par des procès-verbaux dressés dans les mêmes formes, après accord du commissaire du Gouvernement et du contrôleur d'Etat. Les listes annexées à la convention sont modifiées en conséquence. Les modifications sont obligatoirement mentionnées dans le plus prochain avenant à la convention.

La mise à disposition des terrains, terre-pleins, aménagements et outillages du port n'entraîne en aucun cas transfert de propriété ou constitution de droits réels.

Article 6

Constitution de droits réels au profit de l'entreprise

L'entreprise bénéficie (ne bénéficie pas) de droits réels dans les conditions prévues par les articles L. 34-1 à L. 34-9 et R. 57-1 à R. 57-9 du code du domaine de l'Etat sur les biens immobiliers qu'elle réalise sur le domaine public en application de la présente convention.

Article 7

La charge financière des travaux

7.1. Travaux relatifs aux moyens mis à la disposition de l'entreprise (le cas échéant)

Les travaux de rénovation, modification et renouvellement des terre-pleins, aménagements et outillages mis à la disposition de l'entreprise devront être autorisés par le port. Ils seront financés selon les modalités définies ci-dessous :

.....

Ils seront réalisés selon des modalités définies dans une convention particulière.

7.2. Autres travaux et réalisations

Les travaux et réalisations autres que ceux mentionnés à l'article 7-1 sont à la charge exclusive de l'entreprise. Les travaux et biens immobiliers qui seront réalisés par l'entreprise en complément de ceux prévus à l'article 4 sont soumis à une autorisation préalable du port.

Article 8

L'entretien

8.1. La responsabilité des travaux d'entretien

Lorsqu'en application des stipulations des 8.2 et 8.3 une partie supporte en totalité les dépenses d'entretien d'ouvrages, terre-pleins, aménagements ou outillages, elle assure l'entière responsabilité de leur entretien. Lorsque les dépenses d'entretien font l'objet d'une répartition entre les parties, une convention particulière détermine les responsabilités respectives des parties au regard notamment des règles de sécurité, ainsi que les modalités de réalisation des travaux d'entretien. Cette convention précise également les modalités de réparation des avaries.

8.2. Les quais et autres moyens d'accès au terminal

Les dépenses afférentes à l'entretien du ou des quais ou des autres moyens d'accès des navires au terminal ainsi que des souilles correspondantes peuvent être prises en charge selon les modalités suivantes :

.....

8.3. Les terre-pleins, aménagements et outillages mis à disposition de l'entreprise (le cas échéant)

Les dépenses afférentes à l'entretien des terre-pleins, aménagements et outillages mis à la disposition de l'entreprise par le port sont prises en charge selon les modalités suivantes :

.....

8.4. Les terre-pleins, aménagements et outillages réalisés par l'entreprise

L'entreprise s'oblige à maintenir à ses frais les terre-pleins, aménagements et outillages qu'elle a réalisés en bon état d'entretien et de fonctionnement.

Article 9

Application des règlements

Les règlements généraux et particuliers en vigueur sur le port sont applicables dans les limites du terminal. L'entreprise doit se conformer notamment aux décisions que le port autonome et les autorités compétentes prennent tant dans l'intérêt de la sécurité publique que de la sécurité de l'exploitation portuaire.

Article 10

Responsabilité. - Assurances

10.1. Sans préjudice des stipulations de l'article 8, l'entreprise est responsable de tout dommage résultant de l'exploitation du terminal, qu'il soit causé par elle-même ou par un de ses sous-traitants et qu'il soit subi par elle-même, le port, un tiers ou un usager. L'entreprise s'engage à réparer ce dommage.

10.2. L'entreprise s'engage à réparer les dommages qui seraient causés par des tiers dans les limites du terminal et fait son affaire de tout recours contre eux.

10.3. L'entreprise souscrit l'ensemble des assurances correspondant à l'exercice de ses responsabilités pour l'application de la présente convention, notamment du présent article et des articles 7 et 8. Elle communique au port copie des contrats et toutes pièces justificatives.

Article 11

Redevances et autres rémunérations

11.1. Redevance domaniale

L'entreprise verse à la caisse de l'agent comptable du port une redevance annuelle pour l'occupation du domaine (terrains, terre-pleins et aménagements) mis à sa disposition par le port. Le montant, les conditions de versement et de révision de cette redevance sont fixés selon les modalités suivantes :.....

