Les concessions Portuaires

Jean Grosdidier de Matons

Washington… 2012

éditions ems
MANAGEMENT & SOCIETE

17 rue des Métiers, 14123 Cormelles-le-Royal

FONDATION Sefacil
LOGISTIQUE · PORTUAIRE · MARITIME

SOUS L'ÉGIDE DE FONDATION DE FRANCE

Donateurs de la fondation SEFACIL

SOGET · BUREAU VERITAS · CCI Le HAVRE · ACADEMY & FINANCE · AXELCIUM

Avec le soutien de

LE HAVRE port · IPER LE HAVRE

« Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. »

© Editions EMS, 2012

Nous rappelons qu'il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement sur quelque support que ce soit le présent ouvrage sans autorisation de l'auteur, son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 3 rue Hautefeuille, 75006 Paris (Code de la propriété intellectuelle, articles L. 122-4, L. 122-5 et L. 335-2).

ISBN : 978-2-84769-423-9

Du même auteur, mêmes sujets

Le régime administratif et financier des ports maritimes, LGDJ, paris, 1969
Ports as a public service: the evolution in France and in the United States, Journal Maritime Law and Commerce, Bethesda, MD, 1971
Port privatization, a historical and public administration perspective, dans S. Hakim *et al.,* eds *Privatising transport systems* (ouvrage collectif), Praeger, Westport, Connecticut, 1996
Droit, économie et finance portuaire, P.E.N.P.C., Paris, 2000
Service public, efficacité économique, équilibre financier, Washington, DC, 1994.
Cours de l'institut portuaire du Havre (1980-2003) : Cours de formation supérieure à l'exploitation et à la gestion des ports

- Le processus de décision de l'investissement portuaire – L'évaluation des investissements portuaires, 134 p.
- Port facilities and service concessions (build, operate, transfer schemes), 57 p.
- Les concessions d'ouvrages et de services portuaires, 116 p.
- Les distorsions de la concurrence, 49 p.
- Les objectifs économiques des ports maritimes, 191 p.
- Subventions et politiques tarifaires, 76 p.
- L'administration publique des ports et l'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire, 122 p.
- L'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire, 96 p.
- Les objectifs financiers des ports maritimes, 58 p.
- Public ports administration and the intervention of the private sector in the port industry, 120 p.

REMERCIEMENTS

Cet ouvrage est dédié à ma fille Juliette, sans laquelle son père aveugle n'aurait pu mener sa tâche à bien.

Sont en outre remerciés :
- Dr Yann Alix, Délégué Général de la Fondation Sefacil au Havre, qui en a assuré la publication ;
- M. Paul Scherrer, Directeur technique et directeur de Port 2000. Membre du Directoire - GPMH pour son soutien sur cet ouvrage ;
- Mme Monique Desthuis-Francis, de la Banque Mondiale , et
- M. Djass Mbangdadji, pour leur aide dans la mise au point de cet ouvrage ;
- Mrs Victoria Delmon, de la Banque Mondiale pour sa communication de documents ;
- Mme Patricia Hauwelle, Chef du Service Affaires Juridiques et Assurances, Grand Port Maritime du Havre.

AVERTISSEMENT

Cet ouvrage, quoique riche en développement juridique, n'est pas destiné aux seuls juristes. Il a été conçu au profit de tous les cadres et exécutants du monde portuaire : ingénieurs, officiers de ports, responsables financiers, administrateurs, opérateurs, transporteurs, syndicalistes et autres. Il aurait été plus complet s'il n'était presque impossible de se procurer les textes des conventions de concessions des établissements portuaires. Les lecteurs informés qui relèveront des omissions, voire des erreurs, voudront donc bien ne pas s'en prendre à l'auteur, mais aux seuls détenteurs de documents qui, s'agissant de l'exécution de tache d'intérêt général, devraient être rendus publics. Par ailleurs, l'auteur, malgré sa conviction de l'excellence du régime concessif, qui associe l'administration et le secteur privé en une tâche à la fois lucrative et d'intérêt général, n'approuve pas toutes les dispositions prises dans ce domaine. Sur la base d'une longue expérience internationale, il formule des appréciations qui, dans certains cas, pourront paraître sévères. Mais, cette sévérité est la raison d'être de cet ouvrage, qui ne saurait être un simple manuel décrivant de façon flatteuse les pratiques actuelles en la matière. Les problèmes posés étant les mêmes dans les pays de droit administratif et ceux de *common law*, le régime concessif devrait s'unifier peu à peu dans les différents ports du monde. Si cet ouvrage peut y aider, il aura atteint son objectif.

SIGLES ET ABREVIATIONS

ACA	Agence pour l'assurance du commerce en Afrique
Agreement	BOT License Agreement (Inde)
AJDA	Actualité juridique, Droit administratif, Paris
Art.	Article
Ass.	Assemblée
BOOT	Build, own, operate, and transfer
BOT	Build, operate, and transfer
CE	Conseil d'État
CEE	Communauté économique européenne
CET	Construit, exploite, transfère
cf.	conférer
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNUCED	Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour l'unification du droit commercial international
Cons. Conc.	Conseil de la concurrence, Paris
ECT	European Container Terminal
EIC	European International Contractor
EM	Éditions du Moniteur, Paris
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development
EVP	Équivalent vingt pieds
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs-conseils
Grands Arrêts	P. Long, P. Weil et G. Braibant, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1986
HMSO	*Her Majesty's Stationary Office*
IAPH	International Association of Ports and Harbors
IL	Illinois
IR	Informations rapides
JCP	Jurisclasseur périodique, Paris
JDI	*Journal du droit international*, Paris
JMM	*Journal de la marine marchande*, Paris
JNPT	Jawaharlal Nehru Port Trust

JOCE	*Journal officiel des Communautés européennes*, Bruxelles
JORF	*Journal officiel de la République française,* Paris
JTP	*Journal of Transport Policy*, Londres
Lebon	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris
MA	Massachussetts
MD	Maryland
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MPM	*Maritime Policy Management*, Cardiff puis Londres
NEDO	National Economic Development Office
OACI	Organisation de l'aéronautique civile internationale
OHADA	Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONUDI	Organisation des Nations Unies pour le Développement de l'Industrie
PA	Pennsylvanie
PFI	Private Finance Initiative
PENPC	Presses de l'école nationale des Ponts et Chaussées
PSP	Presse des Sciences Politiques, Paris
PUF	Presses universitaires de France, Paris
R.Adm.	*Revue administrative*, Paris
R.A.	*Revue de l'Arbitrage*, Paris
RDAI	*Revue du droit des affaires internationales,* Paris (bilingue)
RDP	*Revue de droit public*, Paris
Recueil	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg
RFDA	*Revue française de droit administratif,* Paris
RTDC	*Revue trimestrielle de droit commercial,* Paris
Sec/	Section
SEFI	Syndicat des entrepreneurs français internationaux
Sirey	Recueil Sirey, Paris
SNCB	Société nationale des chemins de fer belges
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
Tx	Texas
UE	Union Européenne
UK	United Kingdom
US	*United States Reports* (arrêts de la Cour suprême des États-Unis)
USC	United States Code
VA	Virginie

LES CONCESSIONS D'OUVRAGES, D'OUTILLAGES ET DE SERVICES PORTUAIRES

Dans la concession… parce qu'ils sont attelés tous les deux à une même tâche d'intérêt général, l'Administration et son co-contractant se présentent comme deux collaborateurs à une même œuvre. Le contrat administratif est un contrat de collaboration. C'est pour l'Administration un moyen de recruter des collaborateurs dont elle a besoin.

H. P. Bénoit
Le droit administratif français
Dalloz, Paris, 1958, p. 592

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements 4
Avertissement 5
Sigles et abréviations 6
Avant-Propos 13

I. La notion de concession portuaire 21

A LA CONCESSION / 21

a. Définition et formulations 21
b. Contenu 29
c. Objet de la concession 30

B LE CONTRAT DE CET/BOT / 33

a. Définition et formulation 33
b. Objet 34

C AFFERMAGE ET CONVENTION D'EXPLOITATION / 37

D LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE (PFI) / 38

II. Fondement des concessions 41

A DONNÉES ÉCONOMIQUES DE LA CONCESSION / 41

B FONDEMENT DOMANIAL DE LA CONCESSION / 44

C PARTENARIAT / 46

a. Partenariat entre personnes publiques 46
b. Partenariat public-privé 49

D PARTAGE DES RISQUES / 52

a. Catégories de risques 52
b. Répartition des risques 54

E PRESTATION DE SERVICE PUBLIC / 58

a. Définition et domaine 58
b. Application 61
c. Applications du régime juridique 64
d. Service public portuaire et *common law* 67

III. Cadre juridique des concessions 73

A DROIT APPLICABLE / 73

a. Dossier de la concession 73
b. Application de la loi du for 74
c. Choix du droit applicable 77
d. Sécurité juridique 78

B SOURCES DU DROIT / 82
a. Sources de droit international ... 82
b. Législations ... 86
c. Cahier des charges ... 87
d. Octroi de la concession ... 90
e. Convention de concession ... 92
f. Avenants au contrat ... 95
g. Caractère personnel de la concession ... 96
h. Conclusion : La concession, institution publique ... 102

IV. Désignation du concessionnaire ... 103

A IDENTITÉ DU CONCESSIONNAIRE / 104
a. Le concessionnaire, seul cocontractant ... 104
b. Le concédant concessionnaire ... 106

B MODE DE DÉSIGNATION DU CONCESSIONNAIRE / 110
a. Appel à la concurrence ... 111
b. Droit international ... 112
c. Droit interne ... 115
d. Offres spontanées ... 117

C ATTRIBUTION DE LA CONCESSION / 118
a. Dossier d'appel à la concurrence ... 118
b. Les critères de sélection des concessionnaires ... 119
c. Négociations en vue de l'attribution ... 123
d. Contestation de l'attribution du contrat ... 125

D CRITÈRES DE CHOIX DU CONCESSIONNAIRE / 126
a. Approche par les flux financiers ... 126
b. Approche par les tarifs ... 128
c. Approche multicritères ... 130

V. Exécution du contrat de concession ... 135

A MISE EN PLACE DE LA CONCESSION / 135

B OBLIGATION DU CONCÉDANT / 141

C OBLIGATION DU CONCESSIONNAIRE / 144

D ALÉAS D'EXÉCUTION / 152
a. La force majeure ... 152
b. Imprévision ... 155
c. Changement de circonstances *(hardship)* ... 157

E LITIGES ET CONTENTIEUX / 159
a. Règlement par voie judiciaire ... 159
b. Règlement amiable et transaction ... 160

c. Arbitrage 162
d. Voies d'exécution 167
e. Litiges entre concessionnaires et usagers 169

VI. Terme, renouvellement et retrait des concessions 171

A TERME ET RENOUVELLEMENT / 171
a. Durée contractuelle des concessions 172
b. Renouvellement de la concession 176

B EFFET DE L'EXPIRATION DE LA CONCESSION / 177

C FIN AVANT TERME DE LA CONCESSION / 178
a. Précarité de la concession 178
b. Résiliation à l'initiative du concessionnaire 179
c. Résiliation par le concédant 182
d. Résiliation sanction (déchéance) 186
e. Résiliation anticipée d'accord parties 189
f. Impact financier 190

VII. Cadre financier de la concession 195

A CADRE DE FINANCEMENT / 196
a. Autonomie de la concession 196
b. Répartition des financements 197
c. Modes de financement 200

B COUVERTURE DES RISQUES FINANCIERS / 204
a. Protection du concédant 204
b. Protection du concessionnaire 205
c. Protection des investisseurs 207

C RÉGIME DES BIENS / 214
a. Classification des biens 215
b. Amortissements 218

VIII. Gestion financière de la concession 221

A PLANIFICATION FINANCIÈRE / 221

B OBJECTIFS FINANCIERS / 222
a. Équilibre financier 222
b. Rentabilité financière 225

C RECETTES DU CONCESSIONNAIRE / 227
a. Nature et base des ressources 227
b. Application des tarifs 232

D RECETTES DU CONCÉDANT / 237
a. Généralités 237

b. Droit d'entrée ou de licence 239
c. Redevance foncière 241
d. Redevance de trafic ou *royalty* sur le trafic ou les recettes 243
e. Contributions diverses 245
f. Fonds de réserve 247

E FISCALITÉ / 248

IX. Contrôle et régulation de la concession 251

A CONTRÔLE / 251

a. Définition et contenu 251
b. Mise en œuvre 252

B RÉGULATION / 255

a. Définition et objet 255
b. Domaine de la régulation 256

C MISE EN ŒUVRE DE LA RÉGULATION / 266

a. Organes de la régulation 267
b. Méthodes et régime de la régulation 270
c. Efficacité relative de la régulation 271

X. Évaluation des concessions 275

A RÉGIME FRANÇAIS DES CONCESSIONS / 275

B AVANTAGES PRÉSENTÉS PAR LES CONCESSIONS / 277

C INCONVÉNIENTS DES CONCESSIONS / 279

a. Inconvénients pour les parties au contrat 279
b. Inconvénients pour le public 281

D LA CONCESSION, CHOIX POLITIQUE / 283

E CONCLUSIONS GÉNÉRALES / 284

Index 287

AVANT-PROPOS

Par Dr Yann ALIX, délégué général de la Fondation Sefacil et ancien directeur de l'IPER – Le Havre

Jean Grosdidier de Matons entame en 1999 son ouvrage *Droit, Economie et Finances Portuaires* par un avertissement « (…) *un traité, qui vieillit vite, est moins utile par ce qu'il contient que par les perspectives qu'il ouvre* ». Ce vœu résume en quelque sorte la carrière visionnaire d'un professionnel qui préfère s'exiler sous les bons auspices américains de la Banque Mondiale plutôt que de tomber dans un consensus intellectuel hexagonal. Pendant plus d'un demi-siècle, Jean Grosdidier de Matons s'est imposé comme un démiurge du savoir portuaire mondial, faisant profiter de son expérience et de son audace les autorités portuaires de tous les continents.

A la sortie de la Seconde Guerre mondiale, la (re)construction ouest-européenne constitue un terreau idéal pour tous les praticiens du secteur portuaire. L'édification des quais, digues, enrochements et autres épis portuaires relèvent d'une compétence d'obédience régalienne sous la férule des diplômés de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées. A cette époque, les modalités de la relation entre une autorité publique et des entreprises privées n'entretiennent aucune littérature. Le port jouit d'une souveraineté publique inaliénable. Son rôle stratégique se couple d'une ambition socio-économique pour défendre des intérêts nationaux. Les ports regardent alors exclusivement vers la mer puisque la puissance des nations contemporaines relève de la maitrise des mers et des océans. Comme le rappelle le professeur André Vigarié en 1979 en évoquant la définition générique d'un port « *(…) une aire de contact entre les deux domaines de la circulation terrestre et de la circulation maritime ; son rôle est donc d'assurer une solution de continuité entre deux schémas de transports adaptés à la traversée de deux espaces aux caractéristiques différentes* ». Finalement,

l'organisation des systèmes de transport maritime internationaux demeure sensiblement identique aux premières formalisations techniques et commerciales des thalassocraties méditerranéennes décrites par Fernand Braudel.

Les ports relèvent d'une politique publique nationale qui investit, planifie, contrôle et commande. A l'époque, Jean Grosdidier de Matons s'émeut du manque de visions économiques de l'ensemble. Il n'hésite pas à relever le « caractère primitif des statistiques » tout en dénonçant l'absence de contrôle financier de la dépense publique, sans parler de l'ignorance des règles élémentaires de gestion. Il faut dire que les « Trente Glorieuses » ont de part et d'autre de l'Atlantique gavé les interfaces portuaires de marchandises de toutes natures et de tous gabarits. L'opulence des trafics n'aiguise de nulle manière l'appétence d'une concurrence entre grands ports ; chacun finalement trouvant son trafic à son établissement, sa filière de produits à sa route maritime.

Les considérations juridiques portuaires se testent seulement avec les premières réformes institutionnelles. En 1962, le rapport de la *Commission Rochdale* en Grande-Bretagne met en avant le manque effarant d'investissements dans les infrastructures portuaires. Il pointe du doigt les dérives d'une gestion corsetée dans un cadre juridique totalement obsolète. Cela aboutit au *Harbour Act* de 1964 qui accouche du *National Port Council* en charge de repenser, notamment, la législation portuaire britannique.
Le processus de décolonisation, notamment des anciens territoires sous contrôle français, aiguise les débats sur les cadres légaux et réglementaires de gestion des interfaces portuaires. Les ports francophones ouest-africains dupliquent fidèlement le « modèle » de l'ancienne colonie avec des tâtonnements qui font et défont des Conseils d'administration, des Commissions de surveillance, des directions générales ou des statuts centralisateurs de Sociétés d'Etat. Dès 1954, Jean Grosdidier de Matons officie au Port de Douala où il initie une informatisation unique en son genre avec l'introduction des cartes perforées ! A Douala, puis à Abidjan, il innove en modernisant les capitaineries, en développant leurs compétences, en renforçant la qualité de leurs personnels dans un modèle bien adapté aux besoins locaux.

A la même époque en France, la réforme des ports autonomes de 1965 génère une intense vague de « négociations » où les éléments juridiques portuaires sont au cœur des enjeux. Les espaces portuaires expérimentent de profondes transformations sous l'impulsion des investisseurs industriels. Une recomposition des fonctions portuaires s'adosse sur des installations lourdes qui connectent physiquement des réseaux de stockage, de transformation et de distribution. Dans les tribunes spécialisées anglo-saxonnes, le professeur James Bird parle alors de *gateway* pour irriguer des *hinterland* qui se superposent dans une nouvelle dimension concurrentielle. La limite des aires de chalandise ne se restreint plus à la frontière politique d'un Etat. La nature

des produits manutentionnés conditionne le portfolio des services et des fonctions offertes par un établissement portuaire. La spécialisation et le gigantisme des navires impliquent la construction de nouveaux sites portuaires avec des terminaux aux dimensions inusitées, nécessitant la mobilisation de capitaux publics… et privés.

La loi de 1965 sur l'autonomie des grands ports français a pour impérieuse ambition d'équiper les appareils portuaires nationaux. Les besoins de financement appellent à modifier les modes d'administration pour permettre l'intégration progressive des investisseurs privés. Ces derniers revendiquent de manière légitime des sièges dans les organes de décision, aux côtés des représentants légaux de l'administration française. Face aux pragmatismes hanséatiques, les cadres réglementaire et législatif français apparaissent en retard même si les premières autonomies portuaires datent de 1920 ! La création de conseils d'administration et la gestion des affaires par des directions portuaires redonnent du pouvoir aux intérêts locaux/régionaux, et notamment aux forces entrepreneuriales privées ainsi qu'aux municipalités. Le professeur Pierre Bauchet rappelle justement : « *(…) dans le passé, les établissements portuaires étaient principalement tournés vers des activités maritimes ; d'autres activités, commerce, banque et logistique étaient assurés par la communauté urbaine de façon relativement indépendante* ». Or, les destinées portuaires sont entrées dans une économie industrielle mondialisée ou, comme le qualifiait alors le professeur italien Adalberto Vallega, dans une phase d'« *expansione rapida delle economia neoindustriale* ».

Néanmoins, les enjeux économiques, financiers et industriels ne trouvent toujours que très peu d'échos encore du côté des *sciences juridiques* ! Jean Grosdidier de Matons travaille alors sa thèse de doctorat qui est défendue en 1969 sous un titre explicite « *Le régime administratif et financier des ports maritimes* », suivi à peine 2 ans plus tard par un document qui ne laisse guère de place à l'interprétation : « *Ports as a public service: the evolution in France and in the United States ».* Cette approche comparée du droit français et du *Common Law* britannique n'aura de cesse d'animer la réflexion de l'exilé d'Outre-Atlantique qu'a toujours été Jean Grosdidier de Matons.

Les Etats-Unis, sûrement plus décomplexés que les autres nations sur la responsabilité du secteur privé, jouent un rôle moteur dans le processus de déréglementation et l'émergence de nouvelles relations entre les sphères publiques et privées au niveau portuaire. Paradoxe de l'histoire, ce sont pourtant ces mêmes contraintes réglementaires sur la circulation des poids lourds entre Etats américains qui obligent le trublion Malcom MacLean à transgresser les usages du transport des marchandises. L'histoire est en marche avec des remorques sans *boggies* qui se déposent sur le *deck* de l'*Ideal X*, ancien pétrolier converti pour assurer ce qui sera la première liaison « conteneurisée » de l'histoire. Nous sommes alors en 1956 et le défi de la conteneurisation n'est pas encore cerné par les autorités portuaires. Anecdote oubliée

de l'histoire, c'est paradoxalement une compagnie ferroviaire canadienne (*Canadian National Railway*) qui avait, dès 1953, lancé un navire construit pour transporter des boîtes réfrigérées standardisées (les fameuses *Canex*) entre les provinces du Newfoundland et de la Nouvelle-Ecosse !

La conteneurisation accélère la transformation des modalités de gestion des terminaux portuaires. Les plus concernées par cette « mise en boîte » des marchandises générales diverses restent les forces de travail œuvrant sur les terminaux. La mécanisation des manutentions fait planée une menace sur les débardeurs alors que les productivités explosent. Le ratio entre le nombre d'hommes mobilisé et le tonnage manutentionné est sublimé. Dorénavant, les escales des navires se comptent en jours en non en semaines. Autre paradoxe de l'histoire, cette fois-ci, les travailleurs de l'espace portuaire disposent d'un arsenal juridique spectaculaire pour protéger leurs ententes corporatistes et autres accords syndicaux tacites hérités des luttes ouvrières historiques. Le droit est « en avance » pour contrer les révolutions opérationnelles que la systématisation du conteneur impose sur tous les continents et dans tous les ports généralistes du monde. En France, le slogan « les ports, patrimoine français » résume les revendications avec en écho le droit et les acquis écrits de la Loi du 6 septembre 1947. Loïc Hislaire parle même de « lutte contre la privatisation des quais » par la très puissante Fédération Nationale des Ports et Docks, particulièrement experte dans la connaissance des textes réglementaires régissant le travail sur les terminaux métropolitains. Aux Etats-Unis, « *The battle for NewYork's port* » comme l'écrit Marc Levinson marque les esprits portuaires planétaires. Les avocats défenseurs des lois passent largement au second plan dans les joutes épiques entre les syndicats des travailleurs portuaires, les syndicats du patronat et les autorités portuaires de New-York.

Néanmoins, les massifications naissantes sur la route de l'Atlantique Nord et les pressions des chargeurs encouragent le positionnement des intérêts privés dans la gestion et l'exploitation des terminaux à conteneurs. Dès 1968, Manchester Liners lance 3 nouveaux navires porte-conteneurs de 500 evp (« équivalent vingt pieds » en anglais *TEV : Twenty-foot equivalent unit*, unité approximative de mesure de conteneur) pour assurer des services réguliers entre Montréal et Manchester. Au port d'Anvers, Gustaaf de Monie rappelle les batailles entre les grands manutentionnaires comme Hesse Natie, Noord Natie, Gylsen et Westerlund pour prendre le contrôle des premières concessions conteneurisées, attribuées par l'Autorité Portuaire à partir de 1966 et 1967. Aux Etats-Unis, la multiplicité des formes administratives et légales des ports permet une émancipation commerciale sous la pression des armements U.S. qui surfent sur la vague de la conteneurisation. Pas moins de 11 formes de gestion portuaire sont reconnues aux Etats-Unis avec des ports « municipaux » comme Los Angeles et Long Beach, des ports « d'Etat » comme au Maine ou à Hawaii ou même des ports à l'autorité bicéphale comme le New York & New Jersey Port Authority.

Dans ce contexte, des juridictions « souples » comme à Los Angeles favorisent l'investissement direct de American President Lines et de Matson Navigation dans des formules de *leasing* de terminaux conteneurisés dédiés. Le tout est négocié entre autorités publiques de tutelle, syndicat des dockers et de puissants acteurs connexes comme les *US Coast Guard* ou le *US Army Corps of Engineers*. Jean Grosdidier de Matons trouve dans ces développements un terrain de réflexions idoine avec la production de textes sur les formes de privatisation des activités de gestion et d'exploitation des terminaux. *Port privatization, a historical and public administration perspective* et *Privatising transport systems* constituent deux références importantes en anglais.

Le terme même de privatisation est au cœur des débats dans les années 1970 dans un environnement réglementaire en pleine révolution avec les prémices du premier choc pétrolier. L'opportunité de lancer des appels d'offres pour confier l'exploitation d'un terminal à une entreprise privée marque un changement radical dans l'univers portuaire international. La maîtrise managériale, économique, logistique et financière pourrait être confiée à une entreprise pouvant elle-même se déployer sur plusieurs terminaux, parfois immédiatement concurrents, pas nécessairement dans le même pays. Ce qui parait une évidence aujourd'hui représentait à l'époque pour beaucoup une forme de dérive. Les plus conservateurs y voient même l'expression d'une déliquescence des appareils d'Etat inaptes à assurer leurs engagements régaliens pour le bien être économique et social de la Nation ! Dans un rapport de *Cargo Systems* où Jean Grosdidier de Matons partage l'expertise avec Gustaaf de Monie, Alfred Baird, John Carr ou encore le professeur Richard Goss, le rapporteur de l'étude, Sydney Cass, rappelle : « *while these companies have much to offer in the form of capital, managerial expertise and market acumen, their interests are global rather than local or regional and corporate rather than public* ».

Les années 1980 sonnent comme celles de la dérégulation portuaire dans de très nombreux pays. La globalisation économique se tisse sur l'aptitude des réseaux maritimes à connecter toutes les régions du monde. Les premières densifications de trafics dans des boîtes conteneurisées concourent à modifier les rapports de force entre grands ensembles économiques mondiaux. Les productivités portuaires se différencient d'une région à l'autre et le recours aux opérateurs privés laisse souvent à penser que l'efficience se gagne par le simple fait de confier son exploitation aux entreprises spécialistes. Typiquement, Burkhalter évoque combien la compétitivité internationale des fèves de soja sur le marché mondial peut être tributaire des coûts imputés au seul passage portuaire : « *(…) the cost of producing Brzailian soya beans which was US$ 165 tonne and the cost of loading them abroad ships was 65 US$ for a total of 230 US$, while in the U.S., soya beans were produced at US$ 195 per tonne and loaded at only 20 US$ per tonne for a total of US 215*."

Jean Grosdidier de Matons ne tombe pas nécessairement dans ces facilités de résumer l'intégration du grand capital comme un gage d'amélioration des performances générales portuaires. Il s'évertue plutôt à éclairer les conditions propres de l'implication de l'argent privé en complémentarité des deniers publics. Ses nombreux textes nourrissent deux générations de gestionnaire portuaire via ses interventions dans les séminaires de l'Institut Portuaire d'Enseignement et de Recherche (IPER) au Havre. La liste non-exhaustive ci-après donne une idée de la densité des savoirs offerts à des stagiaires issus pour la plupart des pays en voie de développement :

- Le processus de décision de l'investissement portuaire – L'évaluation des investissements portuaires, 134 p.
- Port facilities and service concessions (build, operate, transfer schemes), 57 p.
- Les concessions d'ouvrages et de services portuaires, 116 p.
- Les distorsions de la concurrence, 49 p.
- Les objectifs économiques des ports maritimes, 191 p.
- Subventions et politiques tarifaires, 76 p.
- L'administration publique des ports et l'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire, 122 p.
- L'intervention du secteur privé dans les ports et dans l'industrie portuaire, 96 p.
- Les objectifs financiers des ports maritimes, 58 p.
- Public ports administration and the intervention of the private sector in the port industry, 120 p.

A ce stade, je me permettrais une digression toute personnelle alors que j'eus le privilège de croiser Jean Grosdidier de Matons pour la première fois dans les locaux de l'IPER au Havre. Enseignant et pas encore directeur de l'IPER, j'eus l'audace de demander une audience au professeur Grosdidier de Matons. Pendant plusieurs heures, ce dernier m'a spontanément dressé un tableau explicitant toutes les subtilités entre les principales formes de partenariat public-privé. Jamais *BOT, BOOT, Lease Arrangements, joint ventures, management contracts*, etc… ne me furent expliqués avec autant de passion et de clarté. La ferveur de Jean est tellement communicative et son savoir tant reconnu que mes périples portuaires africains se saluaient toujours de messages d'affection à l'égard de « leur professeur ».

Ses innombrables missions de consultant pour la Banque Mondiale permettent à Jean Grosdidier de Matons d'enclencher les évolutions réglementaires indispensables à la modernisation des appareils portuaires des pays en voie de développement. A titre purement indicatif et sans être exhaustif, entre 1995 et 1997, le professeur Grosdidier de Matons a servi les intérêts portuaires et nationaux des pays suivants : Chine, Zaïre, Côte d'Ivoire, Sénégal, Malaisie, Guinée, Rwanda, Guinée Bissau, Maroc, Sierra Léone, Burundi, Togo, République Centre Africaine. La révision des institutions, la réforme des cadres réglementaires, la mise en place de codes, l'accompagnement sur des transferts de compétence et de services ; autant de missions et autant d'expériences inter-

nationales qui ont nourri l'ouvrage *Droit, Economie et Finance portuaires*, « bible » de plus de 1000 pages pour la plupart des gestionnaires portuaires francophones.
En 2009, je déjeune avec Jean Grosdidier de Matons dans les locaux de la Banque Mondiale. Les dérives potentielles de monopolisation des affaires portuaires par les opérateurs globaux de terminaux animent nos débats. Je rentre de Djibouti où DP World a inauguré son nouveau terminal de Doraleh. Jean revisite la planète portuaire et met en exergue le poids financier de ces géants de la manutention conteneurisée. Les services portuaires font l'objet de pratiques spéculatives avec des investissements stratégiques parfois pas toujours en phase avec les intérêts supérieurs de la Nation qui concède son terminal conteneurisé. Jean évoque le protectionnisme politique américain suite à la vente de P&O Ports aux intérêts de Dubaï. Nous évoquons aussi le poids considérable des armements dans les facteurs finaux sur la décision d'un touché portuaire. Le professeur Brian Slack avait raison d'écrire en 1993 : « Pawns in the Game : Ports in a Global Transportation » ! Bien sûr, les projets fusent ! La fondation SEFACIL et son concept de première fondation de philanthropie logistique trouvent une approbation enthousiaste chez le professeur Grosdidier de Matons. La volonté de diffuser massivement une littérature maritime, portuaire et logistique en langue française apparaît comme une idée lumineuse dans l'esprit de l'intellectuel.

Et si l'on renforçait notre collaboration pour continuer de réfléchir ensemble sur les pratiques en perpétuelle évolution des conventions d'exploitation ?

Il en découle une série de papiers dont le plus important est défendu lors du Transport Forum 2011 de la Banque Mondiale à Washington. La contribution porte sur la mise en concession d'un guichet unique portuaire au port de Cotonou au Bénin. Concept nouveau et novateur, Jean met ses 60 années d'expériences à mon service pour démontrer le bienfondé de concéder des services informatiques communautaires en Afrique de l'Ouest.

Et puis, il y a la folle aventure de sortir une édition unique sur les concessions portuaires. Vaste chantier déjà très avancé dans l'esprit de Jean. Nous entretenons une relation épistolaire transatlantique ponctuée de furtives rencontres américaines. Le manuscrit est prêt en moins de 18 mois pour être accepté par les Editions EMS qui font un travail remarquable de valorisation du travail juridique du professeur. Marc Juhel, Sector Manager – Transport à la Banque Mondiale, encourage la fondation à éditer l'ouvrage. Une version anglaise est même discutée. Nous sommes en 2012 et Jean Grosdidier de Matons n'a toujours pas pris sa retraite !

Dr Yann ALIX
Délégué Général
Fondation Sefacil

I - La notion de concession portuaire

A - LA CONCESSION

a. Définition et formulations

1. Définition juridique.

La concession *stricto sensu* est définie ci-après. Elle porte sur des travaux, des fournitures et des services, élément matériel et immatériel.

« La concession est l'acte par lequel la puissance publique, dite autorité concédante, confie, par un contrat soumis aux conditions de cahiers des charges, à une personne physique ou morale, dite concessionnaire, le droit de financer, de construire et d'exploiter, sur le domaine public un ouvrage et un équipement public dans un but de service ou d'intérêt public, à ses risques, mais soumis à un régime de régulation, pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage et l'équipement sont remis à l'autorité concédante, et au cours de laquelle le concessionnaire, peut recouvrer ses coûts d'investissement et de fonctionnement, et pour se rémunérer, perçoit des redevances sur les usagers de l'ouvrage et du service[1]. »

[1] Sur les concessions en général, consulter, outre les traités classiques de droit administratif C. Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, Paris, 1978. X. Bezançon, *Les services publics en France*, P.E.N.P.C., Paris, 1997, 2 vol. (exposé historique dans lequel manque les concessions portuaires). G. Liet-Veaux, *Identification de la concession de service public*, R. Adm., Paris, 1968, p. 715. J.-Y. Perrot et G. Chatelus, *Financement des infrastructures et des services collectifs*, P.E.N.P.C. Paris, 2004. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*. P.S.P. et Dalloz, Paris, 2004 (Bibliographie). C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public*, E.M., Paris, 2007. P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Litec, Paris, 2000, p. 48-49. J. Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure*, World Bank et Kluwer International, Washington, D.C., 2009. M. Baena de Alcazar, *Régimen juridico de la Intervencion administrativa en la Economica*, Tecnos, Madrid, ca 1970. Sur les concessions portuaires cf. J. Grosdidier de Matons, *Le régime administratif et financier des ports maritimes*, L.G.D.J. Paris, 1969, p. 71-89. *Droit, Economie et Finances portuaires,* P.E.N.P.C., Paris, 2000.

La rémunération du concessionnaire par l'usager est, en droit français, un critère essentiel de la concession, forme de délégation d'un service public. Ce point a été précisé par le Conseil d'État dans son arrêt Commune de Lambesc du 15 avril 1996[2] puis par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF. La concession est un puissant moyen d'économiser les ressources publiques, qui peuvent ainsi être autrement affectées. Elle permet de facturer le coût des prestations de services publiques aux seuls demandeurs de celles-ci et à leur juste prix. La concession est à l'origine de l'abondance des équipements publics, infrastructures en particulier, des pays qui la pratiquent.

2. Sens multiples du mot concession.

Une concession, *"l'un des plus vagues termes du droit administratif"*[3] est l'octroi de droits particuliers par l'autorité publique. Dans ce sens, et en particulier dans les ports, le mot désigne souvent des baux de louage, des contrats de prestation de services ou des affermages (*capital lease*). En droit français, la *concession domaniale* est simplement une location de terrain ou d'ouvrage appartenant au domaine public ; elle est alors aussi dénommée *amodiation*, terme emprunté au droit civil, où il désigne un bail avec partage des fruits. Le droit portuaire belge connaît la concession sous cette forme domaniale, sous un régime qui emprunte à la fois au droit administratif et au droit civil[4]. L'article 68 du Code tunisien des ports maritimes de 1999 applique le terme de concession à ce qui est en fait une location d'outillages. Dans le même pays, la loi n° 2008-23 du 1er avril 2008 relative aux concessions, définit la concession comme « *le contrat par lequel une personne publique…délègue, pour une durée limitée, à une personne publique ou privée, dénommée concessionnaire…l'exécution d'un service public ou l'utilisation et l'exploitation du domaine ou des outillages publics en contrepartie de rémunérations qu'il perçoit sur les usagers à son profit».* Dans ce texte, la participation financière du concessionnaire à la création d'ouvrages ou d'outillages n'est qu'une hypothèse parmi d'autres. La définition est donc très large et couvre des opérations qui peuvent être très différentes les unes des autres. Certaines des concessions citées dans le présent ouvrage, telles

Ch. VII. M. Kerf *et al., Concessions for Infrastructures. A Guide to their Design and Award,* World Bank Technical Paper N° 399, Finance, Private Sector and Infrastructure Network, World Bank, Washington, D.C., 1998. A. Estache et G. de Rus, *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure*, World Bank Institute, Washington, D.C., 2000. L.N. Shaw, K.M. Gwilliam, L.S. Thompson, *Concessions in Transport*, The World Bank Papers, N° 27, Washington, D.C., novembre 1996. M. Juhel, *Globalisation, Privatization and Restructuring of Ports*, International Journal of Maritime Economics 3 (2), Londres, 2001, pp. 139-174. J.M. Gondra Romero, *Régimen juridico de las operaciones de carga y descarga en el trafico maritimo*, Tecnos, Madrid. L.C. Montaner, *Administracion portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 273-293. L. Trujillo et G. Nombela, *Privatization and Regulation of the Seaport Industry.* Université de Las Palmas aux Grandes Canaries, World Bank, Washington, D.C., 2002.

2 R.F.D.A., 1996, p. 715-722.

3 G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, P.U.F. Paris, 1988, p. 1133.

4 Cf. Université d'Anvers. Notes d'exploitation et finances portuaires comparées, Anvers, 1987, chapitre II.

celles du terminal à conteneurs du port de Douala au Cameroun ou de Rosario en République argentine, sont des *concessions de service.* L'essentiel des ouvrages et des outillages sont fournis par le concédant. Leurs règles de fonctionnement sont proches, en général, de celles des concessions *stricto sensu,* incluant le financement préalable des ouvrages et des outillages par le concessionnaire.

3. Institutions internationales.

A partir de 1985 environ, les institutions internationales et parmi elles les banques de développement, ont découvert le partenariat public-privé, et avec lui les concessions. Les interprétations de la notion de concession varient quelque peu d'une institution à l'autre, ce qui peut influer sur les règles de droit qu'elles entendent y appliquer. Pour la Commission des Nations-Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), la concession est un contrat par lequel le concédant accorde au concessionnaire le droit de financer, construire et exploiter des ouvrages en vue d'un emploi public, pendant une période donnée, à l'issue de laquelle l'ouvrage revient au concédant. La définition ne se réfère pas à la notion de contrat et voit donc dans la concession un acte unilatéral. Pour la Banque mondiale, la concession est un contrat par lequel une autorité publique donne des droits et impose des obligations à un concessionnaire pour la mise en place et l'exploitation d'infrastructures. En matière de concessions portuaires, la Banque a précisé que « *la concession était un contrat assorti de conditions et d'objectifs, s'analysant comme un partenariat dont la réussite bénéficiait aux deux parties au contrat ».* Le *Guide législatif* de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) récuse l'emploi généralisé du terme concession tout en reconnaissant que le terme a un sens strict dans certains systèmes juridiques. Pour la concession telle qu'elle est comprise ici, le Guide emploie le terme Build, Operate, Transfer (BOT) applicable *« quand l'autorité contractante choisit un concessionnaire pour financer et construire un ouvrage et lui donne le droit de l'exploiter commercialement pendant un certain temps, au bout duquel la propriété de l'ouvrage est transférée à l'autorité contractante ».* Le BOT est analysé plus loin dans ce chapitre. L'Organisation des Nations Unies pour le Développement de l'Industrie ou *ONUDI* a publié en 1996 des *Directives pour le développement des infrastructures par des projets en CET (Construire, Exploiter, Transférer),* c'est-à-dire BOT Ces directives portent sur les aspects techniques, juridiques et financiers du montage en BOT Pour l'Organisation de l'Aéronautique civile internationale (OACI), la concession est « *le droit d'exercer une activité commerciale dans un aéroport, en principe avec un monopole… et en un emplacement déterminé »* [5] ce qui se réfère aux boutiques franches d'aéroports. Dans une étude britannique sur les privatisations d'aéroports[6], les concessions, c'est-à-dire le

[5] *Manuel sur l'économie des aéroports*, Montréal, 2006.

[6] Humphreys. Privatisation and commercialization, Changes in U.K. airport ownership patterns, *Journal of Transport Geography*, Cambridge, 1999, p. 121-134.

boutiquaire, sont identifiées comme une des sources de recettes des aéroports. La définition proposée par l'OACI et par l'étude citée ci-dessus, est reprise du droit ancien des États-Unis, qui désignait ainsi le permis accordé à un marchand forain. Qu'il s'agisse de l'OACI ou de la source britannique, ces auteurs ignorent les concessions d'aérodromes, combien plus importantes, et qui sont à plusieurs reprises citées dans le présent ouvrage.

4. Etats-Unis.

Les ports des Etats-Unis ont longtemps ignoré la concession, quoique les baux de terrain (*leases*) qu'ils pratiquaient au profit des usagers en fussent assez proches. La concession est apparue vers 2009 à Oakland *(*Californie) et Baltimore (Maryland). Elle est définie comme «une forme de bail », accord à long terme pour l'exploitation de service sur le domaine portuaire moyennant paiement d'une redevance avec engagement par le concessionnaire d'investir en ouvrage et en outillage, et de satisfaire à des conditions d'efficacité et de productivité[7]. Son objectif semble avant tout financier, pour alléger les charges d'investissement des établissements portuaires.

5. Droit anglais.

En droit anglais le terme « concession » a conservé son sens originel d'octroi d'un droit par l'autorité publique, éventuellement par l'intermédiaire d'une *franchise* ou permis d'opérer octroyé par l'administration[8]. Ceci explique sans doute pourquoi, dans les pays de *common law* lorsque la concession au sens strict est apparue ou réapparue sous le vocable *Build, Operate, Transfer,* ou BOT ce dernier sigle a été retenu pour la désigner, plutôt que le terme « concession » lui-même. Le terme a donc était utilisé pour désigner les contrats *Design, Build, Finance, Operate*, assez proche de la concession, passé en application du régime de partenariat public-privé de la *Private Finance Initiative* britannique des années 1990. D'une façon générale, désormais, dans les pays de droit anglais, le terme « concession » est utilisé pour désigner le contrat lui-même d'octroi de la concession, mais non pour désigner la concession elle-même.

6. Origine des concessions portuaires.

Les concessions de bacs, de ponts, de services divers, plus tard de canaux ou autres ouvrages, sont connues dès le Moyen Âge dans les pays de droit romain et féodal, en particulier en France. Gérés localement par les villes ou les communautés de marchands, en particulier dans les villes hanséatiques, les ports ne furent généralement pas concédés. À partir de 1830, le développement portuaire stimulé par l'apparition

[7] R.K. Johns & Associates, *An Analysis of Port Concessions,* Prepared on behalf of Manatee County Port Authority, 2010 (inédit).

[8] D.M. Walker. *The Oxford Companion to Law.* Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 266 et 487.

de la navigation à vapeur nécessita de nouveaux ouvrages et outillages qu'il fallut financer. Les ports français, faisant parti du domaine public, ne pouvaient être privatisés comme l'avaient été aux siècles précédents de nombreux ports britanniques. À une telle privatisation s'opposaient fermement les opérateurs privés, qui voulaient travailler sur un pied d'égalité dans un espace public ouvert à tous, et cadre d'un service public portuaire. Les ports français, d'autre part relevant de l'État, ne pouvaient être gérés en régie par les villes dans la tradition hanséatique applicable en particulier à Anvers. La concession apparut donc comme une solution pertinente qui, grâce à un partenariat, assurait un équilibre entre les intérêts public et les intérêts privés, entre la nécessité d'une gestion managériale d'entreprise et celle d'une protection de l'intérêt général. À partir de 1850, les chambres de commerce, institutions autonomes plus que séculaires, gérantes à la fois des droits et des devoirs du commerce et de l'industrie, mais dans un esprit de respect de l'intérêt public, se virent confier la gestion des ports par des concessions largement ouvertes à la sous-traitance. En même temps se développèrent, en particulier en matière de trafic de vrac, des concessions de terminaux spécialisés. À leur tour, les grands ports devenus établissements publics en application des lois d'autonomie de 1920 et 1965, concédèrent ouvrages et outillages[9] aux opérateurs privés. À l'étranger, les concessions se sont de même développées dans les ports propriétaires, principalement dans les pays de droit continental. En Europe, l'Espagne et l'Italie offrent des exemples d'un développement récent (1995-2005) des concessions portuaires telles celles de Barcelone et de Gêne.

7. Diffusion des concessions portuaires.

La concession portuaire décrite ci-dessus étendit sa présence à partir de 1860. Le Brésil l'adopta en 1869, la République argentine ensuite, l'Empire ottoman en 1887. Il l'étendra à ses phares et balises. Elle sera plus rare en Afrique subsaharienne, où les chemins de fer contrôlèrent souvent les ports, source pour eux de recettes qui vinrent compenser leurs pertes sur le trafic ferroviaire. Toutefois, le Sénégal a connu la concession du port de Kaolack, octroyé en 1930 à la chambre de commerce locale, pour trente ans. De même, la Côte d'Ivoire a connu en 1910 de brèves concessions de wharfs. Le développement des concessions, outil de service public, comme de gestion industriel, a été, pendant cette période, parallèle à celui des *trusts ports* de l'Empire britannique. Ceux-ci, établissements publics très autonomes prirent la relève des ports privés dans un mouvement de retour à une certaine publicisation amorcé par le *Harbours, Docks and Piers Clauses Act* de 1847. Et la gestion aberrante et incontrôlée des ports des États-Unis par les compagnies ferroviaires qui s'en étaient emparés, démontrait par l'absurde que le rôle du secteur privé dans les ports devait être encadré par des structures juridiques spécifiques, dont la concession offrait

[9] Cf. Bibliographie *in* J. Grosdidier de Matons, *Le régime administratif et financier des ports maritimes*, *op. cit.* note 1.

un exemple. Ces structures furent dans ce pays les établissements portuaires (*port autorities*), créés à partir de 1910. Ils pratiquèrent l'affermage de leurs ouvrages et outillages par des conventions (*leases*) proches à certains égards des conventions de concession. D'autre part, fondée sur des concepts de droit administratif, tels le domaine et le service public, la concession ne s'était pas développée dans les ports des pays de *common law.* Elle devait y apparaître à partir de 1980, sous deux influences. La première fut celle du développement du partenariat public-privé destiné à accroître les flux de capitaux finançant l'infrastructure des pays en voie de développement. La seconde fut la mutation du transport maritime avec l'introduction du conteneur. Celle-ci stimula le regroupement des entreprises de manutention portuaire en puissantes sociétés internationales développant des terminaux à conteneurs dans tous les ports du monde, terminaux établis et gérés sous forme de concession. Cette extension de la concession au-delà des pays de droit administratif traditionnel entraîna l'apparition du contrat de partenariat dit BOT pour *Build, Operate, Transfer*, déjà cité et qui sera examiné plus loin. Les ports italiens se sont ouverts aux concessions à partir de 1994 (loi 84/94).

8. Formulations.

Le droit continental, dont la concession, et celui des pays qui l'ont adopté ou s'en sont inspirés, offrent des exemples de définition de la concession, appliquée en particulier à la gestion portuaire. En France, le Code des Ports maritimes (Art. R 122-7)[10] dispose que « *les outillages mis à la disposition du public dans les ports maritimes peuvent faire l'objet d'une concession d'outillage public ».* Le droit administratif ne définit pas outillage portuaire. Le sens technique du terme est précis, son sens juridique ne l'est pas, et juridiquement les outillages peuvent être des ouvrages publics, cause de confusion sémantique. Par contre, les concessions d'autoroutes, ont été définies comme concessions de travaux et d'exploitation d'ouvrages publics, par le Conseil d'État le 12 juin 1987 dans l'arrêt *Comité de défense de la basse vallée de l'Adour et des Graves.* Cette dénomination pourrait s'appliquer aux concessions portuaires. L'Article 1 du cahier des charges français des concessions d'aérodromes[11] définit la concession comme un acte par lequel sont confiés au concessionnaire « *la réalisation, l'entretien, le renouvellement, l'exploitation, le développement et la promotion d'ouvrages, terrains, bâtiments, installations, matériels, réseaux et services nécessaires au fonctionnement de l'aérodrome ».* Cette formulation énumérative est incomplète, omettant des caractéristiques fondamentales de la concession, telle la rémunération par l'usager. Par ailleurs, si la concession est bien présente dans les droits portuaires des pays

[10] Cf. loi 65-491 du 29 juin 1965 sur les ports maritimes autonomes, autorisant les concessions d'outillage dans ces ports.

[11] D. 97-547 du 29.5.1997. *Cahier des charges type et convention de concession type applicable aux concessions accordées par l'état pour la construction, l'entretien et l'exploitation des aérodromes*. Articles 16, 21 à 23 mod. par le Décret 99-980 du 1.9.1999.

du Maghreb, du Maroc a l'Egypte, la directive 04/2008 de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (28 mars 2008) portant mise en place d'un cadre institutionnel harmonisé du sous-secteur maritime au sein de l'UEMOA ne mentionne pas les concessions portuaires sauf celles portant sur le remorquage.

9. Formulations - Autres Pays.

En Espagne, la législation ancienne et la loi portuaire 67/168 du 20 juin 1967 traitaient de la concession de travaux publics davantage que de la concession de service portuaire. L'article 14 de la loi N° 1 du 28 janvier 1966 sur le régime financier des ports disposait que *« les occupations des surfaces du domaine public dans les zones portuaires, le droit d'utilisation des installations portuaires dans des circonstances spéciales, la prestation de services publics, ainsi que l'exercice des activités commerciales ou industrielles dans la zone portuaire par des personnes qui y sont autorisées par les organismes gestionnaires feront l'objet de concessions administratives ou d'autorisations »*. Le contrat n'est pas mentionné. Le même article disposait que les consignataires de navires, agents, etc. exerçaient leurs activités dans les conditions réglementaires déterminées par l'administration portuaire. Le régime espagnol encadrait donc sévèrement les opérateurs et réservait une place spéciale à la concession. La loi 27/1992 du 24 novembre 1992 sur les ports de l'État et sur la marine marchande a repris ces dispositions. L'arrêté ministériel (*Ordo*) d'application du 2 août 1995 fixe les conditions générales auxquelles sont soumises ces concessions. Au Portugal, le recours à la concession est obligatoire. La loi 324/94 du 30 décembre 1994 assigne aux administrations portuaires un seul rôle de tutelle et de coordination, prohibant l'exploitation en régie des services de manutention et de stockage des marchandises. La loi italienne 84/94 de 1994 ouvre la voie aux concessions dans des ports jusqu'ici ports en régie. La Bulgarie a promulgué le 5 octobre 1995[12] une loi sur les concessions applicables aux ports et qui couvre, sous le nom de concession, les concessions domaniales, les concessions au sens propre et les affermages. La concession est à la fois un droit d'utiliser des propriétés publiques, y compris celles financées par le concessionnaire, d'y exercer des activités, et de gérer des monopoles d'État. En Egypte**,** la loi constitutionnelle de 1971 autorise l'octroi de concessions pour la création et gestion des services publics. Les articles 668 à 673 du Code civil disposent en matière de concessions, ainsi que la loi 127/1947, modifiée à plusieurs reprises, et la jurisprudence, s'inspirent fortement du droit français des concessions. À Madagascar, l'article 15 de la loi N° 2003-025 du 5 septembre 2003 portant statut des ports définit l'exploitation des ports comme un ensemble d'activités à caractère industriel et commercial, telles que manutention, entreposage, lamanage, remorquage, pilotage, etc., qui constituent autant de services publics et comme tels

[12] Texte dans V. Pechota, Ed., *Central and Eastern European Legal Materials*, Columbia University et Juris Publishers, New York, 2003.

(Art. 16) font l'objet d'autorisations sous forme de concession de services publics ou de permissions à usage entièrement privé. En Colombie, l'article 5.2 de la loi portuaire 01 de 1991 définit la concession comme *" un contrat administratif par lequel la Nation, par l'intermédiaire du Superintendant général des ports, autorise une société portuaire à occuper et utiliser de façon temporaire et exclusive les terrains du rivage et les zones contiguës pour la construction et l'exploitation d'un port, en échange d'une contrepartie économique au profit de la nation, des municipalités ou des districts où le port est exploité"*, ce qui regroupe (i) le contrat ; (ii) l'occupation domaniale ; (iii) la mission d'exploitation d'un port ; (iv) l'exclusivité de la concession ; et (v) l'obligation de redevance. Il manque la notion de risque, le retour des actifs de la concession au concédant, et la rémunération du concessionnaire par l'usager, aspects essentiels de la concession. Au Mexique**,** la loi portuaire de 1993 prévoit un large recours à la concession, *"permis d'exploiter et d'utiliser le domaine public des ports, les terminaux et les ports de plaisance, ainsi que leur construction et la prestation de services portuaires*". La loi mexicaine ne mentionne donc pas le recours à un contrat. Aux Philippines*,* la loi BOT N° 6957 du 19 juillet 1990, modifiée par la loi n° 7718 du 8 mai 1994, autorise le financement, la construction et l'entretien de projets d'infrastructure dans le secteur portuaire, ce qui a introduit les concessions dans un système juridique qui ne les connaissait pas[13].

10. Europe et organisations internationales.

Le droit de l'Union européenne, qui a d'abord ignoré la concession, en a donné une définition large comme : « *un acte par lequel une autorité publique confie à un tiers tout ou partie de la gestion d'une activité économique dont elle est normalement responsable et dont le tiers assumera désormais le risque d'exploitation* »[14]. La Banque mondiale n'a pas de définition officielle mais divers documents indiquent qu'elle utilise le terme concession au sens large, couvrant les affermages et autres autorisations. D'après un rapport de consultant, la Banque asiatique de développement définit la concession comme un affermage d'ouvrages et d'outillages portuaires « *avec droit de fournir des services en utilisant ces ouvrages et outillages, le concessionnaire s'engageant également à procéder à des investissements spécifiques pour améliorer la capacité et la qualité des services à rendre* ».

[13] Sur les concessions aux Philippines, cf. AAG Quirino, *Implementing and Financing BOT Projects. The Philippine Experience. Private Investments Abroad*, Austin, TX, 1995 C. 5.

[14] Cf. Directive 92/50/CEE sur les contrats de service public. Directive 93/37/EEC du 14 juin 1993 sur les marchés de travaux. Dossier vert sur les partenariats public privé.

b. Contenu

11. Spécificité de la concession.

La concession est un mode de délégation de service par lequel l'autorité concédante délègue à un tiers l'exécution d'une mission lui incombant. Cette délégation classe la concession dans les activités soumises au régime de droit public. Mais la concession n'est pas qu'un mode de gestion publique. Elle a un fondement économique. L'ensemble de ses caractéristiques et des règles qui la gouvernent, son association à des concepts fondamentaux tels que le service public, l'ouvrage et le domaine public (infra Chapitre II), en font davantage qu'une technique de gestion et de prestation de services. Elles en font une institution jouant un rôle important dans les affaires publiques. Ce caractère institutionnel a de nombreux impacts sur son régime juridique. Elle fait l'objet d'une convention, mais cette convention est établie conformément à des conditions générales ou cahier des charges *(General Conditions*). En résultera l'octroi d'un droit d'opérer (*Licence* ou *franchise)* de nature unilatérale. Ces différentes notions ont des natures juridiques différentes. Elles entrent éventuellement en conflit, ce que traduit une jurisprudence variée et évolutive. Celle-ci est parfois trop subtile au gré des opérateurs et administrateurs de culture technique. Si ancienne que soit la concession, elle occupe toujours une place essentielle dans le système juridique et d'administration publique des pays qui y ont recours. Le droit concessif est cohérent. Il assure la sécurité juridique et ne permet pas que des services administratifs différents, dans un même État, aient sur la concession des vues et des pratiques différentes.

12. Dimension politique de la concession.

La concession, institution de partenariat, est en outre une institution de gouvernement libéral par voie contractuelle et non pas unilatérale. Par la concession, l'État ne se limite pas à instruire un partenaire d'effectuer contre paiement une prestation de service public. Il convient avec lui du mode d'exécution de cette tâche. C'est pourquoi certains pouvoirs politiques ou administratifs mènent une lutte sourde ou ouverte contre la concession. Ils cherchent toujours à en réduire le caractère contractuel pour en renforcer les aspects réglementaires. La liberté contractuelle qui marque l'esprit concessif les gêne. Ils refusent de renouveler les conventions et reviennent à la régie, riche de perspectives clientélistes. Celle-ci est libre de contraintes et d'aléas contractuels ; elle fonctionne dans un cadre hiérarchique réglementé et sûr. Elle ne connaît aucun partage de compétences et de pouvoirs. Pourtant, la concession est un outil de responsabilisation du cocontractant, qui doit affronter les servitudes propres à l'exécution du service public, soumis en permanence à une demande exigeante de l'usager, aux droits plus étendus que ceux du simple client.

13. Concessionnaire et concédant.

La concession met en présence le concessionnaire et le concédant. Ce dernier est en principe le négociateur et le signataire de la convention de concession. Mais la loi peut réserver le titre et les compétences du concédant à l'autorité qui approuve la concession, le plus souvent le ministre de tutelle, ce qui peut modifier considérablement les conditions d'interprétation et d'application de cette convention.

c. Objet de la concession.

14. Diversité des objectifs des concessions.

Les concessions portuaires peuvent porter sur tout l'ensemble d'un port, infrastructures, superstructures, outillages et services afférents aux différents types de trafic. La concession est alors globale. Elle peut, le plus souvent, porter sur un terminal ou une activité déterminée, infrastructures et superstructures comprises ou superstructures seules. Ces différentes hypothèses sont examinées dans ce qui suit.

15. Concession de ports polyvalents.

La mise en concession de ports polyvalents accueillant tous les types de trafic et activités associées, incluant des infrastructures, a été la règle, lors de la diffusion des concessions au XIX^{e} siècle. Une longue durée de concession et un monopole d'exploitation commerciale en sécurisaient le financement. Les concessions portuaires au Maroc et dans l'Empire ottoman et en Amérique latine en ont fourni des exemples. À Tanger[15] au Maroc en 1923, la *Société internationale pour le développement de Tanger* avait le droit exclusif de construire, d'entretenir, de développer et d'exploiter le port, y compris les magasins et périmètres de stockage, sous douane ou hors douane. Toutes les infrastructures et superstructures étaient à sa charge. La concession du port de Beyrouth de 1887 avait été accordée à une société turque regroupant des intérêts français et libanais. La société est devenue française en 1921, libanaise en 1961. La concession d'origine portait sur tous les ouvrages et outillages y compris les quais, financés par le concessionnaire. Elle incluait un monopole de manutention[16]. La même période a vu se développer, dans l'Empire britan-

[15] Les concessions de ports au Maroc résultaient de l'Acte d'Algésiras de 1905, entre la France, la Grande-Bretagne et l'Espagne auquel ont adhéré ultérieurement d'autres états, comme les États-Unis. Ce traité prévoyait que, si la France devait aider le Maroc à moderniser son administration, celui-ci devait rester ouvert au commerce et à l'industrie des pays signataires du traité. En conséquence, les ports feraient l'objet de concessions. En fait, seules des sociétés françaises, au cours du protectorat, ont été candidates à des concessions portuaires. Ce système a eu un impact de longue durée sur le type d'organisation des ports au Maroc. Voir R. Lahaye, *Les entreprises publiques au Maroc*, Rabat, Université Mohammed V, 1961. J. Eyquem, *Les ports de la zone française du Maroc*, thèse, Université d'Alger, 1933.

[16] Modifiée à plusieurs reprises, elle a été retirée en 1990 par l'État après une période d'affermage. Un contrat d'affermage du terminal à conteneurs a été conclu en 2004.

nique en particulier, les concessions de ports polyvalents aux chemins de fer[17]. La concession de Manzanillo au Panama[18] (1993), couvre la remise en état de 30 hectares de terrains, la construction de deux postes rouliers et de deux postes à conteneurs, le dragage des chenaux à 10,5 et 12 mètres, la conversion de postes rouliers en postes à divers, les bâtiments d'administration, les ateliers, le montage des grues à conteneurs, pour un total de 51 millions de dollars, à investir sur cinq ans. Le concessionnaire jouit d'un monopole. À l'expiration de la concession, les ouvrages et outillages sont remis à l'État, mais le concessionnaire peut maintenir son rôle d'opérateur. À Sohar dans le Sultanat d'Oman a été créée vers 2000 la *Sohar Industrial Port Company*, contrôlée à 50 % par le Port de Rotterdam et à 50 % par le Sultanat. Elle est concessionnaire du port et l'infrastructure de base est financée par le trésor public. La société concessionnaire est essentiellement gérante et aménageur des 2 000 ha de l'espace portuaire au profit de sous-traitants et d'entreprises de transport, de logistique ou industrielles. À Madagascar, en application de la loi 2003-025 du 5 septembre 2003 portant statut des ports maritimes, les concessions portuaires peuvent prendre la forme de *concession globale de gestion et d'exploitation*. Seuls les concessionnaires sont autorisés à charger et décharger des marchandises sauf accord avec un sous-traitant[19].

16. Terminaux.

Le terminal comprend le terre-plein, les outillages et les aménagements nécessaires au traitement des marchandises et des passagers[20]. Il est ainsi « *…l'endroit (le lieu, l'espace, la surface, la zone) localisé où transite un trafic unique, géré par un opérateur, spécialiste de ce trafic, qu'il traite avec les moyens appropriés et la compétence nécessaire. …Le terminal à conteneurs portuaire est l'endroit où se traite le trafic de conteneurs faisant l'objet, avant ou après son passage sur le terminal, d'un transport maritime*. »[21]

17. Concessions de terminaux industriels.

Les concessions portuaires se sont développées lorsque des industries nécessitaient des ouvrages et équipements spécifiques, qu'elles étaient seules en mesure de mettre en œuvre au profit de leurs clients. Ainsi lorsque l'industrie pétrolière portuaire s'est développée. En France, au Havre, la concession de la Compagnie industrielle, maritime (1922) a porté sur la construction et l'exploitation de quelque 30 % de la superficie du port. À l'origine, quais et hangars à divers, et par la suite, dépôts

[17] Sur le contrôle des ports par les chemins de fer, cf. J. Grosdidier de Matons, *Droit, économie et finances portuaires*, Paris, 2000, *op. cit.* note 1.

[18] Panama, Gaceta Official, Ley N° 31, (21 décembre 1993).

[19] Décret 2004-699 portant application de la loi 2003-025 portant statut des ports, Art. 49 à 51.

[20] L. Fédi. *La notion de « terminal » : entre incertitudes de jure et certitudes de facto*. DMF 692, 2008, pp. 455-463. L. Fédi *et al. L'exploitation des terminaux portuaires face aux enjeux maritimes du XXIe siècle*, DMF 685, 2007, pp. 828-837.

[21] Définitions extraites de P. Emo et C. Tinel, *Terminal à conteneurs portuaires*, Celse, Paris, 1997, p. 21.

d'hydrocarbures et outillages correspondants, 460 mètres de quais, un môle à charbon de 450 mètres, un bassin creusé à 10 mètres. étaient inclus dans la concession. Des concessions du même type s'observent pour des terminaux céréaliers avec moulins proches des quais, pour des cimenteries avec postes de déchargement de *clinker*. La concession de Lorient (France, 1926) était accordée pour la construction et l'exploitation d'un port de pêche et d'entrepôts frigorifiques. Les autorités locales, la Chambre de commerce et le concessionnaire lui-même étaient associés avec l'État, qui a financé les grands investissements d'infrastructure.

18. Concessions de terminaux à conteneurs.

La manutention et le stockage de la marchandise diverse ont été à l'origine de nombreuses concessions. Le régime concessif a été vu comme un moyen de mettre de l'ordre dans des opérations que la répartition des tâches et des responsabilités entre manutentionnaire de bord (*stevedoring*) et manutention terre (*shorehandling*) rendait difficile à contrôler. La concession permettait une unification de ces tâches et responsabilités, un meilleur suivi de la main d'œuvre et accroissait la productivité. Cela a été, par exemple, le motif d'introduction de concessions portuaires au Brésil[22] en 1869, et au Pérou en 1872, par les soins, du reste, de manutentionnaires britanniques. Toutefois, jusqu'en 1960 environ, l'activité du concessionnaire se déployait le plus souvent sur un quai et des terre-pleins banalisés. La conteneurisation a alors encouragé la création de terminaux privatifs et autonomes, concessions propres à ce trafic. Le regroupement des armateurs et des opérateurs en entreprises ou consortiums disposant d'importantes ressources a encouragé cette création. Le développement de ces concessions, éventuellement filiales d'établissements portuaires étrangers, est caractéristique de la mondialisation, associée à la massification des échanges. Comme on l'a déjà relevé, elle réduit la capacité des ports à contrôler leur trafic. Les ports ne sont qu'un facteur dans un cycle de production dont les fins leurs sont étrangers, ce qui est en fait conforme à leur statut et vocation de service public.

19. Concessions de services portuaires divers.

Tous les services portuaires, autres que ceux de puissance publique, peuvent faire l'objet de concessions, allégeant d'autant les charges des finances publiques portuaires, mais au risque de créer des privilèges de rente. Les plus fréquemment concédés sont le remorquage, les silos, les entrepôts frigorifiques, l'amarrage et divers avitaillements. Le pilotage opère généralement dans un cadre statutaire. En 2011, la république du Benin met en place une concession de Guichet Unique portuaire qui

[22] Au Brésil, la Loi N° 1746 du 13.9.1760. Cf H. Siguero Silveira, *A concession de portos no Brasil*, Portos e Navios, Rio de Janeiro. 3.1983, p. 40-33. Sur la loi brésilienne de 1869 concernant les concessions et la législation postérieure, voir C.M. Pimentel *et al.*, *Evaluation of Brazilian port Legislation*, UNCTAD Monographs on Port Management, 19, New York, United Nations, 1999.

regroupera toutes les activités et formalités d'importation et d'exportation de marchandises dans le port de Cotonou.

B - LE CONTRAT DE CET/BOT[23]

a. Définition et formulation

20. Définition.

Le sigle CET/BOT, communément connu sous la dénomination BOT désigne le processus Construire, Exploiter et Transférer en anglais *Build, Operate, Transfer*. Le CET/BOT est défini comme « *un contrat par lequel un cocontractant des pouvoirs publics finance, construit, entretient et exploite un ouvrage ou des outillages d'intérêt public, contre rémunération par les usagers, et en transmet la propriété aux pouvoirs publics à terme convenu ». «… les recettes de l'exploitation assurant l'amortissement des emprunts contractés et les ouvrages et outillages financés étant le gage des sources de financement* ». Son objet est la mobilisation de capitaux nécessaires à des investissements publics, en particulier des infrastructures, sans que la puissance publique doive s'endetter ou compromettre l'équilibre de ses finances.

21. Origine.

Ce terme, plus précis que celui de concession, est apparu en Turquie en 1984. En fait, le droit administratif turc connaissait déjà la concession. Découvert alors par des juristes, économistes ou gestionnaires, qui ignoraient tout de la concession parce qu'étrangère à leur système institutionnel, le BOT a été présenté comme une nouveauté géniale[24]. Dans le domaine portuaire, il révolutionnait l'exploitation des ports dits *ports service* de tradition britannique. Ceux-ci avaient toujours assuré en régie la manutention et le stockage des marchandises et en tiraient l'essentiel de leurs ressources. Son introduction transformait ces ports en ports propriétaires. Elle bouleversait leurs finances et leurs habitudes de gestion. Telle était la nécessité de rassurer les dirigeants des établissements portuaires que les premières directives du gouvernement indien sur le sujet allaient même jusqu'à préciser avec soin que l'intervention des entreprises privées dans les ports n'avaient rien d'illégal[25].

---

[23] Sur les BOT, cf. B. du Marais, *Op. cit.*, note 1, p. 416 et s.

[24] Voir R. Schano, *A revolutionary formula for developing Turkish airports*, Airport Forum, Londres, 1. 1989 ; l'auteur découvre émerveillé la concession. Il est caractéristique que le système de la concession pour la construction et l'exploitation de terminaux dans un aéroport turc ait été introduit par l'Aéroport de Paris, lui-même familier des concessions. Cf. T. Merna et N.J. Smith, *Projects Procured by Privately Financed Concession Contracts*, Université de Manchester, U.K., 1994. J.M. Loncle, *Grands projets d'infrastructure, le montage Build, Operate, Transfer (BOT*), R.D.A.I., Paris, vol. 12, N° 8, 1997, p. 945-968.

[25] *Guidelines to be followed by Major Port Trust for private sector participation in the major ports*, Ministry of Surface Transport, New Delhi, ca, 1990.

22. Sémantique.

Les termes CET/BOT et concession voisinent. Dans un BOT son terme désigne l'institution et le terme concession est fréquemment utilisé pour désigner l'acte juridique par lequel le BOT est octroyé et convenu. Ainsi au Sri Lanka, le contrat portant sur le terminal à conteneurs de Colombo (1998) est désigné comme *Concession Agreement for Colombo BOT Container Terminal 1998.* En Inde, la convention type de B.OT. d'un terminal à conteneurs se prénomme *concession* et le sigle BOT n'y apparaît pas.

b. Objet

23. Variantes du BOT

On distingue un certain nombre de variantes du BOT, désignées par des sigles parfois répétitifs :

B.T.O. *Build, Transfer, Operate*. C'est la concession du droit administratif avec régime de domaine public, les ouvrages étant propriété domaniale dès leur construction.

B.O.O. *Build, Own, Operate*. Les ouvrages sont la pleine propriété du concessionnaire, soit sur un terrain loué, soit sur un terrain qu'il a acheté.

B.O.L. *Build, Operate, Lease*. Construire, exploiter, louer.

D.B.O.M. *Design, Build, Operate, Maintain*. Conception et construction de l'ouvrage, exploitation et entretien. C'est un affermage sans droit de propriété d'un ouvrage mis en place pour le compte de l'administration.

D.BOT *Design, Build, Operate, Transfer*. Même opération, mais avec propriété de l'ouvrage par le concédant à l'échéance du contrat.

B.O.D. *Build, Own, Deliver*. Construit, possède, remet. Livraison de l'ouvrage avant exploitation.

B.O.O.S.T. *Build, Own, Operate, Subsidies, Transfer*. Construit, possède, exploite, subventionne, transfère.

B.R.T. *Build, Rent, Transfer*. Construit, loue à un tiers, transfère. L'ouvrage est exploité par un fermier.

D.B.F.O. *Design, Build, Finance, Operate*, terme utilisé en Grande-Bretagne dans l'application de la *Private Finance Initiative* pour des projets de type concessif, tels les autoroutes.

24. Extension du BOT

Le BOT pénètre les régimes juridiques qui connaissent la concession et peut y introduire des confusions. La loi du 1er juin 1998 l'a ainsi introduit en Guinée. Celle-ci autorise la construction, l'exploitation, l'entretien et le transfert d'infrastructures par le secteur privé. Elle énumère six types de contrats de la catégorie BOT[26]. En Tunisie, le cahier des charges de la concession du terminal à conteneur de la Boulette (mars 2003), fait référence expresse au BOT. Toutefois, le texte du cahier des charges est strictement dans la ligne du droit administratif classique en matière de concession. La loi du 13 février 2004 a introduit le CET au Sénégal, qui connaissait déjà les concessions portuaires.

25. BOT et concessions.

Les définitions du BOT sont donc proches de celles de la concession. Concession et BOT sont *« une technique juridique contractuelle de financement, création et fonctionnement d'ouvrages et d'outillages, par laquelle est transféré pour exercice à un concessionnaire un ensemble de droits et d'obligations, de coûts et d'avantages mais la propriété des ouvrages et équipements demeure publique ou le devient en fin de concession »*[27]. Au Sri Lanka, l'article 2 du contrat de concession de terminaux au port de Colombo (1998) définit le BOT, qualifié de « *concession* » comme « *le droit et l'obligation exclusive de financer, de concevoir, de construire, d'équiper, d'essayer, de mettre en service, d'exploiter et d'entretenir les ouvrages.»* Aux Philippines, la loi[28] définit le BOT comme «*un arrangement contractuel d'après lequel le promoteur du projet entreprend la construction, y compris le financement, l'exploitation et l'entretien d'une infrastructure.»* Le promoteur exploite l'ouvrage pour une période déterminée durant laquelle il lui est permis d'être rémunéré par les usagers pour un montant lui permettant de couvrir ses dépenses. Au terme fixé, le promoteur transfère l'ouvrage à l'État ou aux autorités locales. Leurs objectifs matériels – financement, création et exploitation d'ouvrages portuaires – sont donc les mêmes. Mais le BOT est davantage qu'une variante de la concession.[29] Il n'entend pas déléguer un service public avec tout ce que cela incombe pour le concessionnaire. Il n'a pas la dimension et l'ambition institutionnelle de la concession, élément essentiel d'un vaste système de droit administratif centré sur le service public et ses exigences. Même soumis à un cahier des charges, il est moins rigide que la concession, davantage contractuel. Il permet une répartition plus équitable des risques, autorise des contrats plus

[26] F. Lichère et B. Martor, *Essor* des *partenariats public-privé en Afrique*, R.D.A.I. Vol. 2007, p. 297-311.

[27] G. Dupuis, *Sur la concession de service public*, Recueil Dalloz Sirey, Paris, 1978, Chronique, p. 222.

[28] Loi N° 6967, *An Act authorizing the financing, construction, operation and maintenance of infrastructure and for other purposes*, en date du 27 avril 1990 modifiée par le *Build-Operate-Transfer* Act N° 7718 en date du 8 mai 1994.

[29] Cf. J.-B. Auby, *Bilan et limites de l'analyse juridique de la délégation de service public*, R.F.D.A. N° 3, 1997, p. 3-14.

égalitaires, plus attirants pour l'investisseur et les sources de financement. Contrat utilitaire, son objectif est limité aux seules exigences d'un projet spécifique. Comme le montre l'énumération ci-dessus, il y a autant de modèles de contrats BOT, qu'il y a de situations**.** Ce contrat n'engage et ne concerne que les parties, dont il règle les seuls intérêts. Les usagers, tiers au contrat, n'en tirent aucun droit. Ils ne peuvent en exiger la publication car aucun devoir de transparence ne s'impose aux contractants. Le document contractuel demeure confidentiel et particulier aux seules parties au contrat.

26. Évolution du régime.