11.2. Autres rémunérations (le cas échéant)

L'entreprise verse selon les mêmes modalités pour les outillages mis à sa disposition par le port des redevances dont les montants, les conditions de versement et de révision sont fixés, par dérogation aux articles R.* 115-15 à R.* 115-18 du code des ports maritimes, selon les modalités suivantes :.....

Article 12

Impôts et taxes

A compter de l'entrée en vigueur de la présente convention l'entreprise supportera tous les impôts et taxes, y compris ceux incombant ordinairement au propriétaire, et notamment l'impôt foncier, auxquels sont actuellement soumis ou pourraient être soumis les terrains, terre-pleins, aménagements et outillages mis à sa disposition ou réalisés par elle, quelles qu'en soient l'importance et la nature.

L'entreprise fera en outre, s'il y a lieu et sous sa responsabilité, la déclaration de constructions nouvelles ou de changement de consistance ou d'affectation prévue par les dispositions législatives et réglementaires applicables en matière fiscale.

Article 13

Durée

La présente convention est conclue pour une durée de

(déterminée en tenant compte de la durée d'amortissement des investissements à la charge de l'entreprise en application de l'article 4), cette durée courant à compter de la date d'approbation de ladite convention par les ministres chargés des ports maritimes et du budget.

Article 14

Pénalités financières

En cas de manquement par l'entreprise aux obligations qui lui incombent en application de la présente convention, le port met en demeure, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'entreprise de régulariser la situation dans un délai d'au moins trois mois, sauf cas d'urgence. A l'expiration du délai imparti et en l'absence de régularisation, l'entreprise est passible du paiement d'une pénalité dont le montant est fixé par le port sans pouvoir excéder le double de la valeur mensuelle moyenne des redevances et autres rémunérations acquittées en application de l'article 11 au cours des douze mois précédant la mise en demeure susmentionnée.

Article 15

Résiliation de la convention

15.1. Résiliation à l'initiative de l'entreprise

Si l'entreprise décide de résilier la présente convention, elle en informe le port au moins un an à l'avance par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle verse au port, avant la prise d'effet de la résiliation, l'indemnité prévue à l'article 15.4.

15.2. Résiliation à l'initiative du port

a) Le port peut résilier la présente convention lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure de règlement judiciaire au sens de l'article 1er de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 modifiée relative au règlement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

La liquidation judiciaire de l'entreprise entraîne de plein droit la résiliation de la convention.

b) Le port peut résilier la présente convention lorsque l'entreprise ne remplit pas les obligations qui découlent de la présente convention, et notamment :

- si l'entreprise ne respecte pas la spécificité du terminal en matière de trafics en traitant sur celui-ci des trafics différents de ceux qui sont précisés à l'article 1er ;
- si l'entreprise ne réalise pas les investissements prévus à l'article 4 aux échéances indiquées (le cas échéant) ;
- si, pendant années consécutives, les trafics sur le terminal sont inférieurs de % aux

objectifs fixés à l'article 2 ou si la qualité des services n'est pas conforme aux objectifs définis à l'article 2.

Sauf urgence, le port met en demeure, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'entreprise de régulariser la situation dans un délai d'au moins trois mois. A l'expiration du délai imparti et en l'absence de régularisation, la résiliation peut être prononcée après que l'entreprise a été mise en mesure de présenter ses observations et après audition si elle en fait la demande.

c) Le port peut résilier la présente convention pour un motif d'intérêt général.

Sauf urgence, la résiliation est prononcée après que l'entreprise a été mise en mesure de présenter ses observations et, si elle en a fait la demande, a été entendue, et prend effet à l'expiration d'un délai d'au moins trois mois à compter de la notification de la décision par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

15.3. Résiliation d'un commun accord

A tout moment, le port et l'entreprise peuvent convenir d'une résiliation de la convention dans des conditions arrêtées par eux. La résiliation ne peut prendre effet sans accord préalable du conseil d'administration du port, du commissaire du Gouvernement et du contrôleur d'Etat.

15.4. Indemnisation

Aucune indemnité n'est due à l'entreprise par le port lorsque la résiliation intervient en application des articles 3.2, 15.1, 15.2 (a) et 15.2 (b).

Lorsque la résiliation est prononcée en application de l'article 15.2 (c), l'entreprise est indemnisée, conformément à l'article L. 34-3 du code du domaine de l'Etat, pour les investissements qui auront donné lieu à un droit réel, à raison du préjudice direct matériel et certain né de l'éviction anticipée.