Le régime évolue. Des lois CET/BOT sont promulguées, qui fixent des règles générales applicables à tous les BOT. L'analyse de ces lois, des cahiers des charges et des contrats montre que l'intérêt collectif est loin d'en être désormais absent. Progressivement, BOT et concession se rapprochent, le BOT rénovant le cadre trop rigide de la concession. Nouveau venu dans les systèmes juridiques de *common law*, il ne pénètre le droit administratif à la suite du développement du partenariat public-privé, dont il est une des modalités. Il vient s'y confondre avec la concession, qui impose ses normes. Car les objectifs sont les mêmes : créer et exploiter un bien utile à la collectivité. Le *Guide législatif* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le financement des infrastructures par le secteur privé le rappelle fortement dès son introduction. Dans son projet de directive sur les ports, en 2001 la Commission de l'Union européenne voulait conditionner l'octroi des licences des opérateurs, portuaires en BOT à des critères d'intérêt général, usuels dans les conventions traditionnelles de concession. La loi sénégalaise du 24 février 2004 sur les contrats Construire-Exploiter-Transférer écarte certes le vocabulaire de la concession en qualifiant le concessionnaire *« opérateur de projet »*. Mais le terme *concédant* subsiste. Mieux, la loi dispose que la préqualification des candidats au contrat doit tenir compte « *de leur aptitude à assurer la continuité du service public »* et, ailleurs, en faveur de l'égalité des usagers devant le même service. De façon caractéristique, la loi BOT des Philippines (1990), désigne l'opérateur de projet en BOT, sous le nom de « *concessionnaire* ».

27. Application du régime de CET/BOT

Alors que le régime concessif séculaire est bien connu des entreprises et des administrations, celui de BOT, n'est pas automatiquement intégré au *corpus juris* local, cause de difficultés et de contradictions dans son interprétation. En 2003, la Fédération des entrepreneurs internationaux européens recommandait dans son Livre Blanc[30] que les gouvernements créent un service compétent pour la définition et le suivi des

[30] *EIC White Book on BOT/PPP*, Berlin, 2005, p. 5.

règles applicables en la matière afin que les administrations publiques interprètent uniformément les textes applicables. Mais l'interprétation du droit relève du juge. Le constat de carence de la Fédération est une reconnaissance implicite du rôle joué en France par le Conseil d'État à qui est dû, sans intervention du législateur, le *corpus* du droit concessif, repris implicitement ou même explicitement par d'autres systèmes de droit, aspects trop peu connus de la francophonie.

C- AFFERMAGE ET CONCESSION D'EXPLOITATION

28. Définition et domaine.

L'affermage est, dans les ports, la location par un opérateur, d'ouvrages et d'outillages appartenant à l'organisme portuaire loueur, le plus souvent complétés par des outillages appartenant à l'opérateur. Celui-ci rémunère l'organisme portuaire en fonction de ces résultats financiers ou du trafic, ce qui justifie le recours au terme « *affermage* » plutôt que « *location* ». Ces affermages sont fréquemment dénommés concessions et peuvent du reste inclure des éléments concessifs, tels un équipement ou un magasin construit par l'opérateur et qui revient à l'organisme portuaire au terme du contrat. Ces affermages avec investissements du locataire correspondent assez bien aux *leases* pratiqués dans les ports des États-Unis. En France, ils sont à l'origine de la convention type d'exploitation de terminal (2000)[31] citée dans cet ouvrage. Cette convention, malgré son titre limitatif, a pour objet « *le cas échéant la réalisation* » d'un terminal (Art. 1), qui peut comprendre (Art. 3) les *« aménagements ».* Cela peut inclure des terre-pleins, qui deviendront propriété du port, sous une forme ou une autre. La différence avec la concession est alors mince. Les concessions de « *la gestion, l'exploitation et la maintenance du terminal à conteneurs* » du port de Douala au Cameroun[32] de Cotonou au Bénin, le *lease* du port de Lagos Apapa au Nigéria en offrent des exemples, tout comme la concession du terminal à conteneurs de Port Louis à Maurice. Caractéristique également est le *lease* du port de Dar es Salam en Tanzanie. Là, la convention d'affermage stipule que les ouvrages sont financés par le concédant cependant que les outillages, qui viennent s'ajouter à ceux existants, doivent l'être par le fermier. Mais le concédant se réserve le droit d'acquérir au terme de la convention ces outillages, qui comprennent en particulier les engins de levage des conteneurs[33]. Il a priorité sur d'autres acquéreurs éventuels *(right of first refusal)* (Art.

[31] Décret N° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports maritimes autonomes et modifiant le Code des ports maritimes.

[32] Cahier des charges et convention pour la concession du terminal à conteneurs au port de Douala, Douala en date du 11 mars 2003.

[33] *Lease agreement between the government of the United Republic of Tanzania*, Tanzania Harbour Leases Authority and Tanzania International Container Service, Article 4.12.

8.3). On est donc très prêt de la concession. À Rosario, en Argentine, la concession consentie était un affermage du chargement, déchargement et stockage des marchandises et des services aux navires. L'Union européenne désigne comme « concession de travaux et services » les concessions objet du présent ouvrage, mais distingue mal l'affermage et la convention d'exploitation de la véritable concession, aux actifs préfinancés par le concessionnaire. Pour éviter toute confusion entre la concession et les autres contrats, le Guide de la Banque mondiale sur les concessions (1998) (infra Chapitre III) désigne les véritables concessions par les termes *« concession pure »* ou « *concession stricto sensu* », que l'on retrouvera dans le présent ouvrage.

29. France. Convention d'exploitation de terminal.

Cette convention, identifiée plus haut, a pour objet de définir les conditions de l'exploitation « *et éventuellement de la réalisation »* (Art.1) d'un terminal « *spécifique à certains types de trafic »,* avec mise en place « *de biens immobiliers »* (Art. 4). Ce contrat est proche de la concession. Il en diffère toutefois sur divers points. Le droit applicable aux concessions, la jurisprudence du Conseil d'État les concernant et les règles concernant les délégations de service public, telle l'obligation d'un appel à la concurrence, ne s'y applique donc pas en principe. On peut y voir soit le mépris du pouvoir exécutif et de l'administration pour le droit applicable, soit le constat que ce droit est devenu si complexe et décourageant que, pour accomplir leur tâche, ils ont dû élaborer ce nouvel instrument. Les deux objectifs et motifs ne sont pas incompatibles. Car si la convention facilite à coup sûr l'administration du partenariat portuaire, elle élimine les protections et garanties dont jouissent le concessionnaire et l'usager dans le régime concessif. La convention ne fait pas référence au service public et aux servitudes qui en découlent (infra Chapitre II). Elle ouvre le droit à une priorité permanente d'accostage, en dérogation avec la règle égalitaire du premier entré, premier servi (Art. 4.3).

D - LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE (PFI)

30. Présentation.

Jusqu'en 1990 environ, la Grande-Bretagne ignore le régime concessif. Elle connaît une distinction claire entre services et finances publiques d'une part, et services et finances privées, d'autre part. Il existe certes des établissements publics et des institutions autonomes responsables et souvent dotées de statuts *(charters)* anciens

et spécifiques, mais le recours à des ressources privées pour une mission publique n'est pas courant. La *Private Finance Initiative*[34] est introduite en 1993 comme doctrine de coopération entre les secteurs public et privé pour permettre précisément de faire appel à ces ressources privées dans un intérêt public. Pour reprendre les termes d'un auteur britannique, cette initiative était une véritable révolution en matière de contrats administratifs au Royaume Uni. Il n'y a pas de loi spécifique sur la PFI mais des directives[35]. Les projets PFI doivent satisfaire au moins trois critères : aboutir à une prestation de services optimale pour l'intérêt général , matérialiser un transfert de risques du secteur public au secteur privé ; et dégager le profit maximal ; la solution PFI doit être la meilleure permettant d'exécuter le projet, en tenant compte de l'importance du risque couru par le secteur public s'il avait exécuté le projet par des méthodes traditionnelles, risque généralement ignore des analyses de ce type.

31. Les Ryrie Rules.

Les *Ryrie Rules* (Règles de Ryrie), d'inspiration socialiste, d'application de la PFI disposent que tout investissement privé dans les infrastructures devait être compense par une contrepartie publique égale à son montant. Au total, la PFI n'a pas donné lieu au développement de concessions dans les ports britanniques, généralement privatisés, mais elle peut exercer une influence sur les pays de *Common Law* et, à ce titre, elle devait être identifiée au début de cet ouvrage. Elle peut même, conjointement avec la concession, avoir eu une influence sur le droit français. En France, l'Ordonnance 2004-559 du 12 juin 2004[36] autorise le gouvernement à *« créer de nouvelles formes de contrats conclus par les personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics ou la gestion et le financement de services… ».*

[34] J.M. Loncle, *La Private Finance Initiative anglaise*, R.D.A.I. 1999, p. 856-873. M. Freedland, *Public Law and Private Finance, Placing the Private Finance Initiative in Public Law Frame*, Public Law, Londres, Vol. 90 (1998), p. 288-307. Même auteur, *Government by contract and Public Law*, même publication, 1994, p. 86 et s. P. Cossalter et B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, Institut de la gestion déléguée, Paris, 2001.

[35] *Private Opportunity – Public Benefit*, HMSO 1995 ; *Basic Contractual Terms*, HMSO 1995 ; *Guide to the PFI Procurement Process*, HMSO 1997.

[36] J.O.R.F. 19.6.2004, p. 10994. Semaine juridique JCP 7.7.2004, p. 1258-1260. N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, 2003. B. Martor et S. Thevenot, *Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française*, R.D.A.I., 2004, p. 11-149.

II - Fondement des concessions

32. Introduction.

Quel que soit leur domaine, les concessions portuaires ont des fondements communs sur lesquels repose le régime concessif. Ces fondements sont d'abord économiques. Ils sont ensuite institutionnels. À cet égard, comme on l'a indiqué dans le Chapitre Premier, les concessions sont un mode de partenariat public-privé. Ce partenariat, fondé sur la notion de domaine public, conduit à un partage des risques financiers et entrepreneuriaux. La concession vise ensuite à fournir des prestations de service public, ce qui introduit des contraintes dans la gestion. Le cadre économique de la concession détermine la nature et le fonctionnement de sa gestion financière. Ce cadre est constitué de plusieurs éléments caractéristiques : la nature des investissements nécessaires à la concession, la situation concurrentielle de la concession, le mode de financement de celle-ci et le régime des biens nécessaires à l'exécution des tâches du concessionnaire. Ce cadre économique s'associe étroitement à toutes les activités de la concession. Dans l'étude de celle-ci, le juridique ne doit jamais être isolé de l'économique. L'économique est un des objectifs ultimes de la concession, alors que le juridique n'est qu'un moyen d'y parvenir.

A - DONNÉES ÉCONOMIQUES DE LA CONCESSION

33. Sommaire.

Le cadre physique de la concession est constitué d'infrastructures, de superstructures et d'outillages. La concession peut fonctionner en monopole ou en état de concurrence. Elle a des impacts économiques et financiers au niveau microéconomique et macroéconomique sous forme, en particulier d'externalités.

34. Infrastructures et superstructures.

Infrastructures et superstructures ont des caractéristiques économiques différentes[37] ce qui influe sur leurs régimes juridiques et financiers. Les infrastructures - ouvrages de protection, chenaux d'accès, murs de quais et autres - sont lourdes et discontinues, mises en place en bloc ou par larges fractions. Elles ignorent les économies d'échelle : qu'un seul ou cinq cents navires à fort tirant d'eau empruntent un chenal dragué à 16 mètres, le coût du dragage est le même. Leur vie économique et la durée de leur amortissement sont très longues, et dépasse le terme des emprunts bancaires. Même obsolètes, elles demeurent sur place et sont coûteuses à mettre aux normes, quand cela est même possible, d'où le développement des friches portuaires. Certaines de ces infrastructures, comme les chenaux ou les ouvrages de protection, peuvent être sans valeur marchande en dépit de leur coût et ne peuvent être hypothéqués. Dans un port dont seule une partie est concédée, ces ouvrages bénéficient à d'autres trafics que ceux du concessionnaire et une répartition équitable de leurs coûts est difficile. Les entreprises privées concessionnaires dans le port, par conséquent, prennent rarement en charge ces ouvrages d'infrastructures. Ils le sont alors par le concédant ou par l'État. Les infrastructures concédées se limitent généralement aux murs de quai, remblais et revêtements des terre-pleins et dragages des bassins. Tout en maintenant les grandes infrastructures hors concession, le concédant exige éventuellement que le concessionnaire contribue au financement de leur entretien et développement. Ce point sera développé dans le Chapitre VII. La tarification des infrastructures au coût marginal, la plus rationnelle d'un point de vue économique, est difficilement applicable[38]. Elle conduit le plus souvent à des déficits financiers.

35. Superstructures et outillages.

Les superstructures concédées sont d'abord des immeubles tels qu'immeubles de bureaux, magasins de stockage, zones logistiques et autres. Elles incluent des outillages tels que les grues de quai, portiques à conteneurs, engins mobiles de manutention. Leurs caractéristiques sont inverses de celles des infrastructures. Elles s'amortissent sur la durée d'un crédit bancaire. Elles se prêtent donc à l'hypothèque ou autre prise de gage. Leur construction, fourniture ou mise en place sont fractionnables. Leur gestion peut être individualisée. Elles sont aisément cessibles. Le concessionnaire, pour assurer son équilibre financier, cherchera à financer le minimum d'infrastructure. Il se concentrera donc sur les superstructures, adaptables dans une certaine mesure à la demande, et qui peuvent être tarifées commercialement avec souplesse. Au cours des deux dernières décennies sont venus s'ajouter les systèmes

[37] Sur la nécessité d'une répartition des coûts des investissements dans les partenariats public-privé, cf. *Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics*, Société des entrepreneurs français internationaux, Paris s. d. (poste 2001).

[38] Cf. E. Quinet, *Les bases du calcul de rentabilité appliqué aux infrastructures,* Economie des Transports, Paris, 1982.

d'information propre aux concessionnaires. Ils constituent un ensemble de biens matériel, de biens immatériels et de droits dont le coût, la valeur et l'importance se sont considérablement accrus.

36. Biens publics[39].

Les notions économiques de bien public et de biens privés jouent également leur rôle en matière de concession. Le bien public est un bien accessible à tous gratuitement et, sauf saturation, simultanément. Le terme s'applique à des objets naturels ou créés par l'homme. La mer libre et ses rivages, les chenaux naturels et les rivières navigables sont des biens publics naturels. Les routes, les canaux et autres voies non saturées, les phares, les ouvrages de protection, les aides à la navigation sont des biens publics artificiels. Dans les ports maritimes, ils correspondent en général aux infrastructures telles que définies plus haut, les superstructures étant donc des biens privés. Le bien public peut être utilisé individuellement ou collectivement. Il s'oppose au bien privé qui ne peut être consommé simultanément par deux individus. Il est en dehors de l'économie de marché, ce qui n'exclut pas qu'il soit fourni contre une redevance. En fait, la redevance est le plus souvent et tout simplement, la fiscalité. Accessible à tous, le bien public ne connaît aucune exclusion. En France, en particulier, le bien public est protégé par la législation domaniale, qui interdit par exemple, l'appropriation privée d'une plage. En outre, la notion économique de bien public est proche de la notion juridique de service public et le bien public est fréquemment une assiette du service public.

37. Monopole et concurrence.

La concession peut se trouver soit dans une position de monopole, soit en concurrence avec d'autres concessions, dans le port ou elle est implantée ou dans d'autres ports. Il y a monopole naturel quand une seule concession assure de façon optimale les services à rendre. La mise en concession a été vue par certains auteurs comme une pure technique de contrôle des monopoles naturels. Mais il est nécessaire de préciser, à ce stade, que d'un point de vue économique, la concurrence est généralement considérée préférable au monopole. L'établissement de cette concurrence est assuré par la contestabilité dans le temps, qui permet un choix périodique de concessionnaires, candidats à une concession spécifique. Elle est assurée également par la contestabilité dans l'espace, par l'existence de plusieurs concessions ayant le même objet.

[39] Cf. A. J. Baird. *Public goods and the public financing of major European seaports.* M.P.M., Londres, 2004, 375-391.

38. Impact économique direct de la concession.

La concession a un impact microéconomique sous forme de surplus du concessionnaire par la voie de ses recettes, et d'un surplus du concédant par la voie des redevances qu'il perçoit. Le surplus des usagers résulte de la performance de la concession au sein du système de transport auquel elle appartient. Le concessionnaire a évidemment pour objectif de maximiser son surplus financier, objectif qui entre éventuellement en conflit avec ceux du concédant et de l'usager.

39. Externalités[40].

La concession est source d'importantes externalités ou impacts macroéconomiques. Ces externalités peuvent être positives, telle la création d'emplois, ou négatives, telle la pollution. Leur somme algébrique est d'un intérêt particulier pour le concédant et pour l'État. Lorsqu'elles sont positives, ce qui est généralement et heureusement le cas, elles justifient la participation financière du concédant ou de l'État au financement d'actifs nécessaires à la concession, mais éventuellement extérieurs à celle-ci, telles les infrastructures définies plus haut. Les analyses d'impact macroéconomique des concessions sont rares, car elles sont généralement menées au niveau du port tout entier. Elles mettent en valeur les conflits éventuels entre objectifs microéconomiques et objectifs macroéconomiques. La création d'emplois supplémentaires, par exemple, externalités considérées positives, est un coût supplémentaire pour le concessionnaire, donc un facteur négatif de sa gestion, au niveau microéconomique.

B - FONDEMENT DOMANIAL DE LA CONCESSION

40. Fondement juridique et historique.

Le port maritime est établi sur le domaine public, ensemble des biens fonciers et immobiliers inaliénables, assiette des services publics. Le rivage, ressource rare, voire unique – ce qui justifie son inaliénabilité – fait partie du domaine. Le droit romain le plaçait dans le patrimoine des citoyens, (*patrimonum* ou *res populi*). En France, cette notion a d'abord été perdue de vue pendant les périodes mérovingiennes et carolingiennes, qui voyaient dans le souverain le propriétaire du royaume pouvant le partager et le distribuer à son gré. Très tôt, la monarchie capétienne devait revenir à la conception communautaire et démocratique du domaine en faisant de celui-ci une propriété collective dont le roi n'était que le gardien et fidéicommis (*trustee*). De cette fiducie (*trust*), le bénéficiaire est le peuple lui-même, et le roi est même dépouillé de

[40] A. R. Vining and A. E. Boardman, *The potential role of public-private partnerships in the upgrade of port infrastructure: normative and positive considerations*, M.P.M., Londres, 12/2008, 551-569.

toute propriété personnelle[41]. De ce régime domanial, découle la règle suivant laquelle les citoyens ont un libre accès au domaine et un droit d'exploitation dans le cadre des règles fixées, dont la concession est une des formulations. L'article 1 du Code français du domaine dispose que l'État est propriétaire du domaine, mais l'article 2 précise immédiatement qu'« *il existe sur le domaine un droit d'exploitation qui appartient à tous* ». L'exercice de ce droit d'exploiter met en valeur la fonctionnalité de la propriété publique, soumise aux impératifs de l'économie et du service public, lequel est mis en œuvre dans le cadre d'un partenariat. Cette fonctionnalité caractéristique du droit public de propriété est au demeurant la cause de son inaliénabilité. Pour le Conseil d'Etat français, le domaine est inaliénable non parce qu'il est propriété collective mais parce qu'il est affecté au service public, dont le fonctionnement prime toute considération de propriété[42]. Cette vision fonctionnelle du domaine[43] contraste avec une vision régalienne faisant de l'État un propriétaire privé jouissant de tous les droits[44]. C'est cette conception du domaine, bien public, qui a motivé la ferme opposition des opérateurs portuaires français, vers 1850, à toute privatisation portuaire par appréhension de parcelles de domaine. Par contre, la *common law* anglaise a vu dans la propriété de la Couronne sur le royaume et sur ses rivages un droit absolu de propriété, l'usager ne disposant que de droit d'usage consenti unilatéralement par la couronne, essentiellement le droit dit de navigation, qui permet le mouillage du navire et le chargement et déchargement des marchandises. Et ce droit de propriété permettait à la Couronne de donner les ports à qui lui semblait bon, ce que ne pouvait faire le monarque français. Les établissements portuaires britanniques ont hérité de ce droit de propriété. Ils ont donc exploité leur domaine en régie dans des ports dits ports services et ont par conséquent ignoré la concession au sens qu'elle a dans cet ouvrage. S'ils acceptaient éventuellement de passer contrat avec des opérateurs, rien ne les y astreignait et les conditions de ces contrats n'étaient pas encadrées par le droit administratif. Par contre, les pays de droit continental, soumis au régime de domaine public ont exploité les ports en ports-outils et ports-propriétaires, reconnaissant aux usagers un droit au partenariat dont la concession offre un exemple.

41. France. Évolution.

Le droit français a évolué récemment en matière de domanialité portuaire et aéroportuaire. La loi du 4 juillet 2008 sur les grands ports maritimes et avant elle, la loi du 14

[41] Ainsi, par exemple, le Parlement, en application de ce principe, refusa au roi Henri IV, le droit de conserver à titre privé les biens en provenance de la monarchie de Navarre. Il exigea qu'ils devinssent biens publics de la couronne (Édit d'Orléans, 1610).

[42] Dalloz 1933, p. 49.

[43] Ce régime s'appliquera également à des biens, en particulier des terrains, qui ne font pas partie du domaine public mais participent à la continuité du service public. Cf. E. Fatôme, *Le régime des biens affectés au service public*, A.J.D.A. 10.1.1996, pp. 178-183.

[44] Cf. D. Beauregard-Berthier, *Fonds de commerce et domaine public*, A.J.D.A. 23.9.2002. p. 790-793. Pour le droit belge, le domaine doit être « *indistinctement à l'usage de tous* ».

avril 2005 sur les aéroports ont transféré aux organismes portuaires et aéroportuaires la propriété du domaine qu'il leur était affecté. Mais ce droit de propriété n'est pas absolu, et le Conseil Constitutionnel dans une décision du 14 avril 2005 a confirmé que ce transfert n'affectait pas les conditions d'application du régime de service public exécuté sur le domaine en question. Par ailleurs, le Conseil d'État a rappelé dans l'Arrêt Hertz France du 26 mars 1999 que le gestionnaire du domaine public devait respecter la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le droit de la concurrence[45]. L'occupation du domaine public est, certes précaire et révocable. L'occupant régulier du domaine public bénéficie toutefois des actions possessoires pour protéger ses droits vis-à-vis des tiers. L'administration ne peut, sauf urgence ou texte de loi, reprendre une parcelle du domaine public occupée régulièrement par un usager sans une décision judiciaire préalable.

C - PARTENARIAT

42. Problématique.

Les concessions, créées par contrat, sont par nature des structures de partenariat, soit entre institutions ou personnes publiques, soit entre un concédant public et une ou des personnes privées, soit même un groupement (*joint venture ou consortium*) de personnes publiques et privées. Le premier cas peut être, en fait, celui d'une décentralisation du concédant ou même du régulateur, qui crée une entité destinée à être concessionnaire. Technique de gestion bien adaptée, cette disposition est grosse de conflits d'intérêts. Le second cas, de partenariat public-privé est le plus fréquent et le plus conforme à la nature historique de la concession. On a pu écrire que « *Ainsi le Partenariat public-privé (PPP) apparaît-il aujourd'hui, beaucoup plus qu'un simple outil budgétaire, comme un réel instrument de co-développement et de contribution opérationnelle à la croissance socio-économique en général* ».

a. Partenariat entre personnes publiques

43. Objectif.

Le partenariat entre personnes publiques a pour but d'optimiser les ressources publiques affectées à une entreprise spécifique d'intérêt général, avec assouplissement des règles de fonctionnement dans un but d'harmonisation et d'efficacité. Le concessionnaire peut être, comme le concédant, une personne publique[46]. Les législations

[45] CE sect., A.J.D.A. 1999, p.427, conclusions J.-H. Stahl.

[46] CE, Avis du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultant. C. Boiteau, *op. cit.* note 1, p. 39.

ou les cahiers des charges disposent sur ce point de façon implicite, sous la forme *« si le concessionnaire est un établissement public… »* Cette formulation est limitative. Elle implique l'autonomie et la personnalité morale du concessionnaire. Une convention de concession n'est pas passée avec un simple service en régie.

44. France. Chambres de commerce.

En France, le partenariat entre états et chambres de commerce est à la foi un partenariat avec des personnes publiques et un partenariat avec des personnes privées puisque les chambres regroupent les entreprises privées. Les chambres de commerce sont apparues en 1599 pour regrouper les commerçants d'une localité, défendre leurs intérêts[47] et les représenter à l'étranger. Elles sont peu à peu devenues les interlocutrices privilégiées des administrations et se sont vu confier des tâches d'intérêt public, tel l'enseignement commercial ou la gestion de service d'intérêt général en relation avec le commerce ou le transport. Quoique gérées de façon souple, elles sont des établissements publics, administratifs soumis au contrôle des chambres régionales des comptes[48]. Elles reçoivent le produit de taxes, comme celle d'apprentissage. Désignées comme concessionnaires de ports maritimes, elles peuvent gérer des équipements portuaires à la fois de façon entrepreneuriale et sans faire courir de risques à l'État, tout en respectant les principes de fonctionnement des services publics sur le domaine public. Les premières concessions d'équipements portuaires aux chambres datent de 1863[49]. La loi du 9 avril 1898 a confirmé leur vocation à obtenir de telles concessions, qui permettent à des opérateurs privés d'exercer leurs activités, en passant des contrats avec la chambre. Jusqu'à la création de ports autonomes (lois de 1920 et de 1965), les ports français, même les plus importants, ont été concédés aux chambres de commerce. Ces concessions, toujours applicables aux ports secondaires, dont les plus importants sont dits d'intérêt national, ont été étendues aux ports fluviaux.

45. Application.

Les concessions des chambres de commerce sont dénommées concessions d'outillages, le mot *outillages* ayant ici le sens de l'anglais *facilities*, qui désigne à la fois des infrastructures et des superstructures. La concession du port de Fécamp

[47] Nées dans le midi de la France où les magistrats locaux étaient le plus souvent dénommés *consuls,* les chambres de commerce ont attribué ce titre à leurs représentants à l'étranger. Le droit régalien s'est emparé du terme et l'a à son tour utilisé pour désigner les représentants de l'État à l'étranger chargés en particulier des relations économiques et marchandes. Le terme est ainsi parvenu jusqu'à nos jours. Les chambres de commerce sont parfois désignées sous le nom de « compagnies consulaires ».

[48] Cf. G. Miler et A. Levat, *Les chambres régionales des comptes et le contrôle des chambres de commerce et de d'industrie*, A.J.D.A. 22/09/1998, pp. 1700-1709.

[49] Détails dans J. Grosdidier de Matons, *Le régime administratif et financier des ports maritimes*, *op. cit.* note 1, pp. 78 et s.

(1983) en fournit un exemple. Elle est dite d'outillage et d'exploitation, et couvre (i) l'entretien, l'exploitation et le remplacement des infrastructures et superstructures, y compris les écluses, routes, sémaphores, services, réseaux, etc. et (ii) la manutention et autres outillages. La chambre de commerce n'a pas de monopole d'exploitation. À son tour, elle loue les magasins, terminaux, aires de stockage et outillages à des usagers privés qui emploient leurs propres personnels, les ouvrages portuaires faisant partie du domaine public, étant ouverts à tous, sur une base égalitaire. Mais la prise en charge de l'outillage portuaire peut faire courir des risques financiers assez considérables aux chambres de commerce et compromettre par l'exécution de leurs autres missions statutaires, telles la formation de cadres du commerce, la promotion du commerce local, et autres. En 2005, les finances d'une assez importante chambre de commerce portuaire ont été fortement compromises par l'étiolement du trafic de ce port, malgré ses investissements. Ceci étant, les concessions portuaires des chambres de commerce, ont été, dans l'ensemble, une réussite, due en particulier à la connaissance du milieu local par les dirigeants et les personnels des compagnies consulaires. Une analyse des rapports des chambres régionales des comptes sur la gestion des chambres de commerce relève très peu d'observations négatives concernant leur gestion portuaire.

46. France. Parallélisme entre législations portuaires et aéroportuaires.

Les aérodromes de province, dits d'intérêt national et international, ont été créés et développés dans le cadre de concessions aux chambres de commerce, sous un régime assez semblable à celui applicable aux ports d'intérêt national. La loi N° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aérodromes dispose que les concessions d'aéroports d'intérêt national ou international actuellement détenues par les chambres de commerce peuvent désormais être transférées à des sociétés dont le capital initial sera entièrement détenu par des personnes publiques, y compris la chambre de commerce concessionnaire d'origine. La loi sera appliquée à mesure de l'expiration des concessions en cours. L'intention du législateur est donc d'intéresser un plus grand nombre de personnes publiques à la gestion de l'aérodrome, mais au détriment de la chambre de commerce qui perd son monopole de gestionnaire. Par ailleurs, si le capital initial de la société doit être public, rien n'interdit de l'ouvrir ultérieurement à des participations privées. Cela a été le cas de l'Aéroport de Paris, objet de la même loi, soumis à un cahier des charges de concessionnaire. Les mêmes dispositions sont applicables aux ports maritimes depuis la promulgation de la loi 2006-10 du 6 janvier 2006, qui crée de semblables sociétés portuaires (Cf. chapitre IV).

b. Partenariat public-privé[50]

47. Objectif et domaine.

Le partenariat public-privé a pour objectif l'optimisation de l'emploi des ressources privées et de l'activité régalienne de l'État dans la conduite et l'exécution d'activités, généralement économiques et d'intérêt général. Elle repose en autre sur les principes d'égalité de traitement, de liberté d'accès et d'objectivité des procédures[51]. On retrouvera ces principes dans l'étude du service public. Les parties privées intéressées par la convention de concession sont de nature diverse, entreprises, financiers, opérateurs. Elles doivent avoir la capacité de monter et gérer des projets complexes, d'apporter les fonds propres correspondants, d'obtenir des sources de financement et d'assurer, grâce à leur expertise, la livraison d'un ouvrage, d'outillages et d'un service de qualité répondant aux normes du contrat de délégation durant toute la vie du projet pour un prix et dans des délais inférieurs à ceux du secteur en régie[52]. En Tunisie la loi du 1er avril 2008 reconnaît un véritable droit sur les concessions car, en application de son article 11, « *Toute personne peut proposer, de manière spontanée, la réalisation d'un investissement dans le cadre d'une concession* ». Le droit à la concession devient une liberté publique et en application de l'article 12 de la même loi, la personne publique saisie d'une telle demande est tenue d'examiner l'offre présentée et de faire connaître sa décision quant à la suite qu'elle lui donnera. Le partenariat permet de bénéficier de l'efficacité de gestion de l'économie privée d'entreprise et de sa discipline, sanctionnée par la faillite, qu'ignore la gestion administrative. Il s'oppose donc à la régie, mode de gestion directe d'activité d'entreprise par l'administration. Certains établissements publics portuaires ne sont industriels et commerciaux que de nom. Une administration satisfaisante ou indispensable à la gestion d'activités régaliennes ne convient pas à un terminal à conteneurs. Le recours au partenariat vise donc à obtenir, par la voie de l'industrie privée, des résultats supérieurs à ceux attendus d'une régie. Efficacité commerciale, transfert de technologie, capacité à passer des contrats commerciaux et à traiter avec des clients, règlement rapide et adéquat des contentieux[53], emploi de personnels avec application du droit du travail plutôt

[50] Sur le partenariat public-privé en France, cf. Ordonnance N° 2004-559 du 17 juin 2004 et Loi N° 735-2008 du 28 juillet 2008. Cf. A. Bréville, A.J.D.A., 2004, p. 1754 ; E. de Fenoyl in A.J.D.A., 22.9.2008, p. 1769.

[51] C. Emery, *Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé*, A.J.D.A., 5.12.2005, p. 2269-2277.

[52] *Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics*, éditions SEFI, Paris, 2001, p. 6.

[53] Dans les ports de certains pays, les usagers se plaignent fréquemment de l'impossibilité de régler les litiges avec l'administration portuaire quand celle-ci est responsable de la manutention et du stockage des marchandises. Les litiges prennent des mois, pendant lesquels la monnaie locale se dévalue, ce qui réduit à rien les indemnités finalement accordées. Et des organismes portuaires se font octroyer des régimes limitatifs de responsabilité analogues à ceux des transporteurs. Les assureurs locaux ne paient pas rapidement et ne traitent pas les dossiers de façon objective.

que suivant les statuts de la fonction publique, recours a la comptabilité privée, sont possibles dans l'intérêt général. Le partenariat public privé ne résulte pas d'un mépris à l'égard de la gestion publique, qui a ses objectifs et ses contraintes propres. Il vise au contraire à renforcer la gestion publique en la réservant à des tâches régaliennes, et à responsabiliser la gestion privée en lui faisant effectuer des tâches d'intérêt général, dont elle ne doit pas ignorer les servitudes. L'Initiative de financement privé britannique (PFI, insistait, dans l'intervention du secteur privé, plus sur la qualité des services à rendre et sur le mode de gestion à introduire, que sur la création de nouveaux ouvrages et sur l'infusion de capitaux privés, qui n'auraient pas la même importance. En résumé, le partenariat public privé résulte d'une recherche d'optimalité économique et sociale.

48. Partenariat et privatisation.

La concession est une forme ancienne de partenariat public-privé. On a présenté à tort ce partenariat comme une technique moderne et novatrice de privatisation. Cette présentation a été due à des juristes ou politiques familiers de systèmes institutionnels qui ne connaissaient pas la concession. Depuis 1990, le remplacement des exploitations en régie par des concessions à des entreprises privées dans des ports service, devenant ainsi ports fonciers a encouragé la confusion. En fait, la privatisation est le transfert de la propriété de biens publics au secteur privé, alors que la concession est basée sur le principe de propriété publique. Cette confusion est regrettable car elle a indisposé l'opinion publique et celle des gestionnaires portuaires à l'égard de la notion de concession. Celle-ci a été assimilée à un bradage des biens publics au profit du secteur privé. Au contraire, l'introduction de la concession était une responsabilisation du secteur privé dans le cadre d'un partenariat et au frais de ce secteur. On a pu écrire que si dans la privatisation, le secteur privé a l'initiative, c'est la puissance publique qui l'a dans le régime concessif.

49. Partenariat et développement.[54]

Le partenariat, d'une façon générale, soulage les finances publiques qui peuvent donc financer les dépenses régaliennes et d'infrastructures lourdes. Il est un puissant moyen de transfert de technologie et de méthodes modernes de gestion dans les pays en développement ou émergents. Dans le domaine portuaire, la Chine y a eu recours délibérément dans ce but. Le concept de partenariat apparaît dans les législations des pays qui se sont récemment ouverts au régime de concessions ou de BOT En Inde, le préambule du contrat-type de BOT portuaire fait expressément référence au partenariat comme objectif essentiel du BOT L'État de Gujarat a accordé

[54] Cf. B. du Marais, *Les délégations de service public au service du développement. Expérience et approche de la Banque mondiale*, R.F.D.A., Paris, 1997, Supplément au N° 3, pp. 101-113.

une concession pour la création du port de Pipavav. Les attendus de la convention citent la politique de développement des BOT et la Résolution gouvernementale du 29 juillet 1997 concernant « *le développement par le secteur privé des ports de l'État* »[55]. La loi portuaire chinoise du 28 juin 2003 dispose que l'État *« encourage… et protège les profits acquis légalement par les investisseurs* ». La Section de la loi sur le BOT des Philippines met en valeur la dimension politique du partenariat. La Section 4 de la loi dispose que les services et entités publiques doivent identifier et inclure dans leurs plans de développement les projets susceptibles d'être réalisés en BOT, qui doivent être prioritaires et classés comme tels. En Iran, le BOT est une technique de recours aux capitaux étrangers, dont l'apport, toutefois, ne doit pas dépasser 10 % de la valeur du projet. À Madagascar, s'agissant des ports, *« l'exploitation des services publics est, sauf nécessité impérieuse, confiée à des entreprises de droit privé* »[56]

50. Réserve.

Toutefois, lorsque le port est un port en régie qui tire toutes ses ressources de l'exploitation des ouvrages et outillages, et en particulier de la manutention et du stockage des marchandises, la concession, à qualité de service et trafic égal peut avoir des conséquences financières négatives. Il est donc plus difficile d'implanter une concession dans un port opérateur que dans un port foncier, surtout si le port en régie tire de sa situation de monopole des rentes d'inefficacité. Dans les années 1960-1970, le port de Karachi au Pakistan, en offrait un exemple éclatant. 90 % des recettes portuaires provenaient de la manutention et du stockage. Les performances de la manutention étaient d'une rare médiocrité, forçant les navires à attendre de longues journées au mouillage ou à quai, payant des « *harbours dues ou des quais dues* » d'autant plus profitables pour l'établissement portuaire que les attendes étaient plus longues. Le désordre du stockage et la lenteur des procédures, prolongeaient les séjours des marchandises en magasin procurant, là encore, des rentes d'inefficacité à l'administration portuaire. Les ports de Mombasa au Kenya et de Lagos au Nigeria présentaient les mêmes caractéristiques.

[55] Government of Gujarat, Department of Ports and Fisheries, *Model Port Concession Agreement*, 2000.

[56] Décret 2004-699 du 13 juillet 2004 Art. 47.

D - PARTAGE DES RISQUES

La concession se fonde sur la maîtrise et le partage des risques.

a. Catégories de risques

51. Classification des risques.

Les risques peuvent être classés suivant différentes approches. Les risques projets sont relatifs à la conception et construction des ouvrages, à l'évolution du trafic et aux conditions financières d'exécution. Les risques pays résultent de facteurs physiques (typhons), politiques et juridiques. De nombreux risques relèvent à la fois du pays et du projet. On classe aussi les risques en *risques objectifs* et en *risques subjectifs*. Le risque objectif résultera d'événement matériel. Le risque subjectif résultera d'attitude humaine ou étatique. Le risque politique, par exemple, est typiquement subjectif. Enfin, les risques se classent également en fonction de la situation ou du rôle que jouent ceux qu'ils menacent. Il y a donc des risques pour le concédant, pour le concessionnaire et pour ses créanciers, voire même pour les usagers. Là encore, les risques sont à effets et objets multiples.

52. Risque politique.

Le concessionnaire et ses créanciers courent un risque politique résultant des décisions du pouvoir gouvernemental. Si le concédant, par exemple un établissement portuaire, est lui-même soumis à ce pouvoir, il le court également ; il voit diminuer son crédit auprès des investisseurs et des usagers. Le risque se manifeste de plusieurs manières : par la remise en cause des clauses de la convention de concession, par un contrôle excessivement pointilleux du concessionnaire, par la multiplication des interventions énervant la gestion de la concession, par les refus d'ajustements de tarifs et enfin, par le retrait arbitraire de la concession par fait du prince, au besoin couvert par une ou plusieurs clauses léonines de la convention. Ce risque conduit à une expropriation rampante des droits du concessionnaire. Il résulte d'abord du conflit permanent, dans l'esprit des gouvernants entre le respect des engagements contractuels, qui les oblige, et les prérogatives de l'État souverain, qu'ils considèrent illimitées. Cette souveraineté doit pouvoir s'exercer librement en cas de changement de majorité à la suite d'une élection entraînant par exemple, l'abandon d'une politique de partenariat avec le secteur privé, dont la concession est une application. Tel a été le cas au Sri Lanka en 2007 où la prise du pouvoir par un gouvernement socialiste a conduit au retrait de la concession du terminal à conteneurs du port de Colombo. En France, la Chambre de commerce de Sète a perdu en 2008 la concession à la suite de la décision du pouvoir régional de créer un établissement public exploitant le port en régie. La concession du port de Beyrouth au Liban a subi plusieurs modifications reflétant les avatars de la politique intérieure du pays, sans rapport évident avec les aléas de l'exploitation

portuaire. Le risque résulte aussi de ce qu'une concession, contrôlée par des nationaux étrangers, est un otage des relations entre l'État concédant et l'État étranger. La réalisation d'un risque politique de ce type a ainsi causé le retrait de la concession du Canal de Suez en 1956, improprement qualifiée de nationalisation. L'existence du risque politique explique la présence fréquente de clauses compromissoires dans les conventions de concession passées entre États et investisseurs étrangers. Ces derniers doutent de l'indépendance de la justice du pays d'accueil vis-à-vis du pouvoir étatique et de sa capacité à pouvoir faire appliquer ses décisions. Ils demandent donc le recours à l'arbitrage, généralement international, en cas de litige.

53. Risque financier.

Ce risque est considérable et l'histoire des concessions est riche d'exemples de sa matérialisation. Il peut porter sur les coûts initiaux de construction et ultérieurement sur l'accès aux devises étrangères et sur le transfert des bénéfices, ou sur la fiscalité, le racket et la corruption, le blocage de tarifs, les délais de paiement et de remboursement, la faiblesse des marchés locaux de capitaux, la médiocrité des services bancaires locaux, etc. La dévaluation possible de la devise nationale est également un important risque financier, de même que l'attitude des concédants qui peuvent durcir leur position en cours de fonctionnement de la concession. En fait, de nombreux risques financiers sont des risques politiques. L'un des risques financiers consiste à voir, en cours de concession, les créanciers du concédant ou les institutions financières internationales (Fonds monétaire), exiger des mesures nationales de redressement affectant l'application d'une convention de concession en vigueur, avec, par exemple, modification d'un régime fiscal préférentiel. Les risques financiers sont particulièrement couverts par des systèmes de garanties au profit des investisseurs et des sources de financement. Ces régimes de garantie sont explicités au Chapitre VII.

54. Risque technique.

Le risque technique lié à la conception et la construction des ouvrages, spécialement quand les informations (état des sols) ou des travaux indispensables (approfondissement des chenaux d'accès) relèvent du concédant. Celui-ci refuse trop souvent de courir ce risque. Il impose au concessionnaire de prendre en charge les terrains, les sols et les ouvrages dans l'état apparent où ils se trouvent. Ils refusent au concessionnaire le droit d'invoquer le vice caché. Le risque technique se traduit en termes de risque financier.

55. Risque économique et d'exploitation.

Le risque économique résulte de l'évolution des marchés. On admet généralement que les prévisions de trafic portuaire ne sont pas valables au-delà de cinq ans alors

que les concessions d'ouvrages et d'outillages sont accordées pour 20 à 30 ans, suivant le cas. Le risque inclut le risque *social* : grèves, luttes ethniques ou religieuses. Le risque social peut être considérable quand la concession entraine une remise en cause des conditions de travail de la main-d'œuvre portuaire et une réduction des effectifs. Le risque d'*exploitation* est lié à l'insuffisance du trafic, aux défectuosités des infrastructures locales (routes, chemins de fer), aux contraintes des procédures douanières ou à d'autres causes.

56. Risque de force majeure.

Risque de force majeure naturelle ou autre : inondations, cyclones, terrorisme, etc. Ce risque peut résulter de décisions tardives d'intervenants extérieurs. Les exigences tardives de l'Union européenne à Bruxelles en matière de normes de sécurité des voitures de voyageurs ont considérablement accru le coût du matériel roulant de la société Eurotunnel. Sans que celle-ci n'ait eu aucun recours à des clauses contractuelles de protection contre ce risque. La matière est reprise au Chapitre V ci-après, sous le titre « aléas de la concession ».

57. Risque juridique.

On peut y inclure le refus de reconnaître les droits de propriété, y compris intellectuelle, de reconnaître la valeur des engagements contractuels, le mauvais fonctionnement de la justice, le refus d'exécution des décisions de justice ou des décisions arbitrales.

b. Répartition des risques

58. Principes.

Les risques doivent être identifiés et mesurés avec toute la précision possible. Chacun d'entre eux doit être pris en charge dans l'intérêt commun par la partie la plus apte à le maîtriser. Davantage contractuel que la concession du droit administratif, le CET/BOT admet mieux le partage des risques. Ce principe de partage doit être formulé dans le contrat de concession ou de BOT lui-même. Concédant et concessionnaire devront donc identifier les circonstances dans lesquelles le risque peut se matérialiser, établir s'il est permanent ou temporaire et s'il peut être éliminé, contrôlé ou transféré. S'il ne peut l'être, ses conséquences éventuelles doivent être établies, mesurées et chiffrées. Elles doivent être autant que possible couvertes par des garanties.

59. Suite.

La concession opère un partage inégal des risques entre concédant d'une part, et concessionnaire, investisseur, source de financement, d'autre part. Cette répartition

n'est pas immuable ; elle peut être modifiée en fonction des circonstances, en particulier si de nouveaux risques surgissent. Les changements de circonstances affectent davantage les concessions portuaires que les concessions de réseau, telles celles jouissant de monopoles. Les aléas de l'économie mondiale affectent immédiatement et de plein fouet les ports maritimes, comme la crise de 2008-2009 l'a montré, et peuvent faire apparaître rapidement de nouveaux risques. Si la répartition est déterminée par la convention de concession et autres documents contractuels, elle peut également résulter des dispositions du droit positif. Elle est placée sous le contrôle du juge. La répartition optimale et équitable des risques lors de l'élaboration du contrat est d'autant plus importante que, celui-ci une fois arrêté s'exécute *aux risques et périls* du concessionnaire.[57] Cette formule, peu heureuse est désormais parfois remplacée par les termes *à ses frais et risques* ou *à ses risques et profits*. Elles manquent heureusement en 2009-2011 dans certains cahiers des charges ou contrats récents. Sa suppression devrait être la règle.

60. Application.

Dans un arrêt *Société Scalis* du 22 avril 2007, la cour d'appel administrative de Paris a annulé un avenant à un contrat de délégation de service public *« qui modifiait de manière substantielle le risque d'exploitation »* et par conséquent bouleversait l'équilibre du contrat[58] La recommandation N°12 de la CNUDCI insiste sur la nécessité de laisser l'autorité concédante et le concessionnaire déterminer eux-mêmes, d'accord parties, la répartition des risques. En Tunisie, la loi de 2008 (Art. 4) dispose que *« Le concessionnaire assume la partie substantielle des risques découlant de l'exécution de l'objet du contrat, les modalités de partage des autres risques entre le concédant et le concessionnaire sont déterminées par le contrat»*. Au Maroc, dans un texte pourtant équilibré en ce qui concerne les droits et obligations des partis au contrat de concession, le législateur dispose que le concessionnaire gère la concession *« à ses risques et périls...en bon père de famille »* (loi du 14 février 2006, article 24). Attestant que le transfert de risques est un objectif majeur de la concession, elle signifie que, en cas de difficulté, le concessionnaire n'a rien à exiger, voire à attendre du concédant, tout en restant tenu par ses obligations contractuelles. À la limite, elle signifierait que le concédant n'est pas tenu de contribuer au succès de la concession, sauf aux frais et risques du seul concessionnaire. Cette approche et cette formule, quoique traditionnelles, sont inacceptables. Elles sont antinomiques de la nature contractuelle de la concession, car deux cocontractants doivent concourir au succès de l'entreprise

[57] Cf. L. Vandomme, *L'allocation des risques dans les projets BOT*, RDAI, 1999, N° 8, p.875-893. P. Hurst, *Identifying and Controlling Risks,* dans Merna and Smith *op. cit.* W. Sapte, *The Guide to Financing Build Operate Transfer Projects, EuroMoney*, Londres, 1997. P.D. Harder, *Infrastructure privatization in South Asia*, The Construction Lawyer, Chicago, vol. 15, 4.1995, p. 34-40. EIC White Book on BOT/PPP, European international Contractors, Berlin, 2003. M. Juhel, *Risk Management in Infrastructure Transactions: The World Bank Approach*, Port Financing Conference, Londres, 1997.

[58] A.J.D.A. 30.7.2007, p. 1524-1527, Note A. Tassone.

stipulée dans le contrat. En outre, d'après l'autorité concédante qui rédige et impose le cahier des charges, le concessionnaire portuaire fournit un service public, donc un service essentiel à la société. Sa prestation ne peut être laissée au hasard des aléas que subit le concessionnaire. Enfin, elles peuvent décourager les investisseurs, que le régime concessif est supposé attirer. En France, l'article 1 du décret 97-647 sur les concessions d'aérodromes dispose que *« le concessionnaire s'engage à exercer l'ensemble de ses missions à ses frais, risques et périls".* Ici non seulement tous les risques sont mis à sa charge, mais il s'engage fermement sur ce point, comme s'il prenait l'initiative d'assumer cette charge. Il sera donc doublement coupable en cas d'échec. Le concédant le regarde et le contrôle. En Iran, la loi sur les investissements étrangers dispose que le concessionnaire court le risque du projet, l'un des objectifs de la loi étant précisément ce transfert de risque.

61. Risques du concédant.

D'une manière générale, le concédant répugne à assumer des risques. La mise en concession est pour lui un moyen de *fuir* le risque. En 2011, le gouvernement français a fait procéder à une étude sur les risques que peuvent courir les pouvoirs publics dans leurs investissements et prises de décisions. Cinq recommandations ont été émises pour l'optimisation des décisions publiques face aux risques. Le risque doit tout d'abord être intégré systématiquement dans l'évaluation économique des projets. Il est nécessaire d'utiliser, dans les calculs probabilistes et de raisonner sur l'espérance des gains et des couts engendrés par le projet. Une prime de risque doit être incluse dans les calculs quand les fondamentaux du projet sont fortement corrélés à l'activité économique. Le taux d'actualisation doit être révisé pour le rendre compatible avec la valeur de la prime de risque retenue. Les projets qui favorisent la flexibilité en période d'incertitude doivent être favorisés, ce qui joue du reste en faveur du choix des concessions, mode de gestion souple.[59] Les risques du concédant varient d'un type de contrat à l'autre, mais se traduisent presque toujours en termes financiers. Ils dépendent du volume d'investissement à sa charge. Il assume le plus souvent la charge des infrastructures lourdes et discontinues, telles que les chenaux dragués, les ouvrages de protection et les quais, cependant que le concessionnaire limite son intervention aux superstructures. Comme on l'a exposé plus haut, ces infrastructures doivent être réalisées dans leurs dimensions définitives, car elles ne peuvent être aisément adaptées à l'évolution du trafic. La durée d'amortissement de ces ouvrages est très supérieure à celle des crédits que peuvent consentir les institutions financières. Le risque doit donc être à la charge du concédant étatique dont le système financier est réglé sur de très longs termes[60]. La prise de risque du concédant

[59] Rapport du Centre d'Etudes Stratégique, 18.7.2011. Cf www.strategie.gouv.fr/content/rapport-le-calcul-du-risque-dans-les-investissements.

[60] Cf. J. Chapon, *Le financement des infrastructures à caractère discontinu et de longue durée de vie* in *L'Expérience française du financement privé des équipements publics*, Economica, Paris, 1993, p. 171.

est la contrepartie obligatoire du recours à la concession dans le port foncier. Car, si le port était un port en régie, et comme on l'a déjà relevé, il tirerait de ces activités commerciales les ressources nécessaires au financement à la fois des superstructures et des infrastructures. C'est le cas des ports britanniques, entreprises privées.

62. Limite des risques du concédant.

Les risques du concédant varient fortement d'un cas à l'autre. Ils sont nuls quand les infrastructures qu'il met en place concernent plusieurs concessions ou exploitations portuaires, dont l'une suffit à justifier l'investissement. Tel est le cas, par exemple, quand l'infrastructure couvre à la fois un terminal pétrolier ou gazier au trafic assuré, et un terminal au trafic aléatoire. Dans le CET/BOT où la propriété des ouvrages est transférée au concédant au terme de la concession, le risque est faible pour le concédant, car il n'a rien financé. Il est maximum dans le cas d'un simple louage d'ouvrage ou d'un affermage, entièrement financé par le concédant (*Design-Build-Lease*). Lorsque le concédant est propriétaire des ouvrages dès le début de leur construction, si le concessionnaire échoue, l'ouvrage devient une charge inutile. Tel a été le cas pour de nombreuses formes de radoub lorsque des concessionnaires ont dû cesser leur activité. Il en est de même d'un outillage devenu obsolète avant d'être amorti. Un ouvrage, même amorti, impose des coûts d'entretien. Le concédant peut courir des risques s'il est co-concessionnaire ou si, pour accompagner la concession, il investit lui-même dans d'autres ouvrages et équipements. Ses risques peuvent alors être considérables. Ceci étant, contrairement à ce qui est avancé parfois, et sauf dans les cas identifiés ci-dessus, les risques du concédant sont moindres que ceux du concessionnaire. Les exemples abondent de pertes subies par des concessionnaires évincés ou brimés, il y en a peu concernant des concédants aux abois. Et les termes de la législation ou des contrats reflètent fortement les risques courus par le concessionnaire. Il peut certes exister des situations d'inégalité entre un concessionnaire riche et puissant et un État concédant pauvre, mal informé et dépendant. Mais celui-ci conserve, l'expérience le prouve, le droit d'exercer sa souveraineté, droit que n'a pas son cocontractant.

a. Définition et domaine[61]

63. Définition.

Le service public est une activité dont l'importance pour la société justifie qu'elle soit exercée par les pouvoirs publics ou sous leur contrôle et soumise à des règles de prestation et de fonctionnement spécifiques.[62] Le service public définit et délimite le champ d'action des personnes publiques. Son exécution est leur raison d'être et son contrôle est une mise en œuvre de la puissance publique. Il légitime l'action de l'État et de l'administration et constitue une éthique justifiant leur intervention[63]. La concession est une délégation de service public par laquelle l'autorité concédante confie à un partenaire la création, le financement, la gestion et la prestation d'un tel service[64] *« la collectivité publique se retire de l'exécution du service public au profit d'une délégation »*[65] Ainsi, la loi tunisienne du 1er avril 2008 définit en matière de concessions le service public comme *« la prestation de services visant la satisfaction de l'intérêt général sous le contrôle direct de la personne publique concédante et de toute autre personne publique exerçant des missions de contrôle conformément à la législation en vigueur »*. De façon caractéristique, la législation fondamentale des concessions au Maroc est formulée en termes de délégation de service public, sans même recourir au terme de concession[66]. Le domaine public constitue normalement l'assiette du service public, mais celui-ci peut exister en dehors de ce domaine[67].

64. Obligations de service public.

Le prestataire de services publics est astreint aux obligations ci-après, qui reflètent son asservissement à la demande des usagers :

- *Continuité* : prestations permanentes et continues.
- *Adaptabilité du service aux besoins*, en quantité comme en nature.
- *Égalité de traitement des usagers.* Tous les usagers remplissant les mêmes conditions doivent être traités de même.

---

61 G. Vlachos, *Fondements et fonction de la notion de service public*, Recueil Dalhoz Sirey, 1978, 38e cahier. J. M. Pontier, *Sur la conception française du service public,* Recueil Dalhoz Sirey, 1996, 2e cahier.

62 Sur la notion de service public et sa récente évolution, cf. B. du Marais, *op. cit.* note 1, pp. 72 et s. P. Bauby, *Service public, services publics,* La documentation française, Paris, 2011.

63 M. Voisset, *Le service public autrement*, R.F.D.A., Vol. 11, 1995, pp. 305-319.

64 B. du Marais. *Op. cit.* note 1, pp. 349 et s.

65 Nil Sybchowicz, *Droit public, Montage contractuels complexes*, Paris, 2003, p. 31. Cf. *Dossier spécial, Délégation de service public*, A.J.D.A., 20.9.1996 (19 contributions).

66 Dahir N° 1-06.15 du 15 moharren 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi N° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics.

67 E. Fatôme, *Le régime juridique des biens affectés au service public*, A.J.D.A. 30.1.2006, pp. 278-282.

Les trois obligations ci-dessus sont fondamentales. Elles se retrouvent dans les conventions de concession et dans les directives concernant le régime concessif. Ainsi, la CNUDCI les formule dans ses recommandations, suivant lesquels la convention de concession doit stipuler (Recommandation 53) les obligations du concessionnaire en matière d'adaptabilité du service à la demande des usagers, de continuité de ce service, et d'égal traitement de tous les usagers.

- *Neutralité politique et religieuse*. Le service est tenu à la transparence : les règles applicables, documents, engagements, procédures et autres du service public doivent être connus des usagers, tenus à leur disposition et leur création ou modification précédées de publicité et de consultation.
- *Qualité de service*.

Cette liste n'est pas limitative.

65. Inconvénients et limites de la notion de service public.

La notion de service public est envahissante et n'est pas politiquement innocente. Si riche soit-elle, elle présente un danger. Il suffit en effet au pouvoir gouvernemental de placer une activité dans la catégorie des services publics pour s'en assurer le contrôle. Dans une société moderne complexe, tout peut être considéré comme un service public, ouvrant la voie à une surveillance illimitée de toutes les activités humaines par l'autorité publique. Pour le droit français, il n'existe ainsi pas de service public par nature. Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer quelle activité est un service public. Ce sont autant d'atteintes au droit d'entreprendre et de gérer, c'est-à-dire d'atteintes aux libertés individuelles, sous un prétexte vertueux. La notion de service public a toutefois marqué le droit continental, à des degrés divers, la France y étant particulièrement attachée. La notion a été transmise à des États sous influence européenne, comme la Turquie kémalienne, l'Amérique latine[68] ou des protectorats et colonies. Elle marque leur législation portuaire.

66. Performances économiques et service public.

Le respect des obligations de service public peut compromettre les objectifs économiques de la concession. L'intérêt général exige l'optimisation de l'emploi des ressources. Ainsi, en France, la Loi d'orientation des transports du 30 décembre 1982, si elle se réfère au service public, pose en premier lieu le principe que *le transport doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques et sociales les plus avantageuses pour la société*. La rentabilité macro-économique des investissements

[68] Cf. J. Hoffmann, *After the Latin America Port Privatization : the Emergence of a Latin America Model*, 4e conférence sur la privatisation des ports, Londres, 1999.

doit être maximisée. La tarification doit être aussi proche que possible de l'optimum économique (tarification marginale) tout en assurant l'équilibre financier. Elle doit en même temps garantir une rémunération correcte du concessionnaire et du concédant[69]. Car ce dernier peut avoir investi hors concession, mais dans l'intérêt de celle-ci, par exemple en chenaux d'accès. Ces exigences économiques peuvent justifier un traitement différencié des usagers, telles les priorités d'accostage. Ainsi, l'article 6 du projet de contrat de concession du terminal à conteneur de Dakar prévoyait dès 1983, un régime de priorité d'accostage indépendant de l'horaire et de l'ordre des arrivées de navires. Dans un but d'optimalité, les porte-conteneurs spécialisés avaient priorité ; les rouliers venaient ensuite ; puis les navires mixtes et les navires conventionnels transportant moins de 50 conteneurs. De même, des tarifs préférentiels peuvent être consentis en dérogation à l'application de la règle d'égalité, dans le but de stimuler le trafic. Des dispositions de réduction des coûts peuvent être justifiées au détriment du droit des usagers à la continuité du service. En résumé, il n'y aurait pas service public si la satisfaction des besoins de l'usager immédiat par application des règles du service public devait entraîner un manque à gagner ou un coût excessif pour la collectivité. L'optimum économique est, en matière de concessions, inséparable de la notion et des exigences du service public et ne doit pas lui être sacrifié. A Pointe-Noire (2008), l'article 17 de la convention recourt à la notion d'optimalité de l'utilisation des ouvrages portuaires pour justifier les dérogations à la stricte règle d'égalité entre les usagers du terminal à conteneurs. L'approche ci-dessus a été longtemps vue avec méfiance par l'administration traditionnelle. On a écrit que « *le droit administratif […] n'a jamais eu le rendement pour préoccupation centrale* »[70], le rôle de l'administration étant de veiller à la régularité juridique des comportements des entreprises, fonction noble, moralement et socialement supérieure aux soucis marchands des opérateurs économiques utilisant, eux, le droit privé. S'agissant des concessions techniques de partenariat, le rôle du droit administratif ne peut se limiter à une mission de sauvegarde d'un intérêt public qui reste à définir et qui serait en conflit avec les intérêts privés du concessionnaire. L'intérêt public est avant tout la réussite économique et financière de la concession et cette réussite, moyennant le respect des règles de droit est une formulation de l'optimum de service public économique.

[69] Sur la théorie du service public comme optimum économique, cf. J. Grosdidier de Matons, *Service public, rentabilité économique et rentabilité financière*, Revue internationale des sciences administratives, Bruxelles, 1976, pp. 327-337 et *Droit, Économie et finances portuaires*, Paris, 2000, pp. 59-67. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1977.

[70] J. Caillosse, *Le droit administratif contre la performance publique*. A.J.D.A., 20.3.1999, pp. 195-211 (nombreuses références à des travaux antérieurs).

b. Application

67. Identification du service public portuaire.

Ce qui est ou n'est pas un service public dans un port n'est pas clair. Le Conseil d'État, en France, tire du régime applicable au service, des conditions de sa création, des obligations qui lui sont imposées, et des conditions de son contrôle, la présomption qu'une activité est un service public. Ce même dans le silence de la loi[71], ce qui là encore n'est du reste pas sans danger pour les libertés publiques et d'entreprendre. Sauf détermination par le droit positif, tout dépend des circonstances. Dans une île n'ayant qu'un seul port, toutes les activités portuaires peuvent être considérées comme des services publics. Dans un grand port en concurrence avec d'autres, nationaux ou étrangers, cela est doûteux. Les activités régaliennes, comme la police du mouvement des navires, sont des services publics. Le droit algérien par exemple[72], réserve clairement la qualité de service public aux activités régaliennes et d'infrastructure de l'autorité portuaire, à l'exclusion d'activités commerciales telles que la manutention. L'approche du rapport de 2007 sur la modernisation des ports autonomes français est la même. Le service public portuaire y est clairement identifié comme couvrant les seules activités de l'administration portuaire, par opposition à celles des opérateurs, qui sont commerciales[73]. Mais certaines activités sont mixtes — ainsi du pilotage. Celui-ci est exercé en monopole, obligatoire pour des raisons de sécurité, établi et organisé par la loi et le règlement, placé sous tutelle. Il est en France**,** pour ces motifs, un service public (C.E., Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes**,** 2 juin 1972[74]). La manutention a été jugée service public dans un arrêt concernant cette activité en situation de monopole dans un port forain de l'Océan indien (C.E. 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale[75]). Mais l'importance de cet arrêt porte autant sur le régime du domaine public, assiette du service public, que sur celui de la manutention effectuée en situation de monopole. Il n'est pas certain qu'un arrêt semblable serait rendu aujourd'hui dans un port où opèrent plusieurs manutentionnaires. Par contre, en 2009, le cahier des charges d'une concession d'un port d'intérêt national à une chambre de commerce, lui a délégué « le commerce » du port, terme vague et excessif, car tout le commerce ne saurait être un service public. La convention type d'exploitation de terminal, qui concerne, entre autres, la manutention, ne se réfère pas aux services publics et n'en n'applique pas les règles. D'autres législations indiquent que les opérateurs portuaires sont considérés comme des dé-

[71] D. Costa *in* A.J.D.A, 23.4.2007, p. 825.

[72] Décret exécutif N° 99-199 du 18 août 1999 fixant le statut type de l'autorité portuaire. Cahier des charges annexe relative aux sujétions de service public de l'autorité portuaire.

[73] A. Bolliet, M. Laffitte, C. Gressier, R. Genevois. *Rapport sur la modernisation des ports autonomes*, Inspection générale des finances : Paris, 2007, pp. 19 et 23.

[74] A.J.D.A., 1972, p. 547.

[75] Grands Arrêts, 1987, p. 278 et références et commentaires.

légataires de services publics. Par contre, en Tunisie l'article 13 du Code des ports maritimes de commerce (Loi 99-25 du 18 mars 1999) dispose que des concessions *« avec ou sans obligation de service public »* peuvent être accordées dans les ports de commerce. Toutefois, un projet de concession portuaire de terminal à conteneur au port de Tunis la Goulette, en 2006 prévoyait, peut-être instinctivement, l'application d'un régime de service public. Le Portugal, distingue entre les concessions portuaires ouvertes à tous les trafics et les concessions dites privées, concernant le trafic d'une entreprise spécifique, telle un terminal pétrolier ou un terminal à conteneur. Le décret-loi 298 de 1993 dispose que la manutention des marchandises est d'intérêt public et qu'elle doit être assurée de préférence par des entreprises privées assurant comme telles un service public.

68. Suite.

À Madagascar, *« sont considérés comme des services publics…les services rendus au public à l'intérieur d'un port…chargement et déchargement des marchandises »*[76]. Le cahier des charges de la concession globale du port d'Ehoala (mars 2006) consacre un chapitre à la mission de service public portuaire déléguée au concessionnaire. Celui-ci exerce les fonctions d'autorité portuaire au sens de la loi portuaire de 2003. Il exerce les pouvoirs de police administrative, édicte les règlements de sécurité et d'exploitation. Ceux-ci sont appliqués par les officiers de port, employés du concessionnaire, assermentés, nommés avec accord du concédant. Le concessionnaire délivre les autorisations d'occupation du domaine, et les autorisations d'outillage, et entretient les ouvrages et les profondeurs. Pilotage, lamanage, remorquage, manutention et stockage des marchandises font partie du service public portuaire délégué. Sauf force majeure, celui-ci doit être assuré en permanence et avec continuité. De son côté, le concédant, qui contrôle le concessionnaire dans sa mission de service public, lui apporte son soutien et lui assure, le cas échéant, le concours de la force publique.

69. Institutions internationales.

Le Guide législatif pour les projets d'infrastructure à financement privé de la CNUDCI (2001) se réfère, dès son introduction, à l'intérêt général et aux principes du service public qu'il veut voir appliqués à la gestion de ses projets. L'application de ces principes est un des critères du choix des concessionnaires (Recommandation 22). Les Directives de la CNUCED sur la privatisation des ports (N° 61.6) ne font pas référence au service public, mais disposent que les services concédés doivent être fournis sur des ouvrages banalisés et avec un traitement égal de tous les usagers (*common user*).

[76] Décret 2004-699 portant application de la loi N° 2003-005 portant statut des ports.

Le document de la Banque mondiale sur les concessions d'infrastructure[77] ne mentionne pas non plus la notion de service public, mais en est pénétré. Car il approche le problème par la voie de la régulation des monopoles naturels qui justifie ici le régime concessif. Le monopole naturel, on le rappelle, existe dans les ports quand un terminal unique suffit au traitement d'un trafic déterminé.

70. Droit européen. Service économique d'intérêt général et service universel[78].

L'article 90(86) du Traité de Rome de 1957 connaît les *services d'intérêt économique général*, dits services à caractère universel - ainsi de la distribution du courant électrique. Complétant le Traité de Rome, le Traité d'Amsterdam de 1997, d'inspiration française sur ce point, leur reconnaît un rôle de cohésion sociale et territoriale. De son côté, la Cour de justice de l'Union connaît le service public. Elle en a identifié le régime : *« universalité, continuité, satisfaction d'exigences d'intérêt public, réglementation et surveillance par l'autorité publique ».* La Cour laisse à chaque État membre le droit de définir librement le contenu de son service public[79] et de déterminer si tel de ces services est un service d'intérêt économique général au sens du droit européen. Celui-ci s'y applique dans la limite de l'accomplissement de la mission qui est confiée au service. Cette application sera donc stricte, afin d'éviter que, qualifiées service public, des activités échappent indûment au droit de la concurrence. Le service public, générateur de rentes, induit une tentation de qualifier service public ce qui ne l'est pas. On a donc critiqué *« l'impérialisme du service public et de la notion d'intérêt général…combinaison dans des conditions peu favorables à l'usager, de traditions régaliennes et de procédés inspirés du marché* »[80]. La Cour juge que seul *«un motif impératif d'intérêt public* » justifie un régime de service public. La nature et l'essence du service déterminent sa qualification et non pas le régime juridique applicable. Celui-ci n'est que la conséquence de la nature et de l'essence du service. Sur ce point, la jurisprudence de la cour diffère de celle du conseil d'État français, qui base son identification du service public sur un faisceau de présomptions. Le droit de l'Union européenne considère les ports comme *« des ouvrages essentiels, indispensables et incontournables pour les utilisateurs, et qui doivent rester accessible à tous même s'ils font l'objet d'une appropriation privée[81].* » Cette accessibilité est caractéristique

[77] M. Klein et *al., op. cit.* note 1.

[78] Cf. C. Vannini, *Services généraux d'intérêt économique, service public, services d'intérêt universel, application du droit communautaire*, Fondation Robert Schuman, European Issues, N° 61, 14.5.2007. J. Guglielmi et G. Koubi, *La notion de service public en droit européen*, A.J.D.A. 5.10.2009, pp.1783-1787 (concept organique de la notion de service public). M. Voisset. *Op. cit.*

[79] CJCE. 27.3.1974, BRT c/SABAM, Affaire 12.7.73.

[80] M. Bazex, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, J.F.D.A., vol. 11, 3.1995, p. 295-303. M. Delorgey, *Service public et droit communautaire*, A.J.D.A., 19.6.1996, pp. 35-38.

[81] F. Weingarten, *La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire*, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, Paris, 1998, pp. 451-465. L. Richer, *Le droit à la*

d'un service public. La Cour de Justice n'a pas considéré la manutention portuaire, fonctionnant en régime de concurrence, et dans l'arrêt *Merci conventionali Porto di Genova*[82] du 10 décembre 1991 comme un service public. En l'espèce, elle n'a pas objecté à l'octroi d'une priorité d'accostage, contraire aux règles d'égalité entre usagers du service public. Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt Aéroport de Paris (24 octobre 2002), suivant lequel *« les services offerts par l'Aéroport de Paris aux prestataires de services en escale constituent une activité économique au sens du droit européen de la concurrence dissociable des fonctions de police administrative de l'Aéroport de Paris»*. Si les prestations fournies par un organisme public aux manutentionnaires dans l'aéroport sont des activités économiques et non des services publics, a fortiori les activités de ces manutentionnaires n'en sont pas non plus. L'absence de référence au service public de la convention type française d'exploitation de terminal (2000) est donc conforme à la jurisprudence de la Cour, comme du reste la position adoptée par le rapport français de 2007 sur la modernisation des ports autonomes, mentionné plus haut.

c. Applications du régime juridique

71. Obligations de service public.

Outre les obligations identifiées ci-dessus, des obligations supplémentaires peuvent résulter de la place faite au service public dans différentes branches du droit. Pour celui de la concurrence, par exemple, un abus de position dominante résultant de l'exécution d'un service public serait inacceptable. Sauf disposition législative, seul un motif d'intérêt général, soumis au contrôle du juge, peut dispenser de l'application de ces règles et principes. Mais le motif d'intérêt général devra être substantiel et évaluable, spécifique à une circonstance déterminée. Ainsi dans un port, la dérogation à la règle d'accostage dans l'ordre des arrivées sera formulée en termes précis reflétant l'intérêt général. En France, la formulation suivante, extraite d'un projet de cahier des charges type de 1990, ne semble pas avoir été retenue : « *des priorités d'accostage sous forme d'abonnements peuvent être consenties aux usagers qui utilisent les ouvrages et outillages de façon répétée »* (Art. 18). En fait, l'égalité entre usagers peut-être rétablie si la priorité d'accostage est facturée au bénéficiaire (cf. Chapitre VIII ci-après).

paresse, Essential facilities, version française, Semaine juridique, Paris, 12.1999, Chroniques, pp. 523-525. M. Glais, « Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, N° 85, 1998, p. 85-116. J. Thill-Tayara et C. Couadou, *Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles*, Contrats, Concessions, Consommation, Paris, 5.1999, p. 30.

[82] Recueil des arrêts de la CJCE, C-179/90, p. I-5889.

72. Formulation[83].

Cahiers des charges et conventions formulent les obligations de service public. À Rosario**,** l'article 62 de la convention stipule que «*[le domaine] à l'usage du public demeurera propriété publique…affectée uniquement à des prestations de service public ».* L'article 43 stipule que le concessionnaire doit appliquer *« les principes de continuité de qualité et de diversification »* dans la prestation de ses services, « *en prenant soin de garantir les droits et intérêts des usagers ».* À Maputo (Mozambique, dans le cadre du Projet de Revitalisation du Corridor de Maputo, (1998), une convention de concession a été passée entre chemins de fer, exploitant du port et une société de gestion portuaire. Les services aux usagers doivent être rendus *« sans aucune discrimination de quelque nature que ce soit, sans abus de position dominante, avec continuité et régularité, sans excès tarifaires »*. À Douala**,** le cahier des charges fait référence expresse au service public en ce qui concerne l'égalité des usagers et la continuité des prestations (Art. 26). Si, pour une raison quelconque, il ne peut assurer cette continuité, le concédant peut se substituer à lui ou désigner un tiers pour le remplacer. L'article 33 fait référence expresse au principe d'égalité dans l'application des tarifs. L'article 8 de la convention de concession fait référence expresse au service public pour stipuler que les usagers doivent être traités *« de façon équitable »*, formule plus souple que celle qui imposerait une égalité absolue de traitement. Le même article fait référence à l'excellence du travail professionnel à accomplir par le concessionnaire, preuve de l'exécution d'un service public. À Pointe-Noire (2008), l'Article 15 de la convention stipule fortement l'obligation d'adaptabilité du service « *adapter…l'exploitation aux exigences nouvelles afin qu'elle convienne toujours aux besoins du trafic maritime et des clients. Mais ceci dans la limite des objectifs de modernisation qui lui sont assignés* ». Et l'article se réfère expressément au service public et à l'intérêt général pour motiver le droit du concédant de faire procéder à des investissements supplémentaires pour satisfaire les besoins de la concession. Le Chili prohibe la discrimination entre usagers par le concessionnaire, mais autorise des régimes spéciaux en fonction des volumes de trafic que le concessionnaire se propose de traiter. En France, en application du principe d'adaptabilité, le concédant peut prescrire au concessionnaire *« pour des motifs d'intérêt général »* de mettre en place de nouveaux ouvrages ou outillages (2001, Art. 6). Mais il ne doit résulter de ces apports aucune *« modification essentielle de la consistance de la concession* ». Le même cahier des charges s'en tient strictement à la règle. Ainsi *« le concessionnaire est tenu d'assurer la continuité du service public qui lui est confié »* (Art. 21) et il est tenu de servir les usagers dans l'ordre des demandes (Art. 18). L'obligation de permanence et de continuité est explicite dans l'Article 20 du Décret français 97-647 sur les concessions d'aérodromes, de même que celle d'égalité de traitement dans l'Article 38. La règle suivant laquelle le concessionnaire doit adapter les moyens du service concédé à la demande des prestations

[83] J. Travard, *Jean Rivero et les lois du service public,* A.J.D.A., 17.05.2010, pp. 987-993.

du service, a été formulée par le Conseil d'État, en matière portuaire, dans l'arrêt *British Railways Board* du 11 juin 1982.[84] Certaines autres législations et réglementations portuaires, formulent les règles du service public applicables aux concessions. En Espagne, la loi portuaire 12/1971 du 30 mars 1971, sur la concession de méga ports pétroliers ou de terminaux à conteneurs dispose que le concessionnaire doit assurer la continuité du service et, en cas d'urgence ou de catastrophe, prendre les mesures ordonnées par le concédant pour en assurer cette continuité. Au Mexique, l'Article 45 de la loi portuaire de 1993 exige que les services du concessionnaire soient rendus *« de façon permanente, continuelle et uniforme »*. Lorsque les terminaux et ouvrages à usage privé ont un excédent de capacité, le ministre des transports peut ordonner leur mise à la disposition du public. En Uruguay, la loi portuaire de 1992 place au premier rang des obligations des prestataires de services portuaires la régularité et la continuité de ces prestations. L'Article 28 de la loi tunisienne sur les concessions impose au concessionnaire les obligations d'assurer l'égalité de traitement des usagers et la continuité du service. En Egypte, l'Article 570 du Code civil formule la règle d'égalité des usagers devant le service public, avec des dispositions d'application reprises de la jurisprudence française en matière de services publics.