Lorsque la résiliation est prononcée en application des articles 3.2, 15.1 et 15.2 (b), l'entreprise verse au port une indemnité égale à fois le montant annuel moyen des redevances et autres rémunérations acquittées en application de l'article 11 au cours des trois années précédant la résiliation.

Article 16

Retrait partiel de terre-pleins, d'aménagements et d'outillages mis à disposition et de priorité d'usage de quai

16.1. Pour des motifs de vétusté ou de sécurité les rendant impropres à leur usage, le port peut mettre fin à la mise à disposition de certains aménagements et outillages mentionnés à l'article 5.

16.2 (facultatif). Si les trafics sur le terminal sont inférieurs de % aux objectifs fixés à l'article 2 pendant années consécutives, sans être inférieurs au niveau défini à l'article 15.2 (b) permettant la résiliation de la convention, le port peut mettre fin à la mise à disposition des terre-pleins, des aménagements et outillages suivants : ainsi qu'à la priorité d'usage du ou des quais suivants :

Les redevances et autres rémunérations mentionnées à l'article 11 sont en conséquence modifiées dans les conditions suivantes :

Les objectifs définis à l'article 2 sont (le cas échéant) modifiés dans les conditions suivantes :

16.3. Les retraits partiels mentionnés aux articles 16.1 et 16.2 interviennent deux mois après notification à l'entreprise de la décision du port par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et, si dans ce délai de deux mois elle en a fait la demande, après audition de l'entreprise. Ils n'ouvrent pas droit à indemnité.

Article 17

Sort des biens à l'expiration de la convention

A l'expiration de la convention, pour quelque cause que ce soit, le sort des biens est régi par les dispositions suivantes :

17.1. Terre-pleins, aménagements et outillages mis à disposition de l'entreprise (le cas échéant)

Les terre-pleins, aménagements et outillages mis à la disposition de l'entreprise seront remis au port en parfait état de fonctionnement et d'entretien, sauf stipulations contraires figurant dans les conventions particulières visées aux articles 7.1 et 8.3. En cas de manquement de l'entreprise à ses obligations, la remise en état pourra être effectuée d'office par le port, aux frais et risques de l'entreprise.

17.2. Mobiliers appartenant à l'entreprise

Le port dispose d'un droit de préemption sur tout ou partie des biens de caractère mobilier appartenant à l'entreprise et installés sur le terminal, sur la base de leur valeur comptable résiduelle.

Sauf dans le cas où le nouvel exploitant du terminal reprend ces biens, l'entreprise est tenue d'enlever à ses frais et sans délai ceux sur lesquels le port n'aura pas exercé son droit de préemption, et de remettre dans leur état primitif les lieux sur lesquels ils étaient installés.

17.3. Biens immobiliers réalisés par l'entreprise

Le port établit la liste des terre-pleins et aménagements réalisés par l'entreprise qu'il souhaite conserver. Au terme de la convention, ces biens deviennent de plein droit et gratuitement la propriété du port, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques. Les autres doivent être démolis, soit par l'entreprise, soit à ses frais.

La liste mentionnée à l'alinéa précédent est transmise à l'entreprise un an avant le terme normal de la convention. En cas de résiliation anticipée, le port la transmet au plus tard avant la prise d'effet de la décision de résiliation.

Lorsque l'entreprise aura réalisé, avec l'autorisation du port, des travaux autres que ceux prévus à l'article 4 et nécessaires à la poursuite, jusqu'au terme de la convention, de l'exploitation, le port pourra lui accorder à l'échéance de la convention une indemnité dont le montant ne sera pas supérieur à la valeur comptable résiduelle de ces travaux constatée à la fin de la convention. L'indemnisation ainsi accordée ne fait pas obstacle à ce que le port en transfère la charge finale sur l'entreprise qui poursuivra l'exploitation du terminal à l'échéance de la présente convention.

Article 18

Frais de publication

Les frais du présent acte et ceux qui en seront la suite ou la conséquence sont à la charge de l'entreprise.

Article 19

Publicité foncière

Lorsque le présent acte est constitutif de droits réels, il est soumis, aux frais de l'entreprise, à la formalité de publicité foncière.