73. Mise en œuvre du service public économique.

La convention de concession du terminal à conteneurs du port de Pointe-Noire au Congo applique nettement la notion de service public économique. Le concessionnaire doit non seulement assurer la continuité du service à la satisfaction des usagers, mais il doit le faire « *à des conditions normales de coût et de compétitivité à conditions égales* ». L'adaptation du service et des installations, autre obligation statutaire du concessionnaire, doit se faire « *au niveau des standards internationaux et des ports concurrents* ». En Belgique, les contrats de concession du Deurganckdok Anvers (2000-2003) contiennent des conditions strictes sur l'utilisation optimale des espaces concédés, permettant en particulier au concédant de reprendre des superficies s'il estime que cette optimalité n'est pas obtenue. La relation est ici établie entre service public, domaine public et efficacité économique. Une convention de concession d'un port français, en 2009, était fortement marquée par l'esprit du service public et en imposait les règles au concessionnaire. Mais elle imposait à celui-ci « *d'optimiser l'outil de production* » par, entre autres, la mise en place de nouvelles superstructures. La convention type d'exploitation de terminal (2000) contient des clauses permettant des attributions préférentielles de postes à certains usagers, contraires à la règle d'égalité. Cela peut démontrer que celle-ci est désormais inadaptée face aux impératifs d'une exploitation rationnelle, elle-même génératrice d'optimum économique.

[84] Lebon, p. 232.

d. Service public portuaire et *common law*

74. Fondements du régime.

Le droit anglais ignore les fondements doctrinaux de la concession portuaire[85], qui n'est vu que comme une technique de régulation. L'intérêt général et le service public n'apparaissent pas dans les ouvrages juridiques[86] sur les ports maritimes. Ils peuvent être des objectifs implicites de la gestion, mais doivent être atteints par la satisfaction des intérêts économiques et financiers des établissements portuaires. L'un de leurs objectifs fondamentaux, mesure de leur réussite, est la maximisation de leurs excédants financiers. Cette doctrine est d'autant plus ferme que la loi travailliste de 1947 sur les transports anticipait la nationalisation des ports britanniques sous une autorité portuaire nationale qui aurait mis fin aux statuts différenciés des établissements portuaires, tous fortement marqués par une autonomie réelle, vis-à-vis des pouvoirs publics. En 1962, les membres de la Commission Rochdale, chargée d'étudier, en vue de sa réforme, le système portuaire britannique, affirmaient avec force qu'« *ils se refusaient à voir dans les ports des services publics* ». Et les économistes britanniques récusaient les études d'impact macroéconomique des investissements et activités portuaires, l'optimum économique ne devant être, d'âpres eux, recherché qu'au niveau de l'organisme portuaire et du secteur des transports, auxquels appartiennent les ports. Or ces notions de service public existaient dans le droit portuaire anglais ancien, sous la dénomination d'intérêt public. Celui-ci était sous-jacent à la nécessité d'un permis *(franchise)* pour créer un de ces ports privés qui se sont multipliés après 1688. Les *wharfs*, jetées perpendiculaires au rivage, ancêtres des ports, ont été considérés comme des ouvrages d'intérêt public dès le XVIII[e] siècle[87] et ont été cités en exemple à cet égard. Le Parlement, au début du XIX[e] siècle, a affirmé le droit au libre accès aux ports, même privés, à tous les usagers *(common user regime*), ce qui confirmait leur intérêt public. Les tribunaux ont jugé dans le même sens, imposant aux ports des quasi obligations de service public à l'égard des usagers, en général sur la base du droit des contrats. Lorsque les ports autonomes britanniques furent créés à partir des années 1860, ils furent désignés comme *trust ports,* fiducies publiques, établies dans l'intérêt commun. Ils ne pouvaient distribuer leurs bénéfices, qu'ils devaient réinvestir dans des ouvrages et outillages, disposition caractéristique de l'orientation de l'établissement vers des fonctions d'intérêt public. Cette orientation a été perdue de vue. Les commentateurs contemporains critiques du régime britannique de ges-

[85] Cf. J. Bell et P. Kennedy, *La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande, in* F. Moderne et G. Marcou (eds), *L'idée de service public dans les États de l'Union européenne,* Paris, 2001, p.227-258. I.D.B. Mitchell, *Les causes et les effets de l'absence d'un système de droit public au Royaume-Uni*, Études et documents du Conseil d'État, Paris, 1965. Traduit et repris de Public Law, Londres.

[86] M. Walker, *Oxford Companion to Law*, Oxford, 1980.

[87] *Lord Hale and business affected with a public interest,* Harvard Law Review, Vol. 43, N° 5 (Mar., 1930), pp. 759-791.

tion privée des ports, issu du *Ports Act* de 1991, ignorent encore aussi bien le service public que le bien commun (*common* ou *public good*) ou l'intérêt général[88]. L'obligation d'égalité de traitement des usagers a toutefois subsisté. Le régime des postes banalisés (*common user berths)* accessible à tous les navires, en principe dans leur ordre d'arrivée, est toujours applicable.

75. Évolution du droit anglais.

Le droit des pays du continent influence désormais le droit anglais, du fait de l'entrée de la Grande-Bretagne dans l'Union européenne. En outre, le droit de l'Union connaît, par application du Traité d'Amsterdam[89] cité ci-dessus, le droit des services universels et la notion de *universal service obligation* qui interdit à un prestataire de services essentiels de choisir ses clients. D'autre part, le développement des privatisations et du transfert au secteur privé de la gestion de services de l'État dans le cadre de la *Private Finance Initiative* a amené à dégager des règles visant à protéger l'intérêt public. La privatisation et la sous-traitance ont fait créer des agences administratives régulatrices, indépendantes. Or le fondement de la régulation est la notion de service public, quelque nom qu'on lui donne. La notion d'intérêt public *(public interest*) est désormais appliquée en matière de politiques[90] et d'évaluation comparative des investissements publics et de leur impact sur l'environnement. Ce concept a été utilisé en 2004 pour l'évaluation du terminal à conteneurs de Dibden, près de Southampton, dont la construction n'a pas été autorisée, au motif qu'elle n'était pas conforme à l'intérêt public élargi[91].

76. Pays du Commonwealth.

D'une façon générale, et différant sur ce point du droit positif britannique, les législations portuaires modernes des pays du Commonwealth font volontiers de l'intérêt public un des objectifs de l'administration portuaire. Il en est ainsi au Ghana, en Gambie, en Sierra Leone, au Myanmar et ailleurs. Les conventions de concession et de BOT assignent le même objectif au cocontractant. À Maurice, de tradition il est vrai partiellement française, l'Article 5.4 de la convention de concession portuaire de 1999 fait de « *l'intérêt public* » un critère de fonctionnement du service concédé. En Australie, l'intérêt public a été avancé par une commission parlementaire sur les

[88] Ainsi A.L. Baird, très critique de la privatisation des ports britanniques par le *Ports Act* de 1991, in 4th World Port Privatisation Conference, London, 22–24 September 1999. Du même auteur, *Privatisation of trust ports* in the *United Kingdom*, J.T.P., Londres, pp.135-149, 1995.

[89] Cf T. Prosser, *Public Service Law : privatization unexpected offspring, law and Contemporary Problems*. Duke University, Durham, Caroline du Nord, Vol. 63, 2001, p. 75-83 et les références. L'auteur met en valeur « l'absence d'une tradition de service public dans le Royaume-Uni. »

[90] J. Munro, *The new transport policy and the public interest*, The Logistics and Transportation Review, Vol 12, n° 1, 1976.

[91] Cf. *The Dibden terminal decision*, M.P.M., Londres, vol. 31, n° 3, 9.2004, pp. 241-247.

ports, en 1964. Un projet de contrat de concession portuaire au Ghana (2000) faisait également référence à l'intérêt public dans la définition des mesures à prendre en cas d'interruption du service du concessionnaire. À Colombo (1998, Art. 12.6), les postes à quai sont en principe banalisés mais des priorités peuvent être accordées si l'usager s'engage sur des volumes déterminés de trafic. En Inde, la convention de concession pour le terminal à conteneur Jawaharlal Nehru Port Trust (JNPT) (1994) près de Bombay stipule que le terminal doit être exploité comme un « *common users terminal* » avec égalité de traitement entre les usagers. Cette égalité de traitement est caractéristique de régime de service public. Les Directives en matière de privatisation portuaire émises par le gouvernement indien en 1996 disposaient que les ouvrages concédés devaient être accessibles à tous les usagers à des conditions égales. Les usagers ont tenu à l'application de cette règle ; ils ont refusé, en 1998, un assouplissement justifié dans un cas bien particulier. Toujours en Inde, l'Article 6.2.1 du cahier des charges type des BOT portuaires (*Agreement*) impose à l'opérateur de fournir les services de pilotage et de remorquage « *sans discrimination* ». L'Article 6 du même cahier dispose que l'opérateur exploitera les ouvrages « *dans l'intérêt du commerce extérieur et du pays »* et donc pas seulement dans le sien propre. De même, s'agissant des quais banalisés, dits *common user berths*, en principe accessibles au tour de rôle, l'Article 6.1.7 permet au concessionnaire d'accorder des priorités d'accostage à certains navires « *dans le but d'optimiser l'emploi des ouvrages à quai et des outillages ».* Mais l'autorisation écrite préalable du concédant est nécessaire. Ainsi sont reconnus à la fois l'importance de la règle d'égalité devant le service public portuaire et celle de l'optimum économique. À Gujarat (Art. 10), les usagers doivent être servis « *sans discrimination* ». À Lagos Apapa, au Nigeria, de même, le concédant délègue à l'opérateur « *toutes les compétences et attributions nécessaires à l'exploitation* [du terminal] ». Mais l'opérateur est tenu par les règles applicables aux quais banalisés et doit être attentif à ce qu'aucun accord particulier ne les enfreint (Contrat, Art. 6.3). Concessionnaire et concédant doivent assurer la continuité du service (id.). On retrouve le *Common user bertha* dans la concession *(lèse)* du terminal à conteneurs de Dar es Salam (Art. 4.4). Le concessionnaire doit répondre aux besoins de tous les usagers et ne doit pas se comporter « *de façon négative* » dans sa gestion. Il est tenu par tous les contrats antérieurs conclus avec les usagers, dont il assure la continuité d'application. Mais le principe d'égalité des usagers s'efface partiellement au profit de l'efficacité de l'exploitation : les navires sont « *dans la mesure du possible* » accostés dans l'ordre de leur arrivée. Des priorités peuvent être accordées, à charge pour le concessionnaire d'en tenir informé le concédant. La même convention stipule une obligation de continuité du service (Art. 17). Le concédant doit être tenu informé de toute interruption pour entretien ou réparations. Au Canada, le premier ministre a annulé les concessions des terminaux 1 et 2 de l'aéroport Pearson en 1993, car le contrat n'avait « *pas été passé dans l'intérêt public ».*

77. Droit des États-Unis d'Amérique.

La notion de service public est bien connue aux États-Unis, même si la terminologie est différente de celle du droit français et prête à confusion[92]. Le régime du transport public (*Common carrier*) inclut les obligations de continuité et d'égalité de traitement caractéristique du régime classique de service public. Le terme d'intérêt public *(public intérêts)* qualifie ce qui est considéré comme un service public. Un service public en réseau soumis à une réglementation est une *public utility.* Les études économiques ou juridiques abondent sur le sujet. Les ports ont été qualifiés d'intérêt public à partir du début du XX[e] siècle[93]. Cette qualification nouvelle, contemporaine de la réaction aux trusts, visait à corriger les abus, en particulier ceux des sociétés ferroviaires qui contrôlaient les terminaux portuaires, voire les ports. Elle a accompagné la régulation progressive des transporteurs publics, basée sur les notions de service et d'intérêt publics. Dès 1934, les règles de déontologie de l'Association américaine des établissements portuaires (AMAPA)[94] disposaient que *« Le devoir essentiel de service public ne doit pas être sacrifié au profit privé* ». De nombreuses décisions judiciaires ont confirmé le caractère d'intérêt public d'ouvrages et d'outillages portuaires tels que silos, portiques, grues et autres, faisant souvent l'objet de quasi-concessions (*lèses*). Ils « *étaient les instruments d'une fiducie publique* » (*« shaving a public trust attache »).* Ce qui permettait d'en réglementer l'implantation et l'emploi. Ainsi, en matière portuaire, à propos d'élévateurs à céréales portuaire, maillon essentiel dans la chaîne de transports, un tribunal a jugé qu'ils appartenaient au service du public. D'où l'application d'un régime juridique spécifique dans l'intérêt commun[95]*.* L'arrêt de la Cour suprême *State of Californie v US* de 1941 a jugé que des tarifs portuaires pratiqués par un concessionnaire de terminal *« ne doivent pas être injustement discriminatoires ou contraires à l'intérêt public* ».[96] Le contrat entre le concessionnaire et son client n'est donc pas un simple contrat commercial. C'est un contrat entre prestataire et usager du service public. Le contrat de *lèse*, qui stipule les droits de l'opérateur en matière tarifaire, a donc un effet sur les usagers, qui en tirent des droits, bien qu'ils n'y soient pas partie. On est très proche du régime de la concession de droit administratif, dont on verra (Chapitre III) qu'elle reconnaît des droits à l'usager du service concédé,

---

92 « Public service » signifie « carrière politique ». On dira d'un sénateur cinq fois réélu : *"he has been twenty years in the public service"*. Mais le terme est aussi utilisé dans un sens plus proche du sens français, pour désigner un service offert bénévolement au public, tel que le bulletin météorologique offert au téléphone par le fournisseur des services téléphoniques.

93 Sur la notion d'intérêt général dans la gestion des ports des États-Unis, Cf J. Grosdidier de Matons, *Droit, Economie et Finances Portuaires*, cit. note 1, p. 49 et s.

94 J. Bancroft and al., *Canon of Ethics of the Corporate members of the AAPA*, The Shipping Register, 73 (1935).

95 D.M. Doublet, *Privatization and Political Risk: The Canadian Experience, Private Investments Abroad*, 1994, p. 17. cf. J. Grosdidier de Matons, *Les notions de service public matériel dans le droit portuaire américain*, Le DMF, Paris, vol. 26 n° 301, 1.1974, pp. 50-57.

96 R.A. Lindsey Jr and D.A. Colson. *The Federal Regulation of American Port Activities*, The International Trade Law Journal, University of Maryland, College Park, Md, vol. 7, n°1, Fall 1981, pp. 38-57.

quoiqu'il ne soit pas partie au contrat de concessions. Prohibition est fait par le droit fédéral, aux établissements portuaires, qui relèvent cependant des États, de pratiquer une discrimination positive ou négative à l'égard d'un usager, d'un trafic ou d'une localité de destination ou d'origine de la marchandise. Les tarifs sont contrôlés par la *Maritime Commission* en vue de vérifier leur conformité à cette règle.[97]

Conclusion. Ce qui précède illustre la difficulté à appréhender et à préciser la notion de service public et celle d'intérêt général dans le domaine portuaire. Le grand juriste M. Aline, relevait que la notion de service public était aussi difficile à saisir qu'une goutte de mercure échappé d'un baromètre. Quelque soit son imprécision, la notion est bien présente dans les ports et dans le régime concessif dont elle constitue un fondement essentiel.

[97] E. Stromberg, *Port Privatization in the Western Hemisphere*, American Association of Port Authorities, 1993.

III - Cadre juridique des concessions

78. Sommaire.

L'étude du cadre juridique de la concession porte sur le dossier de la concession, le droit applicable et sur les sources du droit, qui incluent ici le cahier des charges. Elle examine ensuite le contrat de concession lui-même, la cessibilité du contrat et du concessionnaire, la sous-traitance des activités concédées et la place tenue par la concession, en tant qu'institution, dans le système juridique.

A - DROIT APPLICABLE

a. Dossier de la concession

79. Dossier juridique de la concession.

Le dossier de concession est un ensemble complexe de documents contractuels et autres. Le concédant ne peut demeurer indifférent aux contrats auxquels il n'est pas partie, contrats de construction, de financement et de garantie, etc. De même, les créanciers du concessionnaire, ne sont pas partie au contrat de concession, mais les relations entre concédant et concessionnaire les intéressent. Concessionnaire et concédant doivent connaître dans le détail les lois et règlements ayant rapport avec le contrat de concession.

80. Classification des documents.

On distingue :

1) Les lois et règlements concernant le domaine public, les finances publiques, la fiscalité, les garanties et sûretés, l'arbitrage, les contrats civils et administratifs, les

contrats internationaux, les immunités d'État, et le droit du travail. La liste n'est pas limitative.

2) Le dossier de présélection (appel restreint à la concurrence), si le concessionnaire n'est pas choisi par entente directe.
3) Le dossier d'appel à la concurrence, exposera les conditions d'attribution du contrat de concession, sauf entente directe.
4) Les conditions générales et particulières ou cahiers des charges des concessions.
5) Les statuts de la société dite de projet quand les promoteurs du projet de concession décident de constituer une telle société pour prendre en charge la mise en place de la concession et quand la loi en autorise ou en impose la constitution.
6) Le projet de contrat de concession, qui est également autorisation d'exercer (licence).
7) Les plans et documents d'exécution et les contrats d'achats d'outillages et de fournitures.
8) Les contrats conclus avec les sources de financement et avec les sources de garanties.
9) Les documents établis pendant la phase des négociations, tels qu'accords informels, lettres d'intentions, correspondances et autres.

Le guide de réforme portuaire de la Banque mondiale *(World Bank Port Reform Tool-Kit)* identifie les documents contractuels supplémentaires ci-après entre concédant et concessionnaire, et qui peuvent exister ou non : bail sur certains terrains, accords sur l'accès au terminal, accords concernant les services portuaires relevant du concédant (pilotage et remorquage), etc.

b. Application de la loi du for

81. Formulation.

Le contrat de concession est normalement un contrat de droit interne. C'est le cas le plus fréquent et la recommandation 41 du *Guide législatif* de la CNUDCI est dans ce sens. Il est le plus souvent passé avec une société de projet de droit local, créée pour la circonstance. Ainsi, l'Article 25 de la loi marocaine du 14 février 2006 dispose que le délégataire du service public concédé doit être une société « *régie par le droit marocain* » dont les actions doivent être nominatives et l'exécution du service public délégué doit être l'objet exclusif. Dans des termes différents, l'Article 7 de la loi tunisienne de 2008 dispose de même. Le contrat sera généralement – et certainement dans un pays de droit administratif – un contrat administratif. Car il est établi pour l'exécution d'un service public et contient des clauses exorbitantes du droit commun. Cela écarte le droit civil plus égalitaire en matière contractuelle que le droit administratif. Le droit positif reflète ces règles. Ainsi, en Colombie, la loi portuaire définit le

contrat de concession comme un contrat administratif. Les cahiers des charges applicables en 2002 en Tunisie précisaient que la loi tunisienne était applicable et que, en cas de litige ou d'arbitrage la langue à employer était l'arabe. En Égypte**,** le projet de loi (2003) sur la participation du secteur privé aux investissements d'infrastructures imposait l'application du droit égyptien. Les conventions de concession précisent également le plus souvent quel est le droit applicable. Était ainsi applicable le droit sri-lankais aux termes du contrat de BOT du port de Colombo (Art. 48). L'Article 1 des Conditions générales du *Silver Book*[98] de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) rappelle que, dans les pays de droit civil, il existe des dispositions dites d'ordre public auxquelles on ne peut déroger par la voie contractuelle. Par ailleurs, la convention de concession peut avoir été précédé par des actes soumis au droit international, et s'y rapportant, tel, par exemple, une convention de financement avec une institution financière ou un accord de principe entre Etats concédants et futurs concessionnaires étrangers. Des conflits de lois peuvent résulter de différences entre de tels actes, soumis au droit international, et la convention de concession, soumise au droit interne.

82. Unité du droit interne.

La convention de concession n'est évidement pas un acte isolé. L'ensemble de la loi du For s'applique et le futur concessionnaire a le devoir de la connaître. Il doit poser toutes les questions pertinentes sur le sujet et mener les recherches nécessaires. Les difficultés proviennent fréquemment d'une absence de liaison entre service compétent et de l'insuffisance des connaissances juridiques des responsables techniques ou commerciaux de la concession. Quatre exemples de difficultés survenues dans des montages concessifs illustrent ce point. Dans un premier cas, le gouvernement avait consenti au concessionnaire une exemption générale de tout droit de douane et autres prélèvements fiscaux sur les importations de matériels destinés à la concession et sur ses activités. Il n'en avait pas informé l'autorité portuaire. Le concessionnaire a donc refusé de régler à celle-ci le montant des péages et autres redevances portuaires dont il soutenait qu'ils avaient un caractère fiscal, cependant que le port y voyait une rémunération pour service rendu. Un second cas concernait des clauses de la convention de concession contraire au droit domanial. Faute d'avoir consulté au préalable le service responsable du domaine public, concédant et concessionnaire se sont heurtés à une opposition difficile à vaincre. Dans un troisième cas, la convention de concession prévoyait une unité de commandement et de statuts du personnel d'exécution pour l'exploitation d'un terminal. Or, les personnels désignés à cet effet appartenaient à trois catégories ayant chacune des statuts juridiques différents, ce qui rendait impraticable leur regroupement dans un même cadre et sous un même

[98] *Conditions of contract for EPC and turnkey projects*, Fédération internationale des ingénieurs conseils, 1999.

régime, sauf à les indemniser au préalable pour des montants élevés. La matière n'avait fait l'objet d'aucune étude ni préparation avant la rédaction définitive de la convention de concession. De même, une convention de concession signée par un organisme portuaire prévoyait que la commission compétente en matière de tarifs de transport au sein du ministère de tutelle fixerait les tarifs proposés par le concessionnaire et agréés par l'administration portuaire. Les parties à la convention, et le ministre qui avait approuvé celle-ci, avaient, par ignorance, passé outre à une disposition de la constitution qui réservait au gouvernement les fixations de tarifs, le commissions n'ayant, dans tous les domaines de leur compétence, qu'un rôle consultatif. L'échec de l'ajustement des tarifs causa l'annulation du contrat de concession, le concessionnaire ne pouvant, face à l'inflation, rentrer dans ses frais. Des conventions de concession rappellent parfois cette règle d'unité du droit. En Tanzanie, la primauté de la loi du for est formulée dans l'Article 1.2.2 de la concession du terminal à conteneurs de Dar es Salam : « *Le contrat sera interprété comme un tout et ses clauses ne seront pas détachables d'un contexte, qui inclut toutes les lois et règlements applicables ».* En Inde, l'Article 21 de la convention type stipule l'application du droit de la République indienne. Les règles comptables font ainsi partie des dispositions de la loi du for applicables au concessionnaire, qui ne peut sans autorisation importer ses propres règles.

83. Adaptation du droit interne.

L'applicabilité exclusive du droit du pays concédant, si adapté soit-elle aux nationaux, peut décourager des investisseurs étrangers lorsque ceux-ci sont habitués à d'autres cadres juridiques. Et il n'est pas certain que ce droit soit fiable et à jour, les insuffisances sur ce point apparaissant en général au moment des litiges, c'est-à-dire trop tard. Le droit du pays hôte peut donc devoir être modifié. La Turquie, l'Italie et la France offrent des exemples de modification du droit national dans l'intérêt du développement des concessions. En Turquie était applicable un régime classique de droit administratif, inspiré du droit français introduit pendant la période kémaliste, avec pouvoir unilatéral du concédant de mettre fin à la concession, soumission des litiges au juge administratif (*Danistay* ou Conseil d'État), immunité de fait ou de droit du concédant et régime domanial strict interdisant les constitutions de gage par les créanciers du concessionnaire. Les lois de 1984 et 1999 ont modifiés ces dispositions et appliquent aux concessions le droit commun des contrats, autorisent le recours à l'arbitrage et limitent les pouvoirs unilatéraux du concédant. En Italie la loi 115/98 de décembre 1998, dite *Merloni Ter* assouplit les conditions générales du contrat de concession en rapprochant celle-ci du droit commun des contrats en droit civil. En France, les modifications apportées à l'Article 2061 du Code civil par la loi 86-972 du 19 août 1986 qui permet désormais le recours à l'arbitrage par les personnes publiques traitant avec des sociétés étrangères, trouvent leur origine dans

les demandes d'un concessionnaire[99]. En Égypte, par contre, le droit domanial de tradition française n'ayant pas été modifié, le Conseil d'État s'est opposé à un projet BOT au motif justifié de l'inaliénabilité du domaine.

c. Choix du droit applicable

84. Droit applicable aux relations entre concessionnaires et usagers.

Les rapports entre concessionnaires et usagers relèvent du droit privé, en principe commercial. La loi du for s'applique, sauf accord contraire des parties. Ainsi, en application de la loi française du 18 juin 1966 *« les opérations en matière internationale, les opérations effectuées par les entreprises de manutention portuaire sont soumises à la loi du port où opère l'entrepreneur* ».[100]

85. Convention de Rome.

À défaut du recours à la loi du for, les parties peuvent choisir la loi applicable. Dans l'Union européenne, la Convention de Rome (80/934/EEC, 19 juin 1980) sur le droit applicable aux obligations contractuelles[101] s'applique *"à toute situation impliquant un choix entre le droit de différents pays"* (Art. 1), sans qu'aucune différence ne soit faite entre contrats de droit privé et contrats administratifs. La Convention stipule qu'« *un contrat sera réglé par la loi choisie par les parties »* (Art. 3) ; cette loi « *peut s'appliquer à tout ou partie du dit contrat »* (idem). Les lois d'ordre public du for « *demeurent applicables, quelque soit la loi retenue »* (idem). Si les parties ne choisissent pas une telle loi, celle du pays avec lequel le contrat a le plus de rapports sera appliquée (Art. 4), le lieu d'exécution du contrat étant particulièrement déterminant (idem). L'accord entre les parties, en cas d'arbitrage, devra préciser les règles de droit et de procédure applicables, sauf aux arbitres à rendre leur sentence en seule équité.

86. Exemple d'accord sur la loi applicable.

Dans le cas complexe de la concession du tunnel sous la Manche, l'Article 19.6 du Traité de Canterbury du 12 février 1986 stipulait que « *pour régler les différends relatifs à la concession, il est fait application des dispositions pertinentes du traité et de la concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français et de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spéci-*

[99] Le Code civil, qui prohibait la clause compromissoire, a été modifié en 2001. Cf. L. Degas, *Les modifications au droit français en matière de clause compromissoire*, vol. 17, R.F.D.A., 2001, pp. 653-659. Cf. Chapitre V du présent ouvrage.

[100] Cassation, 28.02.1984, DMF 1985, p. 149, note Vialard.

[101] J.O.C.E., 9.10.1980. *Texte dans Terminal a conteneurs portuaires*, Celse, paris, 1997, pp.122-126.

fiques de droit français ou de droit anglais. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties en sont d'accord, au principe d'équité ».[102] Deux régimes de garantie des créanciers (*security packages*) ont été mis en place, l'un obéissant au droit français, l'autre au droit anglais.

87. Droit du contrat.

Le principe est que la loi applicable au contrat durant toute la durée de son exécution est la loi applicable (celle appliquée) lors de sa passation. En France le Code civil formule cette règle, mais son application en droit administratif peut ne pas être évidente. Le législateur peut toujours, dans l'intérêt général ou pour une raison d'ordre public, disposer que la loi nouvelle s'appliquera au contrat, quel que soit le contenu de celui-ci. Les règlements nouveaux s'appliquent immédiatement

d. Sécurité juridique

88. Définition.

La sécurité juridique[103] est une garantie implicite ou formelle du contenu, de la transparence, de l'équité et surtout de la stabilité du droit positif, jurisprudentiel et contractuel applicable à la concession[104]. Elle est extrêmement importante pour les concessionnaires, à qui l'on demande de s'engager pour une longue durée et pour des sommes très importantes. Or, cette sécurité est faible dans de nombreux pays, même quand des garanties formelles sont obtenues dans le contrat de concession. Elle l'est d'autant plus qu'au droit commun des contrats se substitue le droit administratif qui donne à l'administration en matière contractuelle, des droits exorbitants du droit commun. En outre, le droit français considère que la convention de concession contient des clauses contractuelles, telles les clauses financières, et des clauses réglementaires, telles celles concernant l'organisation du service concédé. L'administration peut modifier celles-ci *ad litum* car « *la conclusion d'un contrat ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice par l'administration des compétences qui lui ont été conférées en vue d'apporter à un service public ou à ses conditions d'exploitation toutes les modifications nécessaires suivant les besoins du moment* »[105]. La formule est très belle mais grosse d'arbitraire administratif, d'autant plus que la jurisprudence restreint les possibilités de recours. Elle trouve un correctif dans le principe d'équilibre financier de la concession qui astreint l'administration à

[102] Cf. R. Goy, *Le tunnel sous la Manche*, Annuaire français de droit international, Paris, 1986.

[103] M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique,* A.J.D.A. 20.6.1996, pp. 178-184.

[104] Cf. *Guide législatif du financement privé des projets d'infrastructures*, CNUDCI, Vienne, 2000.

[105] G. Dufau, *La nature juridique de la concession de service public*, Mélanges René Chapus, Paris, 1999.

indemniser le concessionnaire, bien que celui-ci soit supposé opérer *« à ses risques et périls ».* La notion de sécurité juridique est en conflit avec celle de souveraineté de l'État, laquelle, couverture commode de tous les arbitraires, tend à prévaloir dans les États l'ayant acquise récemment. Elle est reconnue comme un principe général du droit européen et devrait donc s'imposer progressivement comme une norme des droits nationaux. En France, le Conseil d'État a jugé qu'une législation d'application générale portant sur le contrôle des prix s'appliquait à un contrat de concession, bien que promulguée postérieurement à la signature de ce contrat (13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes,*). Deux correctifs peuvent intervenir : les *dispositions transitoires* et les *clauses de stabilisation du droit applicable.* Relève aussi de la sécurité juridique, la règle suivant laquelle la caducité d'une clause de la convention n'affecte pas la validité des autres clauses de celle-ci. Cette règle est formulée dans l'Article 55 de la convention de concession du terminal à conteneur de Pointe-Noire (2008) et s'applique aux clauses devenues « *caduques, illégales, ou inapplicables ».* En France, dans l'arrêt d'Assemblée *KPMG et autres* du 2 mars 2006[106], le Conseil d'État a formellement reconnu le principe de sécurité juridique et annulé un décret qui ne prévoyait pas de dispositions transitoires applicables aux contrats en cours d'exécution entre personnes privées. Mais il n'est pas certain que la même protection soit assurée au cocontractant d'une administration, ce qui est le cas du concessionnaire. En Inde, l'Article 14 du cahier des charges type des BOT portuaires indique que le concessionnaire ne peut solliciter du concédant, en principe un établissement portuaire, d'indemnisation des conséquences négatives d'une modification de la loi ou des règlements, ce qui renvoie le litige éventuel au niveau de l'État législateur. Aux termes du même article, aucune indemnisation n'est due en cas de modification du droit fiscal. À Pointe-Noire, la convention de 2008 stipule (Art. 27) que la fixation des tarifs de la concession *« relève exclusivement de la relation concédant/concessionnaire à l'exclusion de toute intervention extérieure de nature réglementaire ou légale (sic) imposant un tarif réglementé ».* La validité d'une telle clause de sécurité juridique est discutable, mais le législateur a apparemment approuvé la convention de concession.

89. Application au retrait de la concession.

L'une des formes les plus troublantes de l'absence de sécurité juridique consiste en la possibilité pour le concédant de retirer à tout moment la concession *« si l'intérêt général l'exige ».* La matière est examinée au Chapitre VI du présent ouvrage. À Colombo, les modifications législatives et réglementaires constituaient un des cas de force majeure pouvant entraîner la dénonciation de la convention de concession. Telle était la crainte de l'insécurité juridique que l'Article 22.14 de la convention de concession qui stipulait que, si l'une des parties à la convention entendait parler d'une modification

[106] G. Peiser, *Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État*, A.J.D.A. 2006, p. 1028.

législative pouvant compromettre l'exécution de la convention, ou en avait le soupçon, elle devait en informer immédiatement l'autre partie. Au Brésil, les dispositions de la loi de 1869 autorisant l'État à résilier le contrat de concession portuaire au plus tôt dix ans après son attribution, fournissait *a contrario* un bon exemple de sécurité juridique. À Lagos Apapa, une modification au droit applicable ouvre à l'opérateur le droit de demander la résiliation du contrat (Contrat, Art. 13.1). À Gujarat, (Art. 12) la modification du droit applicable, qui inclut son interprétation jurisprudentielle et *« une interprétation par une autorité quelconque contraire à l'interprétation jusqu'ici admise* » doit avoir un impact négatif matériel (*material adverse effect*) sur l'exécution de la convention de concession/BOT. Le concessionnaire doit notifier au concédant la modification affectant le fonctionnement de la concession. Si ce changement, à son avis, l'empêche d'accomplir les tâches prévues, il peut demander la résiliation du contrat. S'ouvre alors une période de consultation de 180 jours au cours de laquelle les parties s'efforcent de trouver une solution au problème. Les parties en présence supportent chacune les conséquences économiques de la modification du droit applicable. Le Guide (*Toolkit*, Encadré 70) de la Banque mondiale inclut dans les modifications à la loi les modifications de jurisprudence, sans cependant préciser le rang de la juridiction à laquelle la règle s'applique. Les modifications apportées aux lois et règlements fiscaux, ou à caractère économique et financier ne sont pas des changements de loi au sens du droit des concessions. Si la nouvelle loi porte atteinte aux droits du concessionnaire ou si elle rend impossible l'exécution de ses obligations, le concessionnaire pourra demander la résiliation de la convention.