Il sera publié au bureau des hypothèques de

dans les formes et conditions prévues par les articles 18-I c et 32 du décret no 55-22 du 4 janvier 1955 modifié.

La publication du présent acte donnera ouverture au droit fixe des actes innomés prévu à l'article 680 du code général des impôts. L'entreprise devra en outre acquitter le salaire du conservateur des hypothèques fixé en application de l'article 287 (15o) de l'annexe III du code général des impôts.

Article 20

Litiges

En cas de litige relatif à l'exécution de la présente convention et des conventions particulières conclues pour son application, les parties saisissent un collège de médiateurs composé de trois membres, l'entreprise et le port désignant chacun un médiateur, les deux médiateurs ainsi désignés choisissant le troisième membre du collège. A l'issue de la procédure de médiation, constatée par le collège des experts, le litige est porté, s'il y a lieu, devant le tribunal administratif dans le ressort duquel est situé le terminal objet de la convention.

Table des matières

Remerciements	2
Sommaire	3
Introduction	4
Titre I - L'affectation du domaine public portuaire au service public	8
Chapitre I - Le domaine public portuaire, support et moyen d'action du service public portuaire	8
Section 1 - La consistance du domaine public portuaire	8
Sous-section 1 - Les carences des dispositions législatives françaises	8
§1. L'absence de définition impérative du domaine public portuaire	8
§2. Des concepts plus lisibles à l'étranger	9
Sous-section 2 - La recherche permanente de critères appropriés au domaine public portuaire	9
§1. Les critères classiques du domaine public	9
A - L'appartenance à une personne publique	9
1. Un critère impératif	9
2. Un critère remis en cause en matière d'infrastructures de transport ?	10
B - L'affectation au service public portuaire	10
C - L'adaptation par des aménagements spéciaux à l'objet du service	11
§2. L'échec des théories liées au domaine public	11
A - Un échec lié à l'impossibilité d'adapter ces critères à l'ensemble des activités siégeant sur le domaine	11
B - La tentative de restreindre le champ du domaine public portuaire	12
§3. La classification empirique des biens appartenant au domaine public portuaire	13
Section 2 - La destination du domaine public portuaire	14
Sous-section 1 - Le respect de la destination du domaine public portuaire : un principe impératif	14
§ 1. La spécialité des ports autonomes	14
A. Une spécialité définie par le code des ports maritimes	14
B. Les limites au principe de spécialité	15
§ 2. La marge de manœuvre des collectivités territoriales	15
A - Les collectivités territoriales gestionnaires du port	15
B - Les collectivités territoriales d'implantation d'une zone portuaire	16
Sous-section 2 - Le service public portuaire, destination du domaine public portuaire	16
§ 1. L'absence de définition positive du service public portuaire auquel le domaine public portuaire est affecté	16
§ 2. La définition communautaire du service public portuaire	18
Chapitre II - L'utilisation protectrice du domaine public portuaire	19
Section 1 - Le régime d'utilisation du domaine public portuaire	19
Sous-section 1 - Le régime d'utilisation des outillages d'infrastructure et de superstructure portuaires : le financement des services portuaires par imputation des coûts réels sur les usagers du port	19
§ 1. Les redevances d'usage des outillages publics	19
§ 2. Les droits de port	19
A - Eléments constitutifs du droit de port	20
B - La nature juridique des droits de port	20
C - La modulation des droits de port	21
D - Le recouvrement des droits de port	21
1. La compétence judiciaire dans le contentieux relatif au droit de port	22
2. Le privilège de l'autorité portuaire	22
Sous-section 2 - Les régimes d'utilisation privative du domaine public portuaire	22
§ 1. L'orientation des procédures d'octroi des titres d'occupation vers la protection financière du domaine	22
§ 2. L'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public	23
§ 3. La concession d'outillage public	23
A - La concession d'outillage public, une délégation de service public soumise aux règles de mise en concurrence	23
B - La pratique de la sous-concession à l'épreuve des exigences de transparence	23
§ 4. La concession de port de plaisance	24
§ 5. La convention d'exploitation de terminal	25
§ 6. Les contrats innomés	25
Section 2 - Les sujétions inhérentes à l'utilisation du domaine public portuaire	26
Sous-section 1 - La protection du domaine public portuaire	26
§ 1. La protection pénale spécifique du domaine public portuaire	26
§ 2. La protection relevant du droit commun du domaine public	26
A - La subordination de l'occupation à l'obtention d'une autorisation	26
B - L'inaliénabilité du domaine public portuaire	26
C - Le principe de précarité	27
1. Le pouvoir de résiliation des titres d'occupation	28
2. L'absence de bail commercial sur le domaine public portuaire	28
Sous-section 2 - Le pouvoir de gestion domaniale	29
§ 1. L'éminence de l'intérêt général dans la gestion domaniale	29

§ 2. L'évolution de la notion d'intérêt général	30
A - Une notion contestée et en devenir	30
B - L'élargissement de la notion d'intérêt général aux considérations financières	30
Titre II - La reconnaissance des droits de l'utilisateur du domaine public portuaire	32
Chapitre I - La liberté d'accès à une infrastructure essentielle	33
Section 1 - Le domaine public portuaire, une infrastructure essentielle	33
Sous-section 1 - Les garanties d'accès à l'infrastructure essentielle portuaire	33
§ 1. La notion d'infrastructure essentielle	33
§ 2. L'invocabilité de la théorie des infrastructures essentielles	34
A - L'invocabilité devant les instances communautaires	34
B - L'invocabilité devant le juge national	35
Sous-section 2 - Le contrôle des restrictions indirectes à l'utilisation du domaine public portuaire : monopoles et tarifs de l'outillage public	36
§ 1. Le mécanisme de l'abus de position dominante	36
§ 2. L'abus de position dominante automatique	37
§ 3. La priorité d'embauche des dockers sur le domaine public portuaire	39
Section 2 - Le régime de responsabilité de l'autorité portuaire pour refus injustifié d'accès au domaine public portuaire	40
Sous-section 1 - La compétence exclusive du juge administratif en matière domaniale	40
§ 1. Le caractère administratif du contrat comportant occupation du domaine public	40
§ 2. La reconnaissance de la compétence administrative pour tous les actes de gestion du domaine public	40
A - La compétence de principe du juge administratif	40
B - L'incompétence du Conseil de la concurrence en matière domaniale	41
Sous-section 2 - Un régime de responsabilité pour faute	41
Chapitre II - Le droit à une sécurité juridique suffisante	42
Section 1 - La remise en cause du principe de précarité	43
Sous-section 1 - La viabilité économique des projets d'implantation sur le domaine public portuaire	43
§ 1. La reconnaissance du droit de propriété de l'occupant sur les ouvrages qu'il a établis sur le domaine public	43
§ 2. La reconnaissance de droits réels sur le domaine public portuaire	44
A - Le régime des droits réels administratifs	44
1. La nature du droit réel conféré à l'occupant du domaine public portuaire	45
a. Un droit réel administratif	45
b. Un outil de garantie de l'emprunt	45
2. La compétence limitée des ports autonomes en matière de délivrance de titres d'occupation constitutifs de droits réels	46
3. Règles particulières applicables au domaine public de l'Etat des ports maritimes relevant de la compétence des départements	46
4. Règles particulières applicables au domaine public de l'Etat des ports maritimes relevant de la compétence des communes	47
B - Droits réels et financement privé des ouvrages portuaires : une avancée relative	47
1. Un champ d'application restreint	47
2. L'encadrement des possibilités de transmission du droit réel	48
C - Droits réels et possibilité de recourir à la main d'œuvre docker	48
§ 3. Le financement par crédit-bail des investissements privés sur le domaine public portuaire	49
A - Le mécanisme du crédit-bail	49
B - L'encadrement du crédit-bail sur le domaine public	49
Sous-section 2 - La relativité du pouvoir de résiliation des titres d'occupation	50
§ 1. L'indemnisation du titulaire évincé avant terme	50
§ 2. Une procédure encore unilatérale	51
Section 2 - L'encadrement du taux des redevances domaniales	52
Sous-section 1 - La fixation des redevances domaniales	52
Sous-section 2 - Le recouvrement de la redevance domaniale	53
Conclusion	53
Bibliographie	56
Table des annexes	60
Annexes	61
Annexe 1 : Arrêté du 15 octobre 2001 portant approbation des cadres types des tarifs des droits de port et des redevances d'équipement	61
Annexe 2 : Avis du Conseil d'Etat n°346685 du 23 janvier 1990	69
Annexe 3 : Arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 1956, « Le Béton »	70
Annexe 4 : Convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes	72
Table des matières	78