90. Clause de stabilisation du droit applicable.

La clause contractuelle dite de stabilisation stipule que la loi applicable lors de la formation du contrat le demeure pendant la durée de celui-ci*, sauf exceptions énumérées dans une liste limitative.* L'Institut de droit international en a recommandé l'insertion dans les contrats de concession de droit international. En Inde, le cahier des charges type dit *Licensing Agreement* des concessions portuaires dispose que si une modification de loi ou de règlement affecte « *de façon substantielle et défavorable* » les droits du concessionnaire, celui-ci peut demander la révision de son contrat. La même protection lui est assurée en cas d'évolution défavorable de la jurisprudence. En Chine, une clause législative ou réglementaire entraîne des surcoûts ou des retards dans les paiements dus au concessionnaire, le concédant doit remettre celui-ci dans la situation économique qui était la sienne à une date convenue d'accord parties. La validité de la clause formulant la stabilité juridique, si elle touche à des matières d'ordre public, est toutefois douteuse. Elle offre aussi l'inconvénient d'introduire de la rigidité là où la souplesse est nécessaire. Son application et sa validité doivent donc être limitées dans le temps et son objet limité. Mais la sécurité qu'elle offre est un frein utile aux manœuvres possibles d'un concédant. Associée à une clause de renégociation, elle est utile. Sans modification législative, de nombreuses concessions se

sont effondrées, soit parce que l'inflation avait rendu leurs clauses financières sans objet, soit parce que ces clauses ne permettaient pas au concessionnaire de dégager les ressources financières nécessaires. La loi guinéenne (Conakry) de 1998 sur les partenariats public-privé qui couvre en particulier le secteur portuaire dispose que le régime fiscal applicable à une concession (BOT), octroyée en application de cette loi, demeure inchangé durant toute la durée de la convention. Il y a donc une ferme volonté de stabilité juridique de la part du législateur. Le droit marocain (loi du 16 février 2006, Article 19) dispose que le contrat peut prévoir un réexamen périodique des conditions contractuelles de fonctionnement de la concession afin de les adapter aux besoins de la gestion *« conformément au principe d'adaptation de service public et dans le respect de l'équilibre financier de la gestion déléguée.»*

91. La confiance légitime[107].

Dans l'Union européenne, le droit administratif évolue de façon à sécuriser davantage la situation des concessionnaires. La Cour de Justice de l'Union européenne a reçu du droit allemand et néerlandais le concept de *confiance légitime*[108] suivant lequel lorsque l'administration a adopté un comportement ayant suscité une confiance dans le maintien d'une réglementation ou de toute autre disposition, un changement brutal de la norme juridique applicable, sans mesure transitoire, ouvre droit à indemnité. C'est un tempérament au nom de l'équité au droit reconnu aux pouvoirs publics de modifier une réglementation et à celui des concédants de mettre fin à la concession. La Cour considère la confiance légitime *« un principe fondamental de la Communauté* » (arrêt *Dürbeck* du 5 mai 1981)[109], mais son application se limite actuellement aux matières relevant du droit européen. En France, il a été repris dans un arrêt *Banque populaire du Centre Atlantique* du 22 février 1994 de la cour d'appel administrative de Bordeaux et surtout dans un jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 8 décembre 1994, suivant lequel *« par la modification soudaine de la réglementation, entraînant sans aucune transition le passage d'un régime de liberté à celui d'une totale interdiction, l'administration a méconnu le principe de confiance légitime ».* Toutefois, cette décision a été infirmée en appel par la cour d'appel administrative de Nancy le 17 juin 1999 (arrêt *Ministre de l'Environnement c. Entreprise Transports Freymuth*)[110] puis

[107] En anglais *protection of legitimate expectations*. Cf. A. G Toth, The Oxford Encyclopedia of European Community Law, Vol. I, Institutional Law.

[108] J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 1154-1159. D. Truchet, Commentaire sous C.E. 18.2.1994, Société Performances SARFM et autres, La Semaine juridique, J.C.P. Paris, 1994, 22327.

[109] Recueil des arrêts de la CJCE, N° 112/80, p. 1095.

[110] A.J.D.A. 20.7.1995, p. 555-561, conclusions Pommier ; M. Heers, *La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime? in* R.F.D.A. vol. 11, n° 5, sept-oct. 1995, p. 963-969. P. Vincent, *Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français*, même publication, vol. 16, n° 6, mars-avril 2000, pp. 254-265. M. Delamarre, *La sécurité juridique et le juge administratif français*, A.J.D.A., 2.2.2004, pp. 186-193. B. Mathieu, *La sécurité juridique, un produit d'importation made in France*, Dalloz, 2000, Point de vue, p. VII. M. Woehrling, *La France peut-elle*

par le Conseil d'État en cassation le 9 mai 2001[111]. La cour d'appel avait jugé qu'en l'espèce, le principe ne s'appliquait pas parce que le droit de l'Union européenne n'était pas applicable au litige, mais elle ne l'avait pas formellement rejeté. La position du Conseil d'État fut la même. Toutefois, l'impératif de sécurité juridique est de plus en plus pris en compte. Le Conseil d'État, par des arrêts successifs, a énoncé un code de déontologie de l'administration, qui renforce la sécurité juridique et ouvre la voie à la reconnaissance de la confiance légitime. L'administration doit s'exprimer clairement, prévenir de ses décisions et ne pas prendre de mesures rétroactives ; elle ne peut retirer une décision illégale que dans un court délai, etc. Un arrêt lui a rappelé qu'elle ne devait pas mentir et que, si elle mentait, elle perdait certains des avantages procéduraux que la loi lui reconnaît. S'agissant des concessions, le principe de sécurité juridique et de confiance légitime sera spécialement applicable en matière de stabilité tarifaire. En raison de la double nature du contrat de concession, le principe s'appliquera au contrat lui-même et pas seulement au droit applicable.

B - SOURCES DU DROIT

92. Sommaire.

Les sources du droit proviennent soit du droit international, soit du droit interne. Le droit international propose essentiellement des modèles émanant d'institutions internationales ou d'organismes professionnels. Le droit interne est formulé dans les lois et règlements nationaux, parmi ceux-ci, les documents français fourniront un exemple détaillé.

a. Sources de droit international

93. Absence de convention internationale.

Il n'existe pas de convention internationale sur le droit des concessions, portuaires ou autres. Les premières, même lorsque leur promoteur est étranger, sont attribuées à une société de projet ou autre, de droit local. Le droit interne s'applique, même si le droit international est applicable à d'autres accords, en particulier financiers, en rapport avec la concession. Toutefois, la concession peut être soumise à des

se passer du principe de confiance légitime ? Liber amicorum Jean Waline, *Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 249 et s. D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité, L'État de droit*, (Mélanges Braibant), Dalloz, Paris, 1996, pp. 403 et s. P. Puissochet, *Vous avez dit confiance légitime ? idem*, p. 581 et s. Conseil d'État, De la sécurité juridique, Rapport du Conseil d'État, Études et documents du Conseil d'État, 1992.

[111] D 2001, Informations rapides, p. 2000 ; M. Fromont, *op. cit.*, D. Labetoulle, *op. cit.* P. Puissochet, *idem*.

normes internationales. En Europe, par exemple, s'appliquent les conventions de l'Organisation internationale du travail, ou la Convention internationale des Droits de l'Homme, qui impose le procès équitable. Le concept de procès équitable peut un jour remettre sérieusement en question les règles de droit administratif applicables au retrait des concessions pour faute du concessionnaire. Un cahier des charges qui disposerait que des litiges se régleront sans recours au juge ou à l'arbitre serait sans doute inacceptable. Par ailleurs, en matière portuaire, la Convention MARPOL impose aux terminaux certaines obligations en matière de prévention et de lutte contre la pollution, obligations qui peuvent utilement être rappelées dans la convention de concession elle-même.

94. Guide législatif de la CNUDCI.

Les dispositions législatives type de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures a financement privé (2004) émanent de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Ce guide a été adopté en juillet 2000[112]. Il a été préparé en collaboration avec des institutions internationales, comme la Banque mondiale, ou des organismes professionnels tels la Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC). Il est accessible en six langues sur le site de la CNUCID, www.uncitral.org. Comptant soixante et onze recommandations, il est bien adapté aux concessions portuaires. Traitant uniquement des concessions CET (BOT) il ne traite pas des affermages ou des locations d'ouvrages existants. Le Guide ne propose pas de modèle de loi. Mais la préparation d'un tel modèle a été décidée au cours de la 24e réunion de la Commission, en 2001[113]. Le Guide recommande simplement des dispositions essentielles. On l'a commenté favorablement en écrivant qu'il a « *le mérite de ne pas chercher à imposer des solutions universelles. Il propose au contraire des options que les législateurs peuvent utiliser et adapter au régime juridique particulier applicable à leur ressort* »[114]. Mais le Guide a aussi été critiqué de ce fait. On l'a trouvé trop général et ressemblant davantage à un traité qu'à un guide[115]. Comme tel, il est très utile car il couvre un grand nombre de sujets. Il traite aussi bien des approches traditionnelles du droit administratif (obligations de service public) que des approches nouvelles inspirées par la *Private Finance Initiative* britannique (garantie dormante ou péage virtuel). Ce n'est donc pas un document enfermé dans un cadre national et chauvin. Le Guide n'évoque pas directement le point de savoir si une concession est

[112] 33e Session de la CNUDCI, New York. Version française, 4.2001, p. 243.

[113] CNUDCI, Annuaire, vol. XXXII, 2001, pp. 54-55. L. Folliot-Lalliot, *Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public*, R.F.D.A. vol. 13, 9.2003, pp. 893-901.

[114] *Op. cit.* Note précédente.

[115] Sur le Guide, consulter D. Wallace, Jr., UNICITRAL, *Draft Legislation Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. Achievements and Prospects*. Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 8 (2000), p. 283. Et la Note, qui suit. Sur une loi uniforme, cf. D. Wallace Jr., *Creating law in changing societies. The case of law for privately financed infrastructure projects*, Liber amicorum for Dr Ibrahim El Shihata, Kluwer La Haye, 2001, p. 837.

ou non nécessaire mais son existence plaide pour l'adoption d'une législation sur la matière. Il considère également que *« la loi doit protéger le contrat et assurer la stabilité de la structure contractuelle de façon à ce que soient respectés les intérêts des investisseurs et des banques*[116] *»*. Dans l'ensemble, il est assez attentif à la protection des droits du concessionnaire, tout en insistant sur la nécessaire transparence et équité du processus de mise en concession.

95. Directives de la Commission des Nations-Unies pour le commerce et le développement (CNUCED).

Ces directives[117], publiées en 1998 à l'intention des organismes portuaires et des gouvernements en matière de privatisation des ports, ne se réfèrent pas spécifiquement aux concessions *stricto sensu* mais au transfert des activités d'exploitation de l'organisme portuaire à une entreprise privée, ce qui est le cas des ports de *common law*, d'habitude ports en régie et devenant ports fonciers ou ports outil. Elles sont accessibles en anglais seulement. À l'inverse du Guide législatif, ce document juridique, rédigé par un économiste, est assez impératif et propose fortement des clauses type à insérer dans les contrats de concessions. Le document ne fait pas de différences de traitement des difficultés juridiques suivant que le pays concédant est de droit civil et administratif ou de *common law*. L'unification du droit est donc présumée. Les solutions envisagées peuvent s'appliquer ou non à tel ou tel pays. Chacune des clauses type proposées doit donc être examinée au regard de la loi applicable dans chaque pays et dans chaque cas. Les directives contiennent de nombreux détails sur la procédure d'attribution de la convention de concession et sur le contenu des dossiers d'appel à la concurrence.

96. Banque mondiale-concessions.

En 1998, la Banque mondiale a publié en anglais un guide de la conception et de l'attribution des concessions[118]. Le Guide a pour objet de faire connaître les aspects généraux des concessions et les principales difficultés que peuvent présenter leur élaboration et leur suivi. L'ouvrage concerne davantage les concessions de réseau avec monopoles naturels. Il ne propose pas de clauses-type. C'est donc un document destiné avant tout aux gestionnaires et administrateurs des pays de *common law*, peu familiarisés, au moment de sa parution, avec le système et le régime concessifs.

[116] L. de Cazalet et J.D. Crothers, *Présentation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure financés par le privé*, R.D.A.I. vol. 17, 2001, pp. 699-710.

[117] *Guidelines for port authorities and governments on the privatization of port facilities*, UNCTAD, Genève, 1998.

[118] *Concessions for Infrastructure. A Guide to their Design and Award*, World Bank Technical Paper N° 399 Washington D.C. 1998.

97. Guide et Recueil d'instruments de la réforme portuaire de la Banque mondiale (ToolKit).

En 2001, la Banque mondiale a publié un manuel de réforme portuaire dit *Toolkit*, révisé en 2006. Le Toolkit existe sous forme de cédérom et est accessible sur le site www.worldbank.org.transport. Il comporte sept modules formulant un cadre de réforme portuaire, dont une analyse macroéconomique des principaux risques spécifiques d'un projet portuaire, l'évolution des ports dans un monde en concurrence, les modèles de structure et de propriété, les implications financières de la réforme, les problèmes de régulation et de main-d'œuvre. Ce document riche et utile est toutefois d'un emploi parfois difficile car il ne contient pas d'index alphabétique, alors que le même problème apparaît forcément dans des modules différents. S'agissant des concessions, il passe en revue le modèle BOT en le comparant aux autres types de participation du secteur privé. Un module juridique inclut de nombreux modèles de clauses à introduire dans une convention de concession. Toutefois, ces clauses sont fortement inspirées par le droit batave, quand elles ne le reproduisent pas *verbatim*. De ce fait, elles peuvent ne pas être applicables localement, dans les pays de *common law* en particulier.

98. Union européenne.

La Commission de l'Union européenne distingue entre concessions de travaux et concessions de services, conformément au droit administratif classique. Il est clair que les concessions portuaires portent sur les uns et les autres. L'intérêt de la Commission se concentre essentiellement sur l'application du droit de la concurrence. Dans ce domaine, les règles de passation des marchés ont d'abord retenu son attention. Elles sont passées en revue dans le Chapitre IV du présent ouvrage. La commission a publié en 2000[119] une communication interprétative sur les concessions. La communication interprétative voit dans les investissements et l'exploitation les principales caractéristiques de la concession. Elle a ensuite émis en 2004 une Directive, suivie en 2006 d'un Livre Vert sur les concessions. En 2011, la Commission poursuivait ses travaux portant essentiellement sur les concessions de réseaux en monopole naturel. Les Directives de l'Union européenne normatives pour ses membres ont valeur indicative pour d'autres pays[120].

[119] Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02) du 29 avril 2000.

[120] Directive 2004/17/EC du 31 mars 2004.

b. Législations

99. Lois générales.

Les concessions sont soumises aux lois générales applicables aux activités administratives, telles les lois sur les contrats administratifs ou la législation domaniale. En France, le Conseil d'État l'a rappelé dans l'arrêt *Union des transporteurs publics urbains et régionaux* du 2 février 1983[121].

100. Lois spécifiques.

Des lois spécifiques peuvent fixer les conditions générales d'octroi et de fonctionnement des concessions et des contrats CET/BOT Dans ce qui précède, les législations marocaines, tunisiennes, guinéennes ou malgaches ont déjà été identifiées. Ces législations ont été promulguées essentiellement dans les États ayant une tradition de droit administratif, inspirées par le mouvement de partenariat public-privé des années 1990 davantage sans doute que par le droit concessif traditionnel, fortement jurisprudentiel. Le même mouvement a fait promulguer des lois spécifiques sur les concessions aux Philippines en 1990, en Malaisie, puis en Inde et en Chine. Il a stimulé la révision de la législation égyptienne, qu'il avait emprunté à la tradition française. En Europe, il a résulté en la promulgation de la loi bulgare du 5 octobre 1995 sur les concessions et la révision des législations espagnole, italienne et portugaise. En France, le Code général des collectivités territoriales (régions, départements, communes, et autres) contient dans son Article L. 1414 et articles suivants, de nombreuses dispositions applicables aux concessions et reflétant la jurisprudence du conseil d'État. Applicables à ces seules collectivités, elles peuvent néanmoins servir d'exemple et fournir des indications. La loi N° 93-122 du 29 janvier 1993, dite Loi Sapin[122] relative aux délégations de service public des collectivités territoriales, contient des dispositions applicables aux concessions portuaires, ou pouvant servir de modèle à leurs cahiers des charges. Ces législations, lorsqu'elles sont détaillées et restrictives, présentent le grave inconvénient d'atteindre à la liberté contractuelle des parties aux contrats de concession. Ce point important et la critique correspondante ont marqué en 2000 l'élaboration des recommandations de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures avec financement privé. Si de nombreux représentants d'États et d'institutions étaient favorables à la formulation de règle générale, ils étaient hostiles à l'imposition de règles trop détaillées.

[121] R.D.P. 1984, p. 212, Note J.M. Auby.

[122] Loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O.R.F. 1993, p. 1588.

101. Jurisprudence.

La jurisprudence joue encore un rôle essentiel dans la formation du droit des concessions, comme le prouve le nombre de décisions citées dans le présent ouvrage. En France, ce droit lui doit presque tout, ainsi par exemple, l'importante doctrine de l'imprévision qui sera examinée au Chapitre V et qui est issue de l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* dit *Gaz de Bordeaux du 30 mars 1916*[123]. L'action du juge est complétée par l'intervention, exceptionnelle, il est vrai, du conseil constitutionnel. Celui-ci a ainsi formulé la valeur constitutionnelle de l'obligation de continuité du service public fourni par le concessionnaire.

c. Cahier des charges

102. Définition.

Le cahier des charges ou conditions générales fait connaître les conditions applicables au contrat de concession, ses objectifs et les droits et obligation des parties. Il est désigné en anglais par les termes *General Conditions* ou plus rarement *Licence* ou *Contractual Obligations*. Le terme *Licence* prête à confusion, la *licence* étant l'autorisation d'opérer, inséparable du contrat de concession lui-même désigné *Licence Agreement* dans certains États. La comparaison du contenu des *General Conditions* ou autres du droit anglais révèle les différences entre les approches des deux régimes, de droit administratif et de *Common Law*. Alors que les premiers décrivent les charges qui incombent au concessionnaire et sont presque muets sur celles qui pèsent sur le concédant, les secondes, davantage conformes à l'esprit contractuel, sont beaucoup plus équilibrées et prolixes sur les obligations du concédant. L'intervention du juge administratif, en droit français, corrige cette inégalité, en faveur du concessionnaire. Celui-ci, paradoxalement, peut jouir d'une moindre protection judiciaire dans le système anglais. Mais il est anormal d'avoir à attendre la décision du juge pour établir un régime juridique équitable. Celui-ci doit résulter de la rédaction du cahier des charges.

103. Cahiers des charges type.

Le cahier des charges type est promulgué par le concédant ou l'administration de tutelle. Il s'applique à tout contrat de concession portant sur le secteur dont il est l'objet (ports, aérodromes, gares routières, etc.). Il informe les candidats concessionnaires et le public des conditions applicables aux concessions à venir. Il peut introduire une rigidité certaine dans le régime concessif mais peut procurer aussi la sécurité juridique protégeant aussi bien les futurs concessionnaires que les

[123] Grands Arrêts, p. 129.

usagers. La plupart des pays ont préparé des cahiers des charges nationaux type pour les concessions portuaires. C'est le cas en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne, en Italie, en République argentine, en Inde[124] ou à Madagascar.

104. France. Cahier des charges de 2001.

En France, le cahier des charges type des concessions d'outillage portuaire a été annexé à des circulaires du 30 janvier 1915 et ultérieurement modifié[125]. Depuis 2000 se sont succédé divers projets de cahiers des charges type mais aucun ne semble avoir été adopté et ceux de chaque concession peuvent différer assez fortement les uns des autres. Les grands ports maritimes, anciens ports autonomes[126] appliquent, en particulier, la convention type d'exploitation de terminal, proche de la concession et du CET. Il existe par ailleurs un cahier des charges de 1994, remplaçant le cahier des charges de 1915, et qui n'a pas été rendu applicable officiellement. Sa valeur réglementaire est donc douteuse. Un Projet de cahier des charges type des concessions portuaires du 28 mars 2001 est en circulation. Il a servi de modèle dans des pays étrangers. Il est cité dans le présent ouvrage comme le cahier des charges de 2001. Peu novateur, incomplet, il est rédigé en un français médiocre, voire inacceptable. Les Régions auxquelles appartiennent les ports secondaires dits d'intérêt national[127] élaborent séparément leurs cahiers des charges. Le décret 97-547 du 29 mai 1997 promulgue un cahier des charges type très complet pour les concessions d'aérodromes. Certaines de ses dispositions peuvent être utilement reprises dans des cahiers des charges de concession portuaire.

105. Caractère obligatoire ou indicatif du cahier des charges type.

Le cahier des charges type a généralement un caractère réglementaire. Un cahier des charges type publié sous forme de circulaire impérative et dont l'application est donc obligatoire est un acte faisant grief et ouvrant la voie à un recours contentieux (C. E. *Duvignières,* 12.12.2002[128]). Les concédants s'appliquent désormais à rendre obligatoire ou réglementaire le cahier des charges type. Au Maroc, la loi du 14 février 2006 (Art. 12) dispose que le gouvernement peut établir des contrats type pour les délégations de service public des collectivités locales, contrats auxquels celles-ci doivent se conformer. À Madagascar, la loi sur les ports de 2004 dispose que le cahier

[124] *Build, Operate, Transfer Licence Agreement* (ca 1998).

[125] Modifications par circulaires du 16 mars 1934, 29 décembre 1965 et 7 décembre 1970.

[126] Loi N° 2008-660 du 4 juillet 2008. Ces ports sont Dunkerque, Le Havre, Rouen, Nantes Saint-Nazaire, La Rochelle La pallice, Marseille.

[127] Ports d'un trafic de l'ordre de 2 à 6 millions de tonnes, tels Calais, Saint-Malo, Sète… généralement confiés aux chambres de commerce, leurs concessions sont, en 2007-2012, en cours de renouvellement.

[128] R.F.D.A. Vol. 11 (2003), pp. 280-292.

des charges type est un acte réglementaire. Ce cahier des charges très complet réduit les clauses contractuelles de la convention de concession au minimum. Or, le cahier des charges ne doit pas éliminer la convention. Celle-ci ne doit pas se réduire à un contrat d'adhésion, qui en fait n'a de contrat que de nom, entre le concédant et le concessionnaire. Car celui-ci face à un concédant en situation de monopole, n'a pas le choix de son co-contractant, choix qui est normalement le moyen de défense contre le contrat d'adhésion. Il n'y a plus contrat quand il est vidé de son contenu négociable. Rédigé par des consultants étrangers, le cahier des charges malgache reflète l'approche dominatrice de certaine fonction publique portuaire qui tolère difficilement les opérateurs privés. En France, le Conseil d'État voit dans le cahier des charges non réglementaire un simple modèle et l'a rappelé dans l'arrêt *Galosiaux* en date du 16 février 1977[129]. De même, s'agissant des concessions de transports publics d'intérêt local, la loi du 2 mars 1982 dispose que les cahiers des charges sont des modèles. De même, le décret N° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal portuaire dispose que la convention particulière peut comporter, sous réserve de diverses approbations préalables, des dispositions différentes de celles de la convention type.

106. Cahier des charges particulier.

Le cahier des charges particulier fixe les conditions applicables à une concession portuaire spécifique. Après octroi de la concession, il est annexé à la convention de concession avec laquelle il forme un ensemble contractuel. L'existence de deux documents distincts, convention et cahier des charges, n'est pas forcement heureuse. Quel que soin que leurs rédacteurs apportent à leur établissement, il en résulte des différences de terminologie, des erreurs et des confusions. Il est préférable d'établir un seul document contractuel, reprenant et regroupant le contenu des deux documents.

107. Application.

En France, le caractère contractuel du cahier des charges particulier a été affirmé par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion* en date du 16 avril 1986[130]. Au Maroc, la loi du 14 février 2006 inclut formellement le cahier des charges particulier dans le contrat de gestion déléguée (Article 12). La législation tunisienne de 2008 va dans le même sens. Au Cameroun, d'après l'Article 5 de la convention de concession du terminal à conteneurs du port de Douala, le cahier des charges est une pièce contractuelle. Tous les actes juridiques du concessionnaire, « *quelle que soit leur forme, doivent être établis conformément aux dispositions du cahier*

[129] R.D.P., t. 93, 1977, p. 877.

[130] A.J.D.A., 1986, p. 284, observations M. Azibert and M. Fornacciari ; R.D.P. 1986, pp. 847-894, conclusions Dutheillet de la Mothe. R.F.D.A. vol. II 1987, p. 21.

des charges ». La formule est reprise du droit français (2001, Art. 19). La République argentine, au contraire, fait une différence claire entre *spécifications* ou cahier des charges, purement réglementaires et le contrat lui-même. En Inde, le BOT *Licence Agreement* est en fait un contrat d'adhésion, que le candidat contractant s'engage à respecter (*Agreement*, Art. 2.2). Comme le contrat lui-même, le cahier des charges particulier contient des dispositions réglementaires (organisation du service) et des dispositions contractuelles (tarifs). Faisant connaître les obligations du concessionnaire, le cahier des charges doit être accessible au public et donc publié. Les usagers doivent pouvoir prendre connaissance des dispositions réglementaires qui leur seront appliquées et des obligations du concessionnaire à leur égard. Toutefois, en France, le Conseil d'État refuse le recours pour excès de pouvoir des tiers au contrat contre ce document contractuel. En matière portuaire, le Conseil d'État a ainsi refusé le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un cahier des charges particulier concernant des entrepôts, dans l'arrêt *Chambre de commerce de Tamatave du 9 novembre 1934*. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt d'assemblée *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion,* cité plus haut. On peut le regretter. La présence de clauses réglementaires dans le contrat devrait suffire à autoriser le recours pour excès de pouvoir.

d. Octroi de la concession

108. Définition et nature.

L'octroi ou licence est l'acte unilatéral créateur de droit par lequel le concédant accorde au concessionnaire le droit de créer et d'exploiter les actifs de la concession et de poursuivre ses objectifs aux conditions décrites dans le cahier des charges et stipulées dans la convention. L'importance donnée à l'octroi de la concession par le concédant est un critère de son approche des relations avec le concessionnaire, unilatérales davantage que contractuelles. L'octroi de la concession est un acte de puissance publique qui, sans entrer en conflit avec le caractère contractuel de la convention, en fixe les limites. L'accord des parties touchant la concession dans un contrat n'implique pas leur égalité devant la loi. Le contrat ne crée pas. Il sanctionne une décision unilatérale préalable et créatrice. La concession est octroyée, la convention en fixe les modalités de fonctionnement. En 2009, certaines concessions de ports secondaires français ont été qualifiées « *délégation de service public… sous la forme de concession* ». Certes, la concession est une délégation de service public. Mais on ne saurait la réduire à cela, au risque d'étioler les concepts porteurs de partage des risques, de partenariat public-privé, de stimulation de la demande et autres, identifiés antérieurement et inséparables de la notion de concession. Ils font la richesse du concept de concession, institution publique fondamentale qu'on ne saurait ramener à un unique concept desséchant. Cette évolution n'est pas innocente. La concession a vu son âge d'or dans le cadre de la politique libérale qui a suivi la révolution industrielle. Au XX^{e} siècle, les pouvoirs lui ont préféré la régie et l'entreprise publique. Le main-

tien de la concession et le partenariat public-privé, qui en confirment la pérennité, sont suspects à certains points. Sa limitation à une simple et unilatérale délégation de service public vise à l'enfermer dans des limites étroites et à la soumettre à une surveillance attentive. La sémantique n'est pas neutre. La liberté d'entreprendre et le droit fondamental d'opérer sur le domaine sont ici subtilement et sournoisement mis en cause.

109. Franchise et licences.

La notion d'octroi unilatéral, qui conditionne l'accès au contrat, se retrouve dans les conventions de concession et de BOT des pays de *common law* sous forme d'octroi de licences. L'importance de la licence dans la construction du système concessif n'est pas perçue également par tous les analystes. Elle semble avoir échappé à la rédaction du guide de la CNUCED. De longue date, le droit anglais connaît la franchise, droit accordé originellement par la seule Couronne à un sujet pour accomplir une tâche d'intérêt public, et pour une période déterminée, à des conditions fixées par l'autorité qui l'accorde. Elle était le plus généralement conférée en parlement par vote de lois privées *(private bills)*. Elle résultait donc d'un acte gracieux *(grant)* et non d'un contrat. Toujours utilisée par l'administration, la franchise fixe seule les obligations de l'opérateur en matière tarifaire, de continuité de service, de fréquence, etc. Cette approche se retrouve dans les licences dont les termes gouvernent l'exécution des tâches. Le droit des États-Unis connaît également la franchise, délivrée par les autorités des États, pour l'exécution de tâches d'intérêt public *(public utilities)*. La jurisprudence des États-Unis considère qu'une fois accordée, la franchise devient un contrat. On n'est pas loin de la notion de concession. Et on notera qu'aux États-Unis, la Cour Suprême a très tôt jugé, et dans l'arrêt *Russell v. Sebastien* (34 S. Ct 517) que, en ce qui concerne la *franchise*, les ambiguïtés du contrat devaient être interprétées en faveur du concédant et non du concessionnaire, parce que le concédant représentait le public et ses intérêts. Chassez le service public, il revient au galop.

110. Application.

Les conventions de concession fournissent des exemples du recours au retrait de la licence pour mettre fin à la concession. À Maurice, l'Article 8.3 de la convention de concession stipule que « *l'administration portuaire pourra à tout moment suspendre ou révoquer la licence accordée dans la Section 1 si l'opérateur ne respecte pas l'une quelconque des conditions de la licence ou s'il manque à respecter les clauses du présent contrat* ». À Colombo, le contrat s'accompagne d'une indispensable licence que le concédant peut retirer en cas de carence du concessionnaire. En Inde, les termes *Licensor* et *Licensee* sont utilisés pour désigner le concédant et le concessionnaire.

e. Convention de concession[131]

111. Description et contenu.

Contrat administratif[132], car établi pour l'exécution d'un service public et contenant des clauses exorbitantes du droit commun, telles celles concernant son retrait, basé sur le cahier des charges particulier, le contrat ou convention de concession *« définit les droits du concédant et du concessionnaire, ainsi que leurs obligations et garanties respectives* ». La réglementation peut en imposer le contenu. Ainsi en France, le décret N° 97-547 du 29 mai 1997 sur les concessions d'aéroport dispose que la convention énumère les matières devant s'y trouver : durée de la concession, assiette des biens, liste des contrats conclus antérieurement, engagements financiers du précédent concessionnaire, modalités d'exécution des tâches de sûreté et de celles liées à la circulation aérienne, plans quinquennaux éventuels et taux des redevances. La convention comportent les quatre caractéristiques examinées ci-après : (i) elle est un document fortement contractuel ; (ii) elle contient toutefois des clauses réglementaires ; (iii) elle reflète une relation de confiance entre les parties ; et (iv) elle constitue, en fait une institution publique et non pas un simple accord temporaire entre administration publique et délégataire d'une activité d'intérêt public.

i. Contenu contractuel de la convention

112. Clauses contractuelles de la convention.

Issue du droit féodal, la concession est traditionnellement un contrat. Elle a été considérée purement comme telle en France jusqu'au début du XX^{e} siècle, lorsque la doctrine extensive, voire envahissante du service public, porteuse de contrainte étatique, est venue tout dominer. Sa nature contractuelle doit être la norme, les mesures unilatérales étant d'exception. Le contrat est une forme de liberté et la liberté, quelles que soient les circonstances, doit primer sur la contrainte. Toute clause sur les droits du concessionnaire, les paiements, le terme, l'ajustement monétaire, la garantie, les prêts, les subventions, etc. est un élément du contrat et ne devrait pas pouvoir être modifiée unilatéralement[133]. Seuls les besoins évidents et urgents du service public peuvent en justifier la modification. La conception contractuelle de la concession accroît la confiance entre partenaires et facilite le recrutement de concessionnaires.

---

[131] P. Terneyre. *La notion de convention de délégation*. *Délégation de service public*. A.J.D.A. 20/9/1996. pp. 588-596.

[132] Cassation, Civ. 17.12.1996.

[133] J. Dufau, *Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public*, Paris, 1955, p. 65 ; J. Lhuillier, *Recueil Dalloz*, Paris, 1953, Chronique, p. 87; A. de Laubadère*, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration, Pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, R.D.P. t. 70, 1954, p. 36. Aussi A. Eustache et G. de Rus, *op. cit.* Note 1, p. 144.

Malheureusement, les administrations ont une tendance naturelle à retenir, dans la concession, son caractère unilatéral examiné ci-dessous, et à négliger sa nature contractuelle[134]. Des clauses de révision doivent être insérées pour permettre des modifications, si besoin est. Certains contrats incluent des clauses prévoyant que l'un des cocontractants peut demander la révision du contrat, avec délai de préavis. D'autres contrats prévoient la révision à des intervalles fixés, assez souvent cinq ans, ce qui offre l'avantage de donner une grande stabilité au contrat. L'Article 21 d'un projet tunisien de loi sur les concessions de 2009, dispose que « *le contrat peut prévoir la possibilité, pour le concessionnaire, d'en demander la révision en cas de bouleversement de l'équilibre financier pour des raisons survenant après la conclusion du contrat et étrangère à sa volonté ou en vue de l'adaptation du service public objet du contrat* ». Cette disposition est conforme au droit jurisprudentiel des conventions de concession mais on la trouve trop rarement dans le droit positif ou dans les contrats eux-mêmes. Au Sénégal, l'Article 3 de la loi 2004 sur les CET dispose que ces contrats sont des contrats de droit administratifs régis par le code des obligations de l'administration. Cette disposition est de nature à protéger les co-contractants de l'administration. En Inde, pays typiquement de *common law*, le contrat de concession s'y dénomme *Licensing Agreement*, ce qui semble mettre sur le même pied l'autorisation unilatérale d'exercer (licence) et le contrat *(agreement)*. Mais les deux parties au contrat ont un droit égal à le dénoncer en cas de manquement de l'autre à ses obligations. La position du concessionnaire est donc renforcée et le caractère contractuel de la concession, affirmé.

ii. Caractère réglementaire de la concession

113. Contenu.

Outre les clauses contractuelles, la convention contient des clauses réglementaires. Celles-ci portent sur la nature et l'organisation du service public objet de la convention. Ainsi, en France, les clauses relatives aux horaires sont des clauses réglementaires (C.E. *Syndicat des propriétaires du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, 21.12.1906[135]) ; ou celles concernant le rétablissement des ouvrages (*Syndicat de défense de la voie ferrée Bort-Eygurande*, C.E. 11.12.1963[136]) ; ou le contrôle du contrat *(Porelli*, T.A. Marseille, 12.4.1994).

[134] Il est toutefois curieux de constater que les agents de l'État qui trouvent indispensable de modifier unilatéralement les termes des contrats passés avec des opérateurs privés, sont les mêmes qui se rebiffent quand le gouvernement modifie leurs conditions d'emploi, alors qu'elles ne sont pas contractuelles mais statutaires et réglementaires.

[135] Détails et références dans *Grands arrêts*, p. 66.

[136] J.C.P. Paris, 1964.II.13753, note Dufau. Sur l'ensemble de la matière, cf. L. Richer *in* A.J.D.A. 10.12.1995, pp. 941-942.

114. Justification.

Comme dans le cas du cahier des charges, l'exécution du service public, lorsque l'activité du concessionnaire est considérée comme un tel service, « *l'exécution d'un contrat ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice par l'administration des compétences qui lui ont été conférées en vue d'apporter à la consistance du service public ou à ses conditions d'exploitation, toutes les modifications nécessaires suivant les besoins du moment* »[137]. Ou encore, qui se place sous l'angle des compétences et de la souveraineté, « *…unilatéralement ne fait que refléter le fait que l'intérêt public, dont les impératifs peuvent évoluer dans le temps, ne doit pas être compromis par des clauses contractuelles* »[138] dont l'État concédant ou ses représentants ne peuvent disposer par contrat. Mais cette approche commode pour le concédant et qui peut être source d'abus, a été critiquée. Ainsi : « *Si l'Administration se plaît à bénéficier des avantages du procédé contractuel, elle doit accepter d'en subir les sujétions fondamentales. C'est donc bien à tort que la doctrine habituelle des cinquante dernières années a cru devoir créer, de toutes pièces et sans appui du droit positif, une théorie du pouvoir de modification unilatérale selon laquelle l'Administration pourrait toujours modifier un contrat administratif quant à ses clauses touchant au fonctionnement des services publics. Un tel pouvoir, s'il n'avait jamais existé, aurait ruiné l'idée même de contrat.*»[139]. La remarque est plus que pertinente. Le juge français a généralement résisté à une extension du caractère unilatéral de la convention. Comme dans le cas du cahier des charges, il n'a pas autorisé le recours pour excès de pouvoir contre le contrat ; n'admettant que le recours en plein contentieux. Le pouvoir de modification unilatérale du contrat s'oppose au principe d'intangibilité. La tendance est actuellement à une plus nette reconnaissance du caractère contractuel et intangible de la concession. Même les tribunaux français, bien rôdés aux subtilités de la frontière entre actes unilatéraux et contrats en droit administratif, ont hésité à réduire encore le contenu contractuel des concessions.

115. Modification des clauses concernant le service.

En conséquence de ce qui précède, le droit administratif français considère la convention, quoique de forme en apparence purement contractuelle, comme un acte mixte. Tout ce qui y concerne l'exécution du service public est un élément de l'autorisation administrative d'exploiter, contenue dans la décision d'octroi de la concession, étudiée précédemment. Ces apparentes stipulations, sont en fait des dispositions. Leur rôle est triple. Elles protègent l'usager, qui n'est pas partie au contrat. Elles protègent ce que l'administration considère être l'intérêt général. Elles contribuent à atteindre l'optimum macroéconomique ici inséparable de la notion de service public.

[137] G. Dufau, *La nature juridique de la concession de service public, Op. cit.*

[138] J. Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1962, p. 109.

[139] P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, pp. 592 - 1046.

Ceci étant, si on le voulait bien, tous ces objectifs pourraient être atteints par la voie contractuelle. Car si l'administration est dépositaire de l'intérêt public, elle n'en a pas le monopole. Et il peut exister un intérêt privé de l'administration et des fonctionnaires, exerçant une influence occulte mais réelle sur la décision administrative. Tel est le cas lorsque les fonctionnaires responsables du contrôle de la concession sont rémunérés à ce titre. Plus ils contrôlent, plus ils encaissent. Ils ont donc tout intérêt à accentuer le caractère réglementaire des clauses de la convention. Ces clauses, s'il est jugé nécessaire qu'il en existe, doivent être identifiées à l'avance et consignées comme telles dans la convention. Leur modification ou leur mise à jour doit être motivée. Elle doit être précédée d'une consultation entre concédant et concessionnaire et le cas échéant d'une consultation des usagers, dont la représentation doit être organisée.

116. Impact sur les recours contentieux.

Il résulte du caractère mixte de la concession que les clauses réglementaires sont détachables et peuvent faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir par tout intéressé. C'est en particulier le cas des clauses tarifaires, comme l'a rappelé l'arrêt du Conseil d'État *Société les Sables d'or* en date du 31 juillet 2009, confirmant et développant l'arrêt *Cayzeele* en date du 10 juillet 1996[140]. Par contre, les clauses contractuelles ne peuvent faire l'objet que d'un recours de plein contentieux, moins aisé à mettre en œuvre par le concessionnaire que les recours en excès de pouvoir. En fait, le contrat de concession étant largement un contrat d'adhésion, ces clauses, quelles qu'elles soient, ont davantage un caractère réglementaire pour le concessionnaire qu'un caractère contractuel. Une partie de la doctrine juridique a donc soutenu avec raison que, dans un but de simplicité et d'équité, toutes les clauses de la convention devraient pouvoir faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

117. Impact sur la dénonciation du contrat.

En France, le caractère statutaire de la concession est également reflété par la clause suivant laquelle seul le concédant peut dénoncer unilatéralement la convention, quand il le désire, s'il considère que le concessionnaire ne respecte pas ses engagements. La matière est revue plus en détail dans le Chapitre VI du présent ouvrage.

f. Avenants au contrat

118. Contenu.

Le contrat peut être modifié par des avenants permettant de l'adapter aux circonstances. La loi tunisienne du 1er avril 2008 dispose que, à la demande du conces-

[140] P. Subra de Bieusses, *L'arrêt Société Les Sables d'or, un dépassement de la jurisprudence Cayzeele ?,* A.J.D.A. 3/5/2010 pp. 895-700, avec les références à l'arrêt Cayzeele, en particulier J.F.D.A.1997, p. 99 note P. Devolvé.

sionnaire, le contrat peut être révisé en cas de bouleversement de son équilibre financier. De même, le concédant peut demander la révision du contrat *« en vue de l'adaptation du service public objet du contrat aux besoins et évolutions technologiques et économiques ».* On notera ici l'approche contractuelle et non pas unilatérale du droit tunisien en matière d'adaptation de la concession aux exigences du service public. Cette disposition sécuritaire est inspirée de la jurisprudence française issue *de l'arrêt du conseil d'État Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouens* en date du 10 janvier 1902[141] qui portait sur l'adaptation d'un service d'éclairage public à l'évolution technique imposant le recours à l'électricité.

119. Concédant et concessionnaire devraient tous deux avoir l'initiative de la réadaptation de la concession.

Invoquant les impératifs du service public portuaire au sens du droit malgache l'Article 41 du cahier des charges de la concession du port d'Ehoala réserve cette initiative au concédant. Celui-ci peut à tout moment ordonner soit la réalisation d'ouvrages non prévus dans le contrat de concession, soit des modifications à la gestion pour assurer un meilleur fonctionnement du service public. Mais ce pouvoir de modification connaît des limites. Justifié uniquement par l'intérêt public, il ne peut porter sur l'ensemble de la concession, ni en changer la nature. Il ne peut imposer l'utilisation de techniques radicalement nouvelles présentant des risques. Une fois la preuve fournie par le concédant de l'intérêt public de ses modifications, celles-ci font l'objet d'un avenant au contrat de concession.

120. Clause de renégociations.

La clause prévoit la réouverture automatique des négociations. Elle est rare. Le texte de Maurice en offre toutefois un exemple. L'Article 8.5 stipule que « *de temps en temps, pour des motifs raisonnables que la partie demanderesse communiquera à l'autre partie, elle peut demander que soient examinées et modifiées les clauses du présent accord relatives aux tarifs, paiements à l'administration portuaire, objectifs de performances et de productivité ».*

g. Caractère personnel de la concession

121. La convention de concession

La convention de concession, en droit administratif, a eu jusqu'à une date récente un caractère personnel marqué. En France, cette tradition d'*intuitu personae* dispensait,

[141] Grands Arrêts pp. 38-41.

par exemple, le concédant d'un appel à la concurrence pour l'attribution du contrat. (Cf. Chapitre IV *infra.*) La loi marocaine sur les délégations de service public du 14 février 2006 dispose dans son Article 11 que *« le contrat de gestion déléguée est conclu en raison des qualités personnelles du délégataire ».* Ce caractère personnel a un impact sur la sous-traitance des activités du concessionnaire et sur la cessibilité du contrat. Cet impact est examiné dans ce qui suit.

122. Sous-traitance.

Le droit positif et tous les contrats de concession ou de CET/BOT soumettent la sous-traitance à l'autorisation du concédant. Les contrats de sous-traitance de droit privé doivent être conformes aux conditions de la concession qui constitue le document de base, s'imposant tant à l'exploitant qu'au concessionnaire. L'Article 30 de la loi tunisienne de 2008 sur les concessions, dans le même esprit, dispose que « *le concessionnaire est tenu d'exécuter le contrat personnellement sauf si le contrat l'autorise à sous-traiter une partie de ses obligations après autorisation préalable…* ». Par ailleurs, l'Article 26 du projet de 2006 de cahier des charges de la concession du terminal à conteneurs de Tunis, soumet la sous-traitance à l'autorisation du seul ministre de tutelle, ce qui peut paraître excessif. L'Article 55 du cahier des charges français de 2001 dispose que « *le concessionnaire est tenu d'exploiter directement en son nom la concession* ». La convention type d'exploitation de terminal (2000) (Art. 3.2) stipule que « *l'entreprise est tenue d'exploiter directement en son nom le terminal… d'occuper sans discontinuité les biens immobiliers…* ». Elle peut toutefois sous-traiter « *une partie des opérations liées à l'exploitation* » après accord du port signataire de la convention. Elle en reste responsable vis-à-vis de celui-ci et des tiers. La sous-traitance est donc soumise à l'approbation préalable du concédant. Mais celui-ci doit signifier sa décision dans des délais raisonnables. En France (2009) une convention de concession stipule que l'accord du concédant doit être signifié dans les deux mois de la demande du concessionnaire. À Pointe-Noire, le refus du concédant doit être motivé. Au Sénégal, l'opérateur de CET peut confier une partie de ses activités à un tiers, mais sous sa responsabilité. Aucune autorisation préalable ne semble nécessaire (Art. 22). En France, s'il y a sous-traitance, qui nécessite l'accord du concédant, cette sous-traitance peut être mise en concurrence. La sous-délégation est approuvée par le concédant, qui vérifie les capacités financières et autres du candidat. À Bastia[142] l'Article 7 de la concession portuaire stipule que « *l'autorité concédante peut imposer que le sous-traitant soit soumis à tout ou partie des obligations s'imposant au concessionnaire en application de la présente convention* ». Le concessionnaire demeure responsable de l'exécution des obligations résultant de la convention de concession. Cette rédaction implique que le

[142] Collectivité territoriale de Corse. *Convention de concession du port de concession du port de commerce de Bastia*, s.d. (2005).

sous-traitant peut exercer deux catégories d'activités, dont l'une seulement demeure soumise aux termes de la convention de concession.

123. Cessibilité du concessionnaire.

Le caractère *intuitu personae* de la concession et son importance dans la gestion portuaire prohibent la cession du concessionnaire. Le concédant ne peut rester indifférent à un changement de contrôle de celui-ci. Dans les années 1990, une importante concession de réception et de stockage de marchandises en vrac, représentant quelque 60 pourcent des recettes d'un grand port maritime européen, devait passer sous un contrôle étranger. Le risque était évident que la marchandise serait désormais déroutée vers un autre port. La difficulté a été résolue par le rachat de l'entreprise concessionnaire par des intérêts nationaux du pays où se trouvaient le port et le terminal. Or, si la majorité du capital est sur le marché, il est difficile, voire impossible de s'opposer à une prise de contrôle qui peut avoir un impact sur le trafic et les performances de la concession. Une des conditions de mise en concession devra donc être que les actions de la société concessionnaire seront émises au nominal. La composition du capital de cette société ne pourra être modifiée sans l'accord du concédant. Le cahier des charges type applicable aux ports fédéraux de l'Inde stipule en outre que *« le concédant convient que, dans tous les cas, la société... dont la présence dans le capital a été déterminante lors du choix du concessionnaire, conservera une participation de contrôle égale au moins dans le capital du concessionnaire »* (Art. 10.1). En France (2001, Art. 7) le concédant doit être informé des modifications apportées au capital de la société concessionnaire en affectant le contrôle. Auquel cas le concédant peut procéder au retrait de la concession. La convention type de 2000 impose à l'entreprise exploitante d'informer le port de tout changement dans la composition de son capital, la répartition des droits de vote, et autres, de nature à modifier le contrôle de la société (Art. 3.2).

124. Application.

À Colombo (Art. 28), toute cession, mise en gage, introduction en bourse des actions ou actifs de la société concessionnaire, sans autorisation préalable du concédant, pendant la période de construction des ouvrages et mise en place des outillages, est prohibée et peut entraîner le retrait de la concession. À Maputo (Art. 16) la convention de concession donne acte de la composition du capital de la société concessionnaire. Cette composition ne peut être modifiée sans l'accord du concédant, qui ne doit toutefois pas être refusée à la légère. Le cahier des charges de la concession du Môle Prat à Barcelone (2008) impose que les statuts de la société concessionnaire disposent que toute cession de parts de la société doit être notifiée au concédant.

125. Fusions et absorptions[143].

La fusion-absorption d'un concessionnaire par un autre cause une difficulté supplémentaire, car elle peut éliminer une concurrence nécessaire à l'équilibre des prix et générer un monopole. Une telle fusion doit également être autorisée par le concédant ou le régulateur. En Australie, elle ne peut prendre place que s'il est possible qu'un nouvel entrant, candidat à une autre concession, se présente sur le marché dans les deux ans de la fusion-absorption ; elle n'est autorisée que si elle n'a pas d'impact excessivement négatif sur la concurrence. En France, l'Article 5 du cahier des charges de 2001 dispose que le concessionnaire, société privée, doit informer le concédant de toute modification de son actionnariat entraînant un changement de contrôle ; le concédant peut alors retirer la concession.

126. Position des créanciers.

Les restrictions ci-dessus au changement de contrôle du concessionnaire peuvent poser des problèmes avec les créanciers des promoteurs. Le retrait possible de la concession fragilise considérablement leurs garanties, détail qui souvent semble échapper aux concédants, gouvernements ou fonctionnaires. Elles démontrent également qu'il subsiste un élément d'*intuitu personae* dans l'octroi de toute concession et que la sélection du concessionnaire sur une base purement financière peut être une illusion. Cette illusion est particulièrement répandue chez les économistes anxieux de lutter contre les monopoles, mais le plus souvent peu au courant des aspects concrets de la gestion portuaire.

127. Cessibilité de la concession.

Le caractère *intuitu personae* de la concession prohibe également la cession du contrat ou la subordonne à l'accord du concédant. En France (2001, Art. 5), la cession non autorisée de la concession entraîne la déchéance. Toutefois, on rappelle que le transfert des concessions aux sociétés portuaires, prévu par la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité, équivaut à une cession de la concession sans appel à la concurrence. La convention d'exploitation type française de 2000 prohibe toute cession « *totale ou partielle de l'activité* » (formule peu heureuse) sans l'accord préalable du port signataire de la convention (Art. 3.2). Le cahier des charges 2001 (Art. 5) utilise les mêmes termes. Au Maroc, la loi du 14 février 2006 prohibe la cession des délégations de service public des collectivités locales. La cession des délégations consenties par les établissements publics est soumise à l'autorisation du délégant. Elle est également placée évidemment sous le contrôle des sources de financement. La loi tunisienne sur les concessions de 2008 va dans le même sens. Un appel à

[143] N. Symchowicz, *Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions*, A.J.D.A. 20.2.2000, pp. 104-113.

la concurrence avec publicité, entre candidats à l'acquisition du contrat, n'est pas nécessaire. La cession ne peut être refusée que si le candidat acquéreur ne présente pas les garanties professionnelles et financières nécessaires pour assurer la continuité du service. Par contre, si à cette occasion, le contrat est modifié, il est nécessaire de procéder à un nouvel appel à la concurrence. Il en est généralement de même des contrats de BOT/CET Il en est ainsi au Sénégal, aux termes de la loi de 2004 sur les CET ; mais les conditions de la cession doivent garantir la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers, autre évidence de la similarité entre CET et concession classique. La plupart des contrats de concession contiennent une clause à cet effet. Si elle n'est pas respectée, le concédant peut retirer la concession. Ce retrait est dit automatique dans certaines conventions ; il en va ainsi à Cotonou au Bénin. Si le concédant accepte la cession, le bénéfice et les obligations de la convention de concession sont transférés d'une entité à l'autre. Le contenu du contrat demeure le même et son exécution se poursuit dans les mêmes conditions. Mais on a objecté que la cession directe permet de tourner la règle de parallélisme des formes suivant laquelle un concessionnaire, choisi par voie d'appel à la concurrence, devrait être remplacé par un autre concessionnaire sélectionné dans les mêmes formes. En Inde (cahier des charges type), la cession est interdite sans autorisation préalable du concédant. En Uruguay (Décret 412/992, Art. 47), la cession est autorisée par le seul gouvernement. Aux États-Unis par contre, la franchise est *a priori* cessible. Une disposition spécifique de la loi ou du règlement, ou une stipulation contractuelle, sont nécessaires pour limiter ce droit de cession. Et la franchise peut être hypothéquée. À Barcelone en Espagne, l'Administration portuaire, lors de l'appel à la concurrence pour la concession du terminal du Môle Prat, a considéré que le titulaire d'un contrat de concession dans ce port pouvait le céder afin d'obtenir une autre concession, jugée plus intéressante. Une telle cession permettait d'éviter que le même concessionnaire contrôle plus d'une concession dans le port, ce qui aurait été contraire aux règles de la concurrence. À Colombo, l'Article 44 du contrat de BOT (1998) stipule la non-cessibilité. Le principe d'*intuitu personae* est donc ici pleinement appliqué.

128. Transparence et publicité.

On a pu écrire[144] que « *durant de nombreuses années, le manque de transparence des concessions, ainsi que l'absence de véritable mise en concurrence des opérateurs privés, ont fini par saper l'image de cette forme juridique auprès des usagers* ». S'agissant des ports de l'Union européenne, l'obligation de transparence est particulièrement forte. Elle résulte des termes même de la Directive 80/723/CEE[145] du 25 juin 1980.

[144] V. de Senneville. « Les financiers inventent les péages virtuels ». *Les Échos*, Paris, 27.12.2000.

[145] Modifiée par la Directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000, sur la transparence en matière de finances portuaires, cf. le projet de Directive sur l'accès au marché des services portuaires, préparée en 2001 par la Commission mais que le Parlement européen a refusé d'adopter en novembre 2003.

De même que le cahier des charges, la présence de clauses réglementaires dans la convention impose que celle-ci soit publiée afin que les tiers ayant qualité pour agir puissent faire valoir leurs droits. En France, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Commune d'Aix en Provence* du 6 avril 2007, a jugé que toutes les délégations de service public devaient faire l'objet d'un contrat[146] dans un but, entre autres, de transparence à l'égard du public. Or, la transparence exige la publication. Ainsi, la loi marocaine du 16 février 2006 impose la publication au *Bulletin Officiel* de tous les contrats de service public. En France, le cahier des charges de 1991, a été appliqué en fait, bien qu'il n'ait pas été publié. À Madagascar par contre, le cahier des charges de 2006 a fait l'objet d'un décret publié au Journal Officiel. Mais ailleurs, cette publicité est rare en matière portuaire et toujours incomplète. Les dispositions tarifaires sont désormais absentes de certaines conventions de concessions et placées dans des lettres annexes qui demeurent confidentielles. Ainsi, concédant et concessionnaire peuvent ménager leurs intérêts au détriment possible de ceux des usagers. Dans l'Union européenne, l'usager est protégé par la Directive CEE 93/13 du 5 avril 1993 d'après laquelle *« une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif dans les droits et obligations [résultant] du contrat »*[147]. Cette règle s'applique à tous les contrats. Elle est donc valable aussi bien dans le contrat de concession entre concédant et concessionnaire que dans les relations entre le concessionnaire et les usagers, qui doivent être traités en clients. Si en effet, la convention d'une concession de service en réseau en position de monopole place et maintient l'usager dans une position statutaire et réglementaire, il n'en est pas de même dans une concession portuaire dont une partie du trafic et des activités sera toujours exposée à la concurrence. Par contre, et à tort, la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale, qui finance des concessions et des contrats CET ou BOT dans des pays en développement ou émergents, tient pour confidentiels tous les documents s'y rapportant, y compris les cahiers des charges. Cette discrétion peut faire supposer que ces contrats contiennent des stipulations contraires à l'intérêt du public, puisque celui-ci doit tout en ignorer. Au Sénégal et en Côte d'Ivoire, les concessions de chemin de fer des années 1990 ont été intégralement publiées dans les journaux officiels. Il aurait dû en être de même, dans d'autres pays, des concessions portuaires. La résistance à la publication est forte dans le cas des BOT dans les pays de *common law.* À Colombo, l'Article 41 du contrat de BOT portuaire (1999) stipule la confidentialité des informations pendant la durée de la concession et deux ans après son terme.

[146] A.J.D.A. 21.5.2007, pp. 1020-1023.

[147] Cf. Loi 95-96 du 1.2 L. Marchenaux, « Commentaire » *in Semaine juridique* J.C.P. 1995, N° 3854.

129. Rédaction des contrats.

Les contrats de concession doivent être rédigés avec un soin extrême. La reproduction des modèles français peut être dangereuse. En effet, leur brièveté tient à ce qu'ils reposent sur une base de droit administratif bien connu et accepté ; la doctrine est nourrie par des centaines d'arrêts du Conseil d'État et autant de commentaires. Ce qui n'est pas exprimé va toutefois de soi. Ce n'est pas le cas dans d'autres pays. Il ne faut donc pas hésiter à entrer dans le détail de ce qui est réglementaire et de ce qui est contractuel. La convention doit contenir des clauses en permettant la révision au gré de chacune des parties, et dans des conditions conformes à leurs droits respectifs, avec garanties sur les délais de notification du cocontractant. Les maîtres mots sont équité, équilibre et transparence.

h. Conclusion : La concession, institution publique

130. Contenu.

La concession, ensemble juridique, relevant du droit positif et de la jurisprudence, joue un rôle important dans le fonctionnement de l'administration publique et dans ses rapports avec les opérateurs économiques. Elle est davantage qu'un contrat, c'est une institution administrative réglementée, de forme contractuelle, transparente et accessible au public. Cette approche institutionnelle permet de mettre au point une stratégie de partenariat public-privé, ce que demandent les candidats concessionnaires. Ceux-ci veulent s'engager dans un cadre cohérent et fiable, offrant la sécurité juridique et permettant à la confiance légitime de s'établir. En même temps, la conception institutionnelle peut introduire de la rigidité et de l'esprit de système dans un domaine contractuel qui requiert de la souplesse, chaque projet de concession ayant ses caractères propres.

IV - Désignation du concessionnaire

132. Sommaire.

Dans ce qui suit, après avoir identifié la société de projet, on examinera (1) l'identité du concessionnaire, et (2) ses modes de désignation : appel à la concurrence ou entente directe.

133. Contrats de création d'une société de projet.

La concession met en présence des promoteurs, des sources de financement et le concédant. Les promoteurs du projet de concession constituent une société de projet qui appliquera la convention de concession. Ils conviennent de ses statuts. La plupart des gouvernements imposent la constitution d'une société de droit local. Le contrat de concession est alors passé avec cette société. Le concédant, s'il n'est pas partie à l'acte de constitution de la société de projet n'est pas neutre à son égard. Premièrement, les promoteurs doivent être fiables. Deuxièmement, le montant de fonds propres qu'ils investiront aura un impact sur le *cash flow* de la concession après démarrage de l'exploitation, puisque de lui dépendra le montant des charges financières. Si d'autre part, la société de projet n'est qu'un élément d'un ensemble beaucoup plus vaste, par exemple un armement maritime, son autonomie doit être réelle et ses finances effectivement autonomes. Les promoteurs qui la contrôlent peuvent être tentés, par exemple, de lui facturer des services, tels que services d'assistance technique qui, surpayés, assèchent ses ressources et détournent ses excédants financiers[148]. La création de la société de projet sera donc déterminante pour l'équilibre financier de la concession. Par cette création, les promoteurs limiteront leur responsabilité aux seuls actifs du projet. C'est la technique de la responsabilité financière limitée ou *limited recourse financing.* Les prêteurs surveilleront très attentivement la gestion, pendant

[148] Cf. P. Lignères, *op. cit.* note 1, p 250.

toute la marche du projet et la durée d'amortissement de leurs prêts[149]. À Pointe-Noire (Art. 4.2) la concession est accordée à une société de droit local dont l'actionnaire de référence, armateur et manutentionnaire réputé, c'est-à-dire le promoteur au sens du présent paragraphe, doit contrôler au moins 51 pourcent du capital.

A - IDENTITÉ DU CONCESSIONNAIRE

133. Sommaire.

Le concessionnaire peut être un cocontractant sans autres rapports avec le concédant, ou encore le concédant et le concessionnaire peuvent être associés dans la concession. Ces deux hypothèses sont examinées dans ce qui suit.

a. Le concessionnaire, seul cocontractant

134. Concessionnaires – Nature juridique.

Les concessionnaires peuvent être des sociétés privées ou d'État, des sociétés d'économie mixte ou des établissements publics. En France, les collectivités publiques peuvent aussi être concessionnaires de ports ou d'outillages portuaires (Code des ports maritimes, Art. R 115-7). La loi N° 2006-10 du 5 janvier 2006 autorise la création de sociétés chargées de l'exploitation de ports maritimes et dont le capital initial est apporté par des personnes publiques, dont les chambres de commerce. Ces sociétés peuvent ultérieurement ouvrir leur capital à des actionnaires privés. Le droit des aérodromes va dans le même sens et il a du reste précédé le droit portuaire sur ce point. La société de l'aéroport de Paris, issue de la loi N° 2005-357 en date du 20 avril 2005, et dont le capital est contrôlé à 55 pourcent par l'État, cotée en Bourse, construit, équipe et exploite les différents aérodromes de la région parisienne. En Colombie, seules les sociétés portuaires, au sens de l'Article 5.20 de la loi des ports de 1991, c'est-à-dire des *« sociétés anonymes constituées de capitaux privés, publics ou mixtes, dont l'objet social est la construction, l'exploitation et l'administration de ports »* peuvent être titulaires de concessions. Si une industrie veut obtenir la concession d'un port de service privé, au sens de l'Article 5.14 de la même loi, c'est-à-dire un port qui n'assure que le service d'infrastructures dont l'industrie est propriétaire, elle doit constituer une société portuaire filiale de droit local, soit avant, soit après avoir obtenu la concession. Cette société sera le concessionnaire.

[149] Cf. L. Vandomme. *To time, to budget to specification, L'allocation des risques pré opérationnels dans le cadre des financements BOT,* R.D.A.I., vol. 14, 1999, pp. 879-893.

135. Conditions et limitations diverses.

Certains États ont limité l'accès aux concessions. Par exemple, les groupements d'intérêts économiques ou les consortia ne présentant pas suffisamment de garanties pour le concédant ne sont pas toujours autorisés à être concessionnaires. Mais une clause des documents d'appel à la concurrence soumettant à l'approbation du concédant toute modification à la composition du groupement ou du consortium peut lui assurer une protection suffisante. Le cahier des charges de l'Inde contient cette disposition. Elle fixe à trois ans le délai pendant lequel, à partir du début de la concession, la composition du consortium ne peut être modifiée. À Cotonou au Bénin (Convention du 10.4.1998), le concessionnaire de la manutention des conteneurs doit être un armateur ou un représentant d'un armement connu et contrôler au moins 15 pourcent du trafic du terminal. À Barcelone (2005) les fonds propres de la société concessionnaire du terminal à conteneurs doivent être égaux à au moins le double de la valeur de son capital. Les objectifs sociaux, tels que formulés dans les statuts, doivent être clairement rattachables directement aux activités de la concession. À Dar es Salam, le principal actionnaire, dit *strategic investor* de la société concessionnaire portuaire doit en contrôler au moins 51 pourcent du capital (Art. 6). Le concédant doit être informé de toute modification au capital ayant un impact sur le contrôle de la société. Par ailleurs, le concessionnaire prend acte de ce que l'un des objectifs du concédant est une ouverture du capital aux personnels de la concession. Cette dernière disposition est caractéristique des orientations politiques traditionnelles de la Tanzanie.

136. Cas des armateurs concessionnaires.

Les concessionnaires peuvent être des armateurs exploitant des lignes escalant dans le port où se trouve la concession. L'intégration verticale et horizontale accrue du transport maritime encourage cette évolution. Le conglomérat armateur logistique, avec ses économies d'échelle, remplace l'armateur isolé[150]. Mais ce contrôle incite la méfiance des autres armateurs, soit que le concessionnaire ait ainsi accès à des informations commerciales confidentielles, soit que ces armateurs craignent que le concessionnaire avantage ses propres navires et cargaisons. Dans une concession à Panama, financée avec l'aide de la Société financière internationale, filiale de la Banque mondiale, les armateurs ont été écartés de la concession. Et on a constaté, dans une concession de chemin de fer desservant un port de commerce, que le concessionnaire, en même temps armateur, favorisait subtilement ses cargaisons et conteneurs débarqués de ses navires. En 2011, le port de Hambourg, géré par la municipalité avait mis en place une société de manutention à capitaux publics, indépendante de tout armateur, pour éviter un contrôle total des armements sur les terminaux. Une semblable initiative était envisagée en France. Elle pouvait être mise

[150] Cf. S. McDonagh, *Why should lines own ports? Cargo Systems*, Londres, 4.1999, p. 61.

en œuvre par constitution d'une société portuaire à capitaux publics initiaux créée en application de la loi du 6 janvier 2006, identifiée dans le chapitre II.

137. Nationalité du concessionnaire.

Dans de nombreux pays les concessionnaires doivent être des nationaux. Certains États hésitent à développer des concessions portuaires importantes de crainte de voir des groupes étrangers contrôler leur port. Au Mexique, ne peuvent être concessionnaires portuaires que des sociétés mexicaines ou des nationaux (Loi sur les ports de 1993, Art. 21) ; en aucun cas un État étranger ne peut être actionnaire d'une société concessionnaire (Art. 31) ; la concession ne peut sans autorisation être vendue à un étranger. La cession non autorisée de la concession est cause de déchéance. Au Vietnam, une société de projet dans le domaine des infrastructures portuaires ne peut être étrangère à 100 pourcent. La Malaisie limite les participations étrangères à 25 pourcent. En Espagne, l'Article 4 de la loi 12/71 du 30 mars 1971 autorisant la mise au concours de la construction de super ports exigeait que l'adjudicataire constitue une société anonyme de droit espagnol, dans laquelle la participation étrangère ne pouvait dépasser 49 pourcent. La conformité de telles dispositions au droit européen est douteuse. Par contre, en 1998, le port de Tuticorin, en Inde, a accordé une concession à un groupement comprenant deux sociétés indiennes et l'Organisme du port de Singapour, majoritaire avec 57,5 pourcent de son capital. À Beyrouth, dans les années 1990, la société concessionnaire de droit libanais devait être remplacée par une société étrangère, celle du Port d'Abu Dhabi ; ce projet n'a pas abouti. La mondialisation des sociétés rend aléatoire l'attribution d'une nationalité à des sociétés concessionnaires. La manutention d'un grand port d'Europe du Nord, doté de plusieurs terminaux, par exemple, et malgré les apparences juridiques, est désormais contrôlé à 80 pourcent par une seule société étrangère. Mais le développement des activités des fonds souverains, sociétés collectives de placements contrôlés par des États, a éveillé les sensibilités. Les États-Unis ont ainsi refusé en 2007 la prise de contrôle de terminaux à conteneurs de la côte Est par un fonds souverain des Émirats.

b. Le concédant co-concessionnaire

138. Le concédant co-concessionnaire.

Le concédant, personne publique, est fréquemment tenté de s'associer au concessionnaire pour bénéficier des profits de la concession, en surveiller le fonctionnement ou acquérir une expérience technique ou de gestion qui lui manque encore. La République du Libéria a ainsi été associée au concessionnaire qui gérait le port de Monrovia jusqu'en 1970[151]. En Chine, l'association d'entreprises étrangères, à

[151] Le retrait de la concession a été patronné par la Banque mondiale dans un projet de financement du développement du port. À cette époque, vers 1960-1970, la Banque n'avait pas encore découvert les

l'origine de concessions à Hong Kong et à Singapour aux établissements et sociétés portuaires locales a été la règle et a permis les transferts de technologie[152] pour constituer une société d'économie mixte qui, à son tour, obtient la concession. Au Maroc, la loi du 14 février 2006 sur les délégations de service public dispose que le délégant peut contribuer au financement de la délégation sous forme de versement au délégataire. S'agissant des ports, une loi de 2011 dispose en faveur de l'attribution de concessions aux sociétés contrôlées au moins à 51% par l'agence nationale des ports (ANP). Cette rédaction indique toutefois que le délégataire conserve sa pleine responsabilité sur la délégation et que le délégant n'est pas un co-délégataire. Il peut être séduit par les profits à tirer de la concession. Aux Philippines, il est entendu que, si l'exploitation de l'ouvrage exige un permis (franchise) de service public *(public utility)* « *le promoteur doit […] être contrôlé à 60 pourcent au moins par des intérêts philippins* ». Cette dernière disposition vise les services en réseau, tels la distribution d'électricité. Elle ne paraît pas concerner les ports maritimes[153]. À Maurice (1999), l'organisme portuaire *(Mauritius Ports Authority)* est à la fois concédant et actionnaire de la société concessionnaire du terminal à conteneurs. Dans une concession portuaire à Bissau, en Guinée Bissau, dans les années 1990, le gouvernement concédant avait une participation minoritaire. À l'origine de la concession du Canal de Suez, le gouvernement égyptien détenait 40 pourcent des actions de la société concessionnaire. De même, en France, le Port autonome de Rouen a été associé à des entreprises privées dans une concession de silos à céréales, bien qu'il fût également le concédant. Cette situation a été critiquée par la Cour des Comptes. À Abidjan, le Port autonome est actionnaire de la société concessionnaire du remorquage. À Dunkerque, l'établissement portuaire a pris une participation importante dans la société d'exploitation d'un terminal à conteneurs, car les grutiers du port n'acceptaient de passer au service de la société nouvellement créée qu'à condition que le port fût présent dans le régime mis en place[154]. En 2011, un régime similaire était en cours de mise en place au port de Marseille. À Saint-Pétersbourg en Russie, le concessionnaire de l'essentiel de l'exploitation portuaire est une société par actions. Un consortium de banques locales détient 49 pourcent du capital, le comité des propriétés foncières de Saint-Pétersbourg en a 20 pourcent et le ministère des Transports 20 pourcent. En Pologne, la loi impose au contraire une stricte séparation entre administration portuaire et opérateurs. S'est développé également le *Modèle Progosa*, mis en place à Lomé au Togo à partir de 2005. Dans ce modèle, l'investisseur

vertus de la privatisation. Son modèle de gestion portuaire était celui du port opérateur, exploité en régie et de tradition britannique.

[152] Cf. James, J. Wang *et al., Port governance in China: A review of policies in an era of internationalizing port management practices*, Transport Policy 2004, pp. 237-250 et les références.

[153] Loi N° 6967, *An Act authorizing the financing, construction, operation and maintenance of infrastructure and for other purposes*, en date du 27 avril 1994 modifiée par le Build-Operate-Transfer, Act N° 7718 en date du 8 mai 1994.

[154] Cf. *Navigation, Ports et Industries,* Strasbourg 1998, p. 31-32. La résiliation de la concession de Monrovia a été un désastre…

privé étranger a créé une société qu'il contrôlait à 100 pourcent et qui finançait les études de faisabilité et d'exécution du projet de terminal portuaire. Dans un second temps, l'État a investi à son tour et pour détenir 49 pourcent du capital de la société qui a démarré le projet sous le contrôle du promoteur initial, Progosa. Dans une troisième étape, le capital a été ouvert à d'autres investisseurs, Progosa conservant 35 pourcent environ du capital et assurant la gestion de toutes les activités[155]. En Colombie, le capital du concessionnaire est réparti entre l'entreprise privée (70 pourcent), l'État (3 pourcent), la région (12 pourcent) et la municipalité (15 pourcent)[156].

139. Application.

À Barcelone, l'établissement portuaire a le droit, pendant les cinq premières années de la concession, de contrôler 5 pourcent du capital de la société concessionnaire « *calculé sur la base de la valeur comptable de la société »,* et en même temps, occuper un siège dans l'organe de direction de cette société. Celle-ci aura par ailleurs un droit préférentiel d'acquisition de ces 5 pourcent une fois les cinq années révolues. À Tanger au Maroc, en 1923 le concédant était représenté dans le conseil d'administration de la société concessionnaire du port, mais ses deux représentants n'avaient pas de droits de vote.

140. Concurrence entre entreprises publiques et privées.

À l'origine, le droit français limitait l'accès des opérateurs publics au marché. D'abord limité à des circonstances exceptionnelles[157] cet accès, depuis l'arrêt du Conseil d'État *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*[158] du 30 mai 1930 est admis quand prévalent *« des circonstances particulières de temps et de lieu »*. En outre, en matière portuaire, la loi de 2006, déjà citée, autorise la création de sociétés d'exploitations portuaires à capitaux publics, destinés à être ouvertes au capital privé. La carence de l'industrie privée est un motif valable d'intervention du secteur public. Le principe de spécialité des personnes publiques, qui ne peuvent accomplir que les tâches assignées par le législateur, peut aussi leur interdire des activités propres au secteur privé, spécialement marchandes. Donc, si les statuts d'un port maritime, ou autres législations, disposent qu'une activité relève du secteur privé, une entité publique ne pourra y prendre part. Dans l'Union européenne l'article 222 du Traité

[155] M. Neuimester, *Gestion des terminaux africains, le « modèle » Progosa*, J.M.M., 28.1.2005, pp. 24-25.

[156] P. Vieilliesacases, « Privatisation et concurrence portuaire, l'exemple de la Colombie », *Présentation au Séminaire sur les concessions dans le domaine des infrastructures*, Alger, 6.2000.

[157] Cf. M. Lombard, *À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés*, Recueil Dalloz Sirey, 1994, 22e cahiers – Chronique.

[158] Grands Arrêts, p. 198.

de Rome stipule que le contrôle par l'État d'une entité publique n'est pas un critère permettant de lui appliquer une réglementation particulière, et dérogeant aux règles de concurrence contenues dans le traité. Ce régime d'égalité formelle crée en fait des inégalités. Les personnes publiques, même constituées sous forme de sociétés commerciales, jouissent de privilèges de fait. Leur recherche de profit est moindre ; elles peuvent pratiquer des prix cassés. L'incessibilité de leurs biens les protège des aléas de la gestion. En outre, leur propriétaire, l'État, dispose de pouvoirs régaliens, tels le pouvoir fiscal ou réglementaire, qu'il peut appliquer au détriment du secteur privé.

141. Avantages et inconvénients.

La participation du concédant à la concession présente des avantages et des inconvénients. Appliquée à des pays en développement, elle ménage les susceptibilités locales. La concession n'apparaît plus comme une enclave étrangère. Le concédant peut contrôler le fonctionnement de la concession de l'intérieur. Mais l'association est source de difficultés si le concédant, souvent l'État[159], se substitue au concessionnaire dans la gestion. Concessionnaire et concédant, dont les objectifs et les méthodes sont différents, se renvoient la balle. Les syndicats, le personnel et les usagers jouent les uns contre les autres. Mais le concédant perd sa position d'arbitre et ne peut donc assurer la régulation de la concession. Il n'est plus neutre. Tout en ne l'excluant pas, le Guide *Toolkit de la Banque mondiale* juge « discutable » la participation du concédant à la concession. Il relève le risque de conflit d'intérêts. Toutefois, le Guide opine que « *si la concession a le monopole de son activité dans le port, cette situation peut être acceptable* [160]». En fait on constate que les ports qui ont voulu devenir co-concessionnaires ont dû en payer le prix en se voyant retirer leurs fonctions de régulateurs au profit du ministère de tutelle ou d'un organisme régulateur indépendant. Un port autonome, qui normalement gère ses concessions sans intervention de la tutelle, peut ainsi se voir dépouillé d'une partie de ses compétences lorsqu'il devient lui-même co-exploitant d'une concession. En souscrivant une partie du capital de la société de projet, le concédant en assure l'équilibre. Car il peut aussi craindre de perdre son indépendance financière si la société de projet qui porte la concession est endettée à l'excès, permettant ainsi aux banques d'exercer une influence excessive sur la marche d'un service économique essentiel pour le pays d'accueil. Mais le risque financier est désormais partagé entre concessionnaire et concédant au lieu d'être en totalité couru par le concessionnaire. Celui-ci y trouve son compte. Psychologiquement, comme on

[159] Ceci condamne toute forme d'économie mixte. En 2003, en France, le président directeur général de France Télécom, société d'économie mixte fortement déficitaire, déclarait devant la commission parlementaire d'enquête que « le conseil d'administration ne jouait aucun rôle… une fois que le ministre était d'accord, le conseil n'aurait aucune légitimité pour aller contre ». Il en a été de même à la Société nationale des chemins de fer français, société d'économie mixte de 1937 à 1986, la participation de l'État, de 51 % en 1937, augmentant d'un point de pourcentage chaque année par rachat du capital des anciens concessionnaires.

[160] Module 3, p. 57.

l'expose ci-dessus, il apparaît comme respectueux de la souveraineté locale, mais il repasse une partie du fardeau financier au pays d'accueil. Il gagne donc sur les deux tableaux. En d'autres termes, moins on investit, plus on est populaire. S'il y a d'autres concessions avec les mêmes objectifs (terminaux à conteneurs, par exemple), il peut y avoir *distorsion de concurrence*, la société d'économie mixte constituée grâce aux capitaux du concédant jouissant éventuellement d'un avantage économique. Le droit européen analyse ce type de participation comme une aide d'État, soumise à un contrôle strict. Le procédé est source d'abus lorsque l'apport du concédant est symbolique et qu'il en profite pour s'emparer d'un pourcentage important du capital de la concession. C'est le cas, en particulier, quand le domaine étant inaliénable, le concédant ne peut apporter de terrains, d'immeubles ou d'outillages dans le capital de la société concessionnaire, et n'a pas de liquidités pour y placer des espèces.

B - MODE DE DÉSIGNATION DU CONCESSIONNAIRE

142. Présentation.

Les exigences de transparence, la nécessité d'assurer la contestabilité dans le temps ou dans l'espace, elle-même indispensable à la concurrence, et les impératifs financiers semblent imposer un mode de choix du concessionnaire par appel à la concurrence. La contestabilité dans le temps, identifiée dans le Chapitre II ci-dessus, est obtenue par une limitation de la durée des concessions, l'appel à la concurrence et le paiement d'un droit d'entrée, etc., conformément aux principes dégagés, entre autres, par Demetz, Bailey et Baumol[161]. Il y a contestabilité dans l'espace quand la concession est en concurrence avec une autre assurant un service similaire, soit dans le port, soit dans un autre. L'exigence éthique est de plus en plus forte dans le monde contemporain à mesure que les concessions se multiplient. Mais la matière est complexe. Elle est exposée dans ce qui suit et rappelé dans le Chapitre VI de cet ouvrage au sujet du renouvellement des concessions. On a relevé par ailleurs que le processus d'attribution de concession était plus complexe que la passation standard d'un marché de travaux public. Les candidats concessionnaires doivent disposer de dossiers complets et traités à fond, détaillant toutes les caractéristiques techniques, financières, administratives, sociales ou autres, du projet. L'absence de candidats concessionnaires pour certains projets a été attribuée aux insuffisances constatées à cet égard.

[161] Cf. W.J. Baumol *et al.*, "Contestable : an uprising in the theory of economic structure", 1982, *American Economic Review*, vol. 72, pp. 1-15.

a. Appel à la concurrence[162]

143. Problématique.

L'appel à la concurrence est bien connu dans la pratique des marchés de travaux publics et de fournitures. Mais, dans ceux-ci, les rapports entre maître de l'ouvrage et entrepreneurs cessent immédiatement à la clôture du chantier. Dans la concession, *« des relations étroites et prolongées s'établissent entre elles pour assurer, au mieux des intérêts en présence, l'exploitation qui doit rémunérer l'intervention de l'entrepreneur. Le concessionnaire exploite l'ouvrage avec l'appui et sous le contrôle du concédant »*[163]. De ce fait, l'entente directe avec son élément d'*intuitu personae* a paru mieux adaptée que l'appel à la concurrence. En France, le Conseil d'État, dans un arrêt d'Assemblée cité plus haut, jugeait que *« l'attribution de la concession échappe aux impératifs de la concurrence »*[164]. Cette approche, qui laissait au concédant une liberté absolue de choix, avantageait les concessionnaires installés de longue date, qui avaient établi des rapports confiants, parfois excessifs avec le concédant. D'où la création de rentes. En faveur de l'*intuitu personae*, désormais mis à mal par l'appel à la concurrence, on a pu écrire que *« si le délégataire de service public assure plus qu'une simple prestation de service individualisée et non répétable… et qu'il prend réellement en charge le service,… il est logique que soient tissés, entre le titulaire et le gestionnaire du service, des liens privilégiés de confiance »*[165]. L'absence d'appel à la concurrence contraste singulièrement avec la doctrine officielle sur les dangers du monopole, dangers qui sont avancés pour justifier, par exemple, le contrôle sur les tarifs des concessionnaires. L'argument suivant lequel les compétences techniques des différents candidats, leurs qualités de gestionnaire, les garanties financières qu'ils présentent, etc. sont autant d'éléments qui doivent entrer en ligne de compte et qui se prêtent mal à l'appel à la concurrence[166] n'est pas convaincant. Ce sont des critères de choix qui n'excluent pas un tri préalable des candidats pour écarter ceux aux références insuffisantes (appel d'offres restreint). Par ailleurs, il est possible de dresser des documents

[162] On évitera le terme appel d'offres, qui a un sens juridique précis et étroit. Le terme appel à projet a été également utilisé. Il est excellent car, mieux que le terme appel à la concurrence, il évoque tous les aspects du projet d'investissement portuaire.

[163] C. Georgin, *Cours de droit administratif*, École spéciale des travaux publics, Paris, 1931, p. 326 ; cité par D. Lorrain, « Les services urbains, le marché et le politique », *in L'expérience française du financement privé des équipements publics,* Economica, Paris, 1993, p. 27.

[164] 16.4.1996. *Compagnie luxembourgeoise de telediffusion*, A.D.J.A. 1996, p. 284, Note Szibert et Fonmacciani. Cf M. Klein, *Infrastructure Concessions : To auction or to negotiate ?* Private Sector, World Bank, Washington, D.C. 3.1999, pp. 25-28. J. Bulow et P. Klemperer, *Auctions vs. Negotiations*, Working Paper N° 4608, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass, 1994.

[165] J.F. Thuriere, *Problématique du sujet pour le juge administratif* in Délégation de service public. A.J.D.A. 20/9/1996, pp. 581-587. B. du Marais, *La problématique du choix du délégataire : L'intuitu Personae* in *Op. cit.* note 1, pp. 371 et s. (Approche par la théorie économique de la concurrence pour le marché).

[166] Contra L. Nicola Shaw, K.M. Gwilliam et L.S. Thompson, *Concessions in Transport*, Discussion Paper TWU-27, World Bank, Washington, D.C. 11.1996.

d'appels à la concurrence qui prennent ces éléments en compte et leur attribuent les pondérations nécessaires. Au total « *il existe désormais un standard commun aux États disposant d'une administration organisée. Ce standard comporte quelques règles essentielles fondées sur les exigences de transparence, de non discrimination, d'égalité des chances des compétiteurs et de lutte contre la corruption* »[167]. L'Article 29 de la Loi tunisienne du 1er avril 2008, qui prévoit l'appel à la concurrence, dispose que *« Le contrat est conclu en raison des qualités personnelles du concessionnaire et il ne lui confère aucun droit d'exclusivité sauf dans les cas et conformément aux conditions fixées par le contrat ».* En d'autres termes, cette loi reconnaît l'importance de l'*intuitu personae* tout en l'associant à la notion d'appel à la concurrence.

b. Droit international

144. Principe.

Le droit et les institutions internationales insistent d'abord sur la nécessaire transparence des procédures. Ils sont ensuite généralement en faveur de l'appel à la concurrence et l'imposent dans de nombreux cas. La Convention de Marrakech de 1994 sur les marchés publics de travaux, fournitures et services, conclue sous l'égide de l'Organisation mondiale du Commerce, n'opère pas de distinction entre ces marchés et les concessions.

145. Union européenne.

La concurrence, la publicité et la transparence sont au centre du droit de l'Union européenne. L'Article 89-2 du Traité de Rome stipule que les règles de concurrence sont applicables aux entités responsables d'un service d'intérêt public, pourvu que cette application ne soit pas un obstacle à l'exécution de leurs obligations spécifiques d'intérêt public. Les marchés étaient seuls visés à l'origine par ces règles, mais les concessions leur ont été peu à peu assimilées, soumises aux mêmes obligations de transparence, proportionnalité et neutralité applicables aussi bien à leur attribution qu'à leur fonctionnement. Ce qui ne signifie pas pour autant que les conditions et procédures de l'appel à la concurrence soient les mêmes pour les marchés de travaux et pour les concessions. L'objectif n'est pas seulement économique – obtention du meilleur prix – il est politique et moral. La Commission européenne a rappelé sa position dans la Communication interprétative du 12 avril 2000[168]. Les principes de transparence, de

[167] H. Esguillons, *Sélection d'une société de projet*, R.I.D.A, N° 6, 1998, pp. 603-622.

[168] Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit 2004/17/EC communautaire, J.O.C.E. 200/C 121, 29 4.2000. A. Matera et J. Arnould, R.F.D.A. vol. 9, 2000, p. 1015. C. Maugüé, R. Scwartz et P. Terneyre, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2.2000, p. 253. J. Arnould, *Les contrats de concession, de privatisation et de services « in house » au regard des règles communautaires*, R.F.D.A. vol. 16, 1.2000, pp. 2-27.

non-discrimination, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle s'appliquent à tous les actes par lesquels une autorité publique confie à un tiers un service relevant de sa responsabilité et pour lequel le tiers assure désormais les risques d'exploitation. La Cour de Justice des Communautés applique et explicite ces principes et les a rappelés dans l'arrêt Telusiria du 7 décembre 2000[169]. Elle a rappelé les principes de non-discrimination en raison de la nationalité, les règles de transparence, d'impartialité des procédures d'attribution des concessions qui sont indissociables d'une mise en concurrence. Dans l'arrêt *Consorzio Azienda Melano* du 21 juillet 2005[170], la même Cour a sanctionné l'octroi d'une concession sans publicité préalable. Pour la Cour, l'absence d'un appel à la concurrence, que des circonstances peuvent justifier, n'implique pas une dispense de l'obligation de transparence. Par ailleurs, l'application de la Directive 93/13/CEE[171] du 5 avril 1993 sur les concessions a rendu caduque la pratique antérieure d'octroi de concessions par entente directe. Les concessions devront désormais être attribuées ou renouvelées après publicité et appel à la concurrence, permettant en particulier à des candidats autres que ceux résidant dans le pays d'implantation de la concession de manifester leur intérêt. Cette règle a été rappelée, s'agissant d'une concession portuaire, par l'arrêt du conseil d'état français du 23 juin 2005 *Yacht Club international de Saint Laurent du Var*[172]. Le droit européen a, par ailleurs, dégagé la notion d'opérateur raisonnablement diligent qui doit être informé de tout appel à la concurrence en vue de l'octroi d'une concession, ce qu'a rappelé en France l'arrêt du Conseil d'État *Communauté urbaine de Bordeaux* en date du 1er avril 2009[173].

146. Agences des Nations Unies.

Le Guide législatif de la CNUCED exprime une préférence pour *« le recours à une procédure d'appel à la concurrence, tout en reconnaissant qu'occasionnellement des concessions puissent être accordées sans recours à un tel appel, en fonction des traditions juridique du pays concerné »*[174]. L'Organisation des Nations Unies pour le Développement de l'Industrie (ONUDI), outre qu'elle insiste sur la transparence, est favorable à un appel d'offres restreint[175], dès lors que les critères techniques

[169] A.J.D.A. 2001, p. 106, Note L. Richer et p. 329, Chronique H. Legal, C. Lambert et L.N. Belorgey. Aussi 21.7.2005, Coname, A.J.D.A. 2005, p. 1541. Cf. Communication interprétative, Union européenne, Bruxelles, 1.3.2006.

[170] A.J.D.A. 2005, p. 1541.

[171] Essentiellement Directive 2004/17/EC du 31 mars 2004 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, Directive 2004/18/EC, 11.3.2004 sur les procédures d'attribution des marchés de services publics. J.O.C.E. 10.4.2004, L. 134/1-1 et L.134-114.

[172] C.A.A. Marseille, A.J.D.A. 6.2.2006, p.265-267, Note D. Girard.

[173] A.J.D.A. 19.10.2009, pp. 1889-1891, note F. Train.

[174] Guide, Chap. III, p. 61.

[175] *Guidelines for the development of infrastructure projects through BOT projects*, Vienne, 1996, p. 408.

sont exactement définis, de façon à permettre une sélection incontestable. Elle recommande également le recours à une commission indépendante des marchés.

147. Banque mondiale.

La Banque mondiale conditionne ses financements aux appels à la concurrence[176]. Habituée aux marchés de travaux et de fournitures, elle n'a connu les concessions qu'assez tard. C'est pourquoi, comme on l'a déjà relevé, elle était fortement influencée par la doctrine britannique en la matière, qui, au port outil ou foncier, préfère le port exploité en régie[177]. Fort rigide à l'origine, sa pratique de sélection a été davantage inspirée par la rigueur des ingénieurs que par l'opportunisme des gestionnaires d'entreprises. La sélection des attributaires de marchés est objective, stricte et aisément chiffrable. Les règles de la Banque mondiale et leur application concernant les concessions s'en inspirent : appel à la concurrence, égalité de traitement, transparence. L'*intuitu personae* ne trouve pas aisément sa place dans ce schéma de principe. Toutefois, la présélection des candidats et le choix des critères de leur sélection introduisent déjà un élément de souplesse. Après sélection du concessionnaire, les marchés de travaux et de fournitures au financement desquels participe l'institution sont attribués conformément à ses directives en la matière. Si le concessionnaire a été choisi suivant une procédure négociée que la Banque a acceptée et si elle finance encore des marchés de travaux et fournitures, les mêmes règles s'appliquent. Le Guide de la CNUCED conclut dans le même sens. Ceci étant, la Banque mondiale reconnaît les limites des procédures de mise en concurrence. Elle ne s'oppose pas à une négociation qui, de toute façon, prend toujours place pendant l'évaluation des offres. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement exige la transparence et un appel à la concurrence internationale[178]. Elle réserve les appels d'offres restreints et le gré à gré à des cas particuliers. L'appel ouvert à la concurrence est la règle[179]. La Banque est stricte sur les ententes, les collusions affectant les prix, les participations croisées entre sociétés et autres, anomalies susceptibles de fausser les résultats de l'appel à la concurrence.

[176] *Directives pour la passation des marchés*, 1996, paragraphe 3.3.

[177] Dès 1965, L.W. Eppoert Klibhofer, expert des Nations Unies en mission sur les côtes d'Afrique, relevait que les performances des ports outils ou fonciers, tels Abidjan, Dakar ou Douala étaient bien supérieures à celles des ports en régie tels Freetown ou Lagos. Le développement des concessions dans les ports en régie de l'Océan indien à partir de 1990 a résulté du même constat.

[178] *Guidelines for EBRD participation in transport infrastructure concession projects,* Londres, 1994.

[179] Cf. P. Blanchard, « Concurrence et projets concessionnels modernes », *R.D.A.I.* 2003, pp. 386-405.

c. Droit interne

148. France.

La tradition de libre choix du concessionnaire, basée sur la notion d'*intuitu personae* demeure vivace en France. Certains auteurs écartent en fait l'appel à la concurrence au profit de l'entente directe négociée sur la base de quelques propositions jugées intéressantes par le concédant : *« il est indispensable que soit reconnu le principe de l'attribution* intuitu personae *des concessions, qui signifie que l'appréciation par le concédant des qualités propres du concessionnaire potentiel, au vu de ses références dans la matière, constitue un des critères fondamentaux d'attribution »*[180]. Toutefois, cette doctrine n'a pas résisté au droit européen et aux dispositions législatives promulguées pour empêcher les abus, en particulier la loi Sapin du 28 janvier 1993[181] déjà citée, toute orientée vers le combat contre la corruption résultant de la libéralisation de la gestion territoriale. Le code des ports maritimes français (article 105) soumet l'attribution des concessions « à une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire ». La mise en concurrence assure l'égalité entre candidats. La règle est applicable même en cas de renouvellement de concession. Toutefois, en application de la loi 2006-10 du 5 janvier 2006, une concession portuaire peut être transférée directement à une société dite société portuaire, à capitaux publics d'origine, pouvant être ouverte à des capitaux privés, sans appel à la concurrence, ce qui a été critiqué et peut-être contraire au droit européen[182]. La mise en concurrence assure l'égalité entre candidats. La règle est applicable même en cas de renouvellement de concession. Lors du vote de la loi, un amendement a voulu écarter expressément son application aux établissements publics. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition[183]. Le même Conseil a affirmé[184] la mise en concurrence comme principe d'égalité d'accès à l'octroi de délégation de service public. Il a estimé que les obligations de mise en concurrence et de transparence appartenaient *« aux principes fondamentaux de la commande publique »*[185]. Le Conseil d'État juge dans le même sens, attentif à ce que l'égalité règne entre les candidats à tous les stades de la procédure, règle rappelée par les deux arrêts d'Assemblée *Tête* par lesquels il a annulé en 1998 deux octrois de concessions autoroutières qui n'avaient pas été mis à la concur-

[180] X. Bezançon, « Le contrat de concession » *in* J.-Y. Perrot et G. Chatelus (dir.) *Financement des infrastructures et des services collectifs,* PPC, Paris, 2000, p. 45 (bibliographie limitée aux œuvres de l'auteur).

[181] Code des collectivités territoriales, art. 1411-1.

[182] F. Vantoree *et al., Les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire*, D.M.F. 672, juillet/août, pp. 637-644.

[183] Décision N° 92-316 DC du 20 janvier 1993.

[184] 20.1.1993, N° 92-316, R.F.D.A. 1993, p. 902.

[185] Décision 2003-73 du 26.6.2003. A.J.D.A. 2003, p. 1391 et Note L.E. Schoettlry p. 1404, Note E. Fatome.

rence[186]. Autrefois attribuées aux chambres de commerce par entente directe, les concessions des ports autres que les grands ports maritimes font désormais l'objet d'appels à la concurrence qui placent les compagnies consulaires en concurrence avec les entreprises privées candidates. Il en résulte désormais des associations entre chambres et entreprises pour l'attribution de la concession. L'obligation d'appel à la concurrence a été rappelée, s'agissant d'une concession portuaire à une entité privée, par l'arrêt du 23 juin 2005 *Yacht Club international de Saint Laurent du Var* cité plus haut. Toutefois, après mise en concurrence *« les offres présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire »*. En d'autres termes, la personne publique jouit d'un pouvoir considérable d'appréciation. Le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été déposée ou n'est acceptée par la collectivité publique demanderesse (Art. 45 de la loi N° 92-116).

149. Suite. Pays francophones.

Au Maroc, l'Article 5 de la loi 54-05 du 14 février 2006 dispose que l'appel à la concurrence est obligatoire *« en vue d'assurer l'égalité des candidats, l'objectivité des critères de sélection, la transparence des opérations et l'impartialité des décisions »*. Toutefois, la négociation directe est autorisée dans des cas énumérés restrictivement par la loi et sous le contrôle des autorités de tutelle du concédant. Ces cas ont peu de chance de s'appliquer aux concessions portuaires classiques. L'Article 9 de la loi tunisienne N° 2008-23 sur les concessions dispose que l'appel à la concurrence pour le choix du concessionnaire est obligatoire. Quatre exceptions sont prévues : l'appel à la concurrence a été infructueux, raisons de défense nationale, l'exploitation de brevets impose le recours à une entreprise déterminée, et la continuité du service public l'exige. Au Sénégal, l'Article 8 de la loi du 13 février 2004 sur les CET affirme avec force la nécessité de la concurrence et de la transparence. En cas de manquement aux règles applicables, toute personne lésée peut demander indemnisation. En Guinée, la loi de 2008 écarte l'application du droit des marchés publics et permet donc l'octroi de BOT par entente directe. En Iran, la Loi de 2005 sur les marchés publics impose l'appel à la concurrence pour tous les contrats de BOT supérieurs à un million de dollars. En outre, le droit iranien impose au soumissionnaire différentes obligations de préférence nationale : préférence donnée aux soumissionnaires nationaux sauf justification du contraire, et utilisation maximale des ressources locales en matière d'ingénierie.

[186] C.E. Ass. 6.2.1998, M. Tete, A.J.D.A. 1998, p. 458, Commentaire P. Reynaud et F. Fombeur ; R.F.D.A. 1998, 407, conclusions H. Savoie. Idem 20.2.1998, Commune de Vaicresson, R.F.D.A. 1998, p. 42, conclusions C. Bergeal.

d. Offres spontanées

150. Problématique.

L'offre spontanée est fréquente et compréhensible, compte tenu du développement du commerce maritime et de la règle de liberté du commerce et de l'industrie. Elle se heurte à deux obstacles. La concession étant un contrat administratif, dans le but de faire fonctionner un service public, l'appel à la concurrence est la règle. Par ailleurs, l'entente directe est suspecte, car soupçonnée d'arbitraire et de risque de corruption.

151. Mesures de sauvegarde.

Le Guide législatif de la CNUDCI qui admet le recours à l'entente directe, précise toutefois que *« liberté de négociation ne signifie pas choix arbitraire et les lois des pays qui l'admettent prévoient des procédures assurant la transparence et l'équité du processus de choix du concédant »*[187]. Pour garantir cette objectivité et cette transparence, il recommande (i) l'approbation de la concession au niveau le plus élevé possible de la hiérarchie administrative ou gouvernementale ; (ii) la négociation simultanée avec plusieurs candidats ; (iii) le choix préalable de critères clairs et objectifs de sélection du concessionnaire. La loi marocaine accepte l'offre spontanée. Elle astreint l'administration à la prendre sérieusement en considération et à en évaluer la faisabilité technique, économique et financière. Cette offre peut ensuite être mise en concurrence. En Tunisie, la loi de 2008 dispose que l'offre spontanée doit être accompagnée d'une étude de faisabilité multidisciplinaire. Le concédant éventuel est tenu d'examiner l'offre proposée et d'informer le dépositaire de l'offre de ses conclusions et décisions. Il peut ensuite, comme au Maroc, soumettre l'offre à l'épreuve de la concurrence. Au Sénégal, la loi de 2004 dispose qu'aucune offre spontanée n'est recevable si un appel à la concurrence a été lancé pour la réalisation du projet. Si l'offre est recevable, le concédant lance un appel à la concurrence sur la base du projet proposé et des études menées par le candidat. Celles-ci sont communiquées aux compétiteurs et le candidat est rémunéré de ce fait par le concédant, sur la base d'une expertise indépendante.

152. Négociation des offres spontanées.

Ces offres incitent à la prudence ; elles permettent difficilement au concédant de comparer les conditions financières, techniques ou d'exploitation proposées par l'entreprise candidate à celles que proposeraient des concurrents. La Banque mondiale accepte les offres spontanées et leur négociation mais impose, comme condition de

[187] Guide, Chapitre III, paragraphe 86.

ses financements, que les marchés de fournitures et de travaux passés pour leur mise en œuvre fassent l'objet d'appels à la concurrence. Le candidat proposant l'offre spontanée n'est pas admis à soumissionner pour l'attribution de ces contrats. La Banque considère qu'il y a risque de conflit d'intérêts.

C - ATTRIBUTION DE LA CONCESSION

153. Sommaire.[188]

Cette section examine (a) le dossier d'appel à la concurrence, (b) les critères de sélection des concessionnaires et (c) la négociation en vue de l'attribution du contrat.

a. Dossier d'appel à la concurrence

154. Contenu minimum des documents d'appel à la concurrence.

Les documents d'appel à la concurrence doivent au minimum préciser :

- le lieu, l'objet et la durée de la concession ;
- le prix que devra payer le concessionnaire (redevance fixe ou proportionnelle, clause d'ajustement) ;
- les cautions et garanties ;
- le montant du capital que le concessionnaire devra investir ;
- les modalités de la tutelle du concédant ou/et de l'institution de régulation ;
- les performances techniques et d'exploitation demandées au concessionnaire ;
- les équipements minima que le concessionnaire devra mettre en œuvre ;
- éventuellement les dispositions que devra prendre le concessionnaire en matière de formation du personnel ;
- les règles d'ajustement des tarifs, redevances et autres paiements, en cas d'inflation, et autres causes d'accroissement des coûts ;
- les conditions de suspension, de retrait ou de déchéance de la concession ; et
- les servitudes d'environnement.

En résumé, *« un objectif essentiel de la rédaction des contrats est de s'assurer qu'ils soient aussi clairs et aussi complets que possible de façon à réduire les chances d'une renégociation »*[189]. Mais, en même temps, il faut prendre garde de ne pas enfermer le

[188] Cf. C. Boiteau, *op. cit.,* note 1. pp. 79 et s.

[189] M. Klein, *Bidding for concessions - How contract design affects competition and contract sustainability*, Private Sector, Banque mondiale,1998, pp. 21-24 ; M. Armstrong, S. Cowan et S. Vickers, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1994.

concessionnaire dans des spécifications techniques trop précises. Le résultat compte davantage que les moyens à employer pour les atteindre. On a connu le cas d'un concessionnaire qui, ayant utilisé une méthode plus rationnelle et plus économique que celle stipulée au contrat s'est vu accusé de ne pas avoir respecté les conditions de celui-ci. La procédure peut être celle décrite ci-dessous : Dans ces deux phases, les candidats insistent pour obtenir le maximum d'informations.

b. Les critères de sélection des concessionnaires

155. Phases et conditions de pré-qualification.

Les critères de pré-qualification doivent être objectifs et fondés sur la capacité à satisfaire les conditions du cahier des charges : capacité financière, humaine et matérielle, expérience acquise, capacité d'assimilation à l'économie, à la culture, aux institutions et aux conditions locales. Des spécifications précises peuvent être à la fois des conditions d'admission de l'offre et des critères de sélection du concessionnaire. Ainsi à Barcelone en 2007, pour la concession d'outillage du terminal du Môle Prat, les critères étaient les suivants : (i) ratio de capital et réserves supérieur à 20 pourcent et supérieur à 30 pourcent des immobilisations pendant toute la durée de la concession ; (ii) la concession doit être le seul objet de l'activité du concessionnaire, qui ne peut donc, par exemple, être également transporteur ; (iii) le concessionnaire doit être en mesure d'attirer du trafic utilisant actuellement les ports du nord de l'Europe ; et (iv) le siège de la société du concessionnaire doit être suffisamment proche pour permettre une rapide prise de décision. En outre, la conformité aux règles de concurrence a été ajoutée aux autres conditions[190]. Cette dernière disposition, caractéristique de l'incorporation du droit communautaire au droit interne, applique la règle formulée dans la loi espagnole 48/2003 du 26 novembre 2004, sur les finances et la gestion des ports d'intérêt national. Elle leur impose de faire en sorte que les opérateurs portuaires *« soient placés de façon à promouvoir la concurrence »*. Un concessionnaire exploitant un terminal dans un port belge ne peut soumissionner pour un autre terminal que s'il prouve que son premier terminal travaille à un taux de capacité fixé par le concédant dans le même port. Le concédant attache une grande importance à l'autonomie, voire à l'indépendance de la concession vis-à-vis des intérêts du groupe multinational auquel peut appartenir la société concessionnaire. Il exige éventuellement sur ce point des engagements dès le stade de la pré-qualification. Ces engagements seront confirmés en termes de volumes de trafic dans la convention de concession. La phase de pré-qualification est une phase d'information réciproque. Le concédant doit répondre à toutes les demandes d'éclaircissements formulées par les candidats.

[190] *Bid specifications for the concession of Mielle Prat Wharf Commercial area in the Port of Barcelona.*

Ceux-ci sont informés de l'acceptation ou du refus de leur demande. Les motifs du refus sont communiqués sur leur demande aux intéressés. Les candidats retenus reçoivent un dossier d'appel d'offres provisoires, et disposent d'un certain délai pour l'examiner. Ils peuvent proposer des modifications au contenu de ce dossier et, en cas de difficultés, proposer la solution qu'ils préconisent. Des réunions publiques peuvent prendre place avec le concédant. Un cahier des charges et des documents définitifs d'appel d'offres sont établis, les critères de choix de l'attributaire sont formulés ; et l'appel à la concurrence se déroule sur la base des documents définitifs. Une procédure simplifiée consiste à envoyer les projets de cahiers des charges à un certain nombre de candidats pré-qualifiés et de solliciter leurs commentaires. Une fois les commentaires réunis et exploités, les cahiers des charges sont mis au point et l'appel d'offres est lancé. Le principe d'égalité est strictement appliqué : si de nouveaux délais de présentation d'offres sont consentis, ils doivent l'être à tous les candidats retenus[191].

156. Spécifications.

Les spécifications techniques peuvent être très contraignantes ou laisser au soumissionnaire une marge d'interprétation. Le candidat doit pouvoir proposer, outre sa soumission conforme au cahier des charges, sa propre solution, basée sur ses connaissances et sur son expérience en la matière. La Fédération des entrepreneurs internationaux européens a émis des recommandations dans ce sens. Pour la Fédération, les candidats doivent pouvoir visiter le périmètre et les ouvrages de la concession existante. Le concessionnaire sortant doit leur en laisser le libre accès (Bastia, Art. 46).

157. Soumission.

Les offres sont normalement soumises sous enveloppes, ouvertes successivement. Une première contient les informations et justifications d'ordre général permettant de confirmer l'aptitude du candidat à concourir. La seconde et la troisième contiennent les offres techniques et opérationnelles d'une part, et financière de l'autre. Le candidat peut être appelé à préciser son offre. Dans un port de N., en 2006, le candidat pouvait ainsi détailler son offre financière devant le jury, après qu'un délai compris entre 10 et 15 jours lui eut été accordé pour préparer son dossier. Une caution de soumission est en général exigée. Cette exigence est source d'abus : montant excessifs[192], retards à libérer la caution, voire refus de libérer, etc. Les cautions sont un moyen commode pour les concédants de se procurer une trésorerie sur laquelle ils ne paient aucun intérêt. Elles sont source de corruption.

[191] C.E. 15.6.2001, Syndicat intercommunal d'adduction d'eau de Saint-Martin-de-Ré, A.J.D.A. 2001, p. 1000, Note J.-P. Markus.

[192] En 2003, un port européen exigeait une caution de 5 millions d'euros pour soumissionner l'obtention d'un simple affermage de terminal.

158. Ouverture des plis.

L'ouverture des plis est publique. En principe, l'attribution du contrat se fait en deux phases ou étapes, comme celle du reste de nombreux marchés publics. La première est l'évaluation de l'offre technique ou d'exploitation du candidat. Elle vérifie que l'offre est conforme au cahier des charges. Elle peut donner lieu à une demande d'éclaircissements qui, à son tour, entraîne d'autres demandes similaires à d'autres concurrents pour permettre une comparaison valide entre les différentes offres. L'offre financière fondée sur les critères imposés dans le cas de recours aux critères multiples est examinée ensuite. La procédure en deux étapes est davantage adaptée aux choix par critères financiers qu'au choix par critères multiples. La procédure décrite ci-dessus se rapproche de celle du projet-concours en matière de marchés de travaux. Elle offre l'avantage que les candidats peuvent proposer des solutions originales et faire ainsi évoluer les institutions, de même que les projets-concours font évoluer les techniques de travaux publics. Mais la procédure est coûteuse pour les soumissionnaires[193] ; elle en décourage un grand nombre, réduisant ainsi le nombre d'offres et favorisant des ententes préalables par lesquelles les candidats concessionnaires se partagent un marché donné. Dans certains pays, il y a partage des coûts des soumissions entre candidats ; ailleurs, les coûts de la soumission sont récupérés sur les usagers par le candidat dont l'offre a été acceptée.

159. Offre technique et offre financière.

Pour la Directive de la CNUCED (N° 68), la qualité de l'offre technique doit primer sur l'offre financière, car le premier objectif de la privatisation, selon ces Directives, est d'améliorer la productivité de l'exploitation portuaire. Cette approche trop étroite ne couvre pas tous les aspects de la concession qui, il est vrai, n'est pas au centre des Directives.

160. Procédures nationales.

Au Brésil, le Chapitre V de la Loi 8987/95 précise que, en ce qui concerne les ports *« toutes les concessions font l'objet d'un appel public à la concurrence dans des conditions fixées par la loi, conformes à l'éthique, dans l'égalité de traitement des soumissionnaires, et sont accordées après une évaluation objective »*. Les contrats de concession sont accordés soit au candidat qui offre de pratiquer les tarifs les plus bas, soit à celui qui propose la redevance la plus élevée. On trouve les mêmes dispositions en Uruguay, les critères d'attribution du marché de concession étant le montant de la redevance versée au concédant, le tarif applicable aux usagers, et le volume minimum de trafic sur lequel s'engage le candidat concessionnaire. Au Mexique, la Loi

[193] Cf. M. Klein, J. So et B. Shin, *Transaction Costs in Private Infrastructure Projects*, Public Policy for the Private Sector, World Bank, Washington D.C. 9.1996.

sur les ports de 1993 (Art. 23 et s.) prévoit dans tous les cas (concession de terminal ou de la totalité de la gestion d'un port) un appel à la concurrence. Au Chili, la loi de concessions de terminaux portuaires dispose que la même société ne peut contrôler tous les terminaux d'un même port. Aux Philippines, le contrat est attribué au moins-disant. L'appel à la concurrence est obligatoire au Venezuela. En Colombie, il n'y a pas à proprement parler d'appel d'offres, mais une initiative du candidat concessionnaire. Sa proposition est rendue publique et, dans un délai de deux mois, d'autres candidats ont le droit de déposer leurs charges de la concession, pendant lequel elle procède à diverses consultations obligatoires ; après quoi les offres sont évaluées et la concession attribuée (Loi sur les ports de 1991, Art. 9 à 16). En Inde, les directives publiées par le gouvernement en 1996 à l'intention des établissements publics portuaires *(port trusts)*, et en vue de la participation du secteur privé, leur imposent le recours à l'appel d'offres avec offres doubles, techniques et financières ; seules sont examinées les offres financières des candidats ayant satisfait les conditions techniques. À Rosario, pour une concession de terminaux à marchandises diverses, les soumissionnaires présentent trois enveloppes, l'une établissant leurs qualifications, la seconde contenant leur offre technique et la troisième leur offre économique, du reste multicritères. Les qualifications sont techniques, d'expérience professionnelle et financière. Certaines procédures nationales peuvent être la source de difficultés considérables. L'attribution des concessions du port de Buenos Aires en République argentine en 1994 en offre un exemple. Les candidats concessionnaires devaient apporter la preuve qu'ils disposaient des ressources financières suffisantes fixées à des sommes atteignant 15 millions de dollars par terminal. La totalité des effectifs de travailleurs portuaires en surnombre devait être prise en charge par le concessionnaire. Les indemnités à payer au personnel licencié étaient fixées proportionnellement au montant des soumissions proposées par le soumissionnaire. En d'autres termes, plus le soumissionnaire était disposé à payer pour obtenir le contrat, plus important était le nombre de travailleurs qu'il devait indemniser. Les soumissionnaires devaient garantir un volume de trafic minimum. Les redevances qu'ils devaient payer étaient calculées sur la base du trafic, que les objectifs fixés par le contrat fussent atteints ou non. Les contrats portant sur les différents terminaux firent l'objet d'une attribution provisoire. Une longue attente des attributions définitives devait suivre. Pendant cette période, qui dura plusieurs mois, les cautions de soumission furent bloquées, cependant que des cautions substantielles de performances devaient être déposées avant la levée des cautions de soumission. À ce stade, vint l'opposition des sociétés locales de manutention à l'attribution de contrats à des sociétés étrangères. À Callao au Pérou en 2009, le seul critère d'attribution de la convention de concession était le volume des investissements que le concessionnaire était disposé à mettre en place pour faire face au traffic et pour le stimuler durant les premières années de la concession.

c. Négociations en vue de l'attribution

161. Problématique.

Il faut se faire de grandes illusions pour croire qu'un concédant va s'engager avec un concessionnaire pour vingt ans sans négociations de son offre. Cette large liberté de négociation a été critiquée car elle implique que le concédant peut écarter des négociations qui bon lui semble, y compris des candidats parfaitement qualifiés. Elle peut engendrer des fraudes, car le concédant, tout en procédant à un appel à la concurrence conformément aux règles, et à une pré-qualification, peut avoir décidé à l'avance avec quel candidat il négociera finalement au stade de l'attribution du contrat. En France, on considère que « *la procédure de négociation des offres exprime clairement la volonté du législateur de maintenir, au profit des délégations de service public, le principe de l'*intuitu personae *conjuguée aux règles de transparence et de publicité*[194]». Le Conseil d'État exerce un contrôle. Il a jugé, dans l'arrêt *Compagnie générale des eaux* du 9 août 2006, que, à l'occasion d'une réouverture de négociations après rupture, tous les candidats devaient pouvoir ajuster leurs offres[195]. Le juge administratif est strict sur l'égalité d'information des candidats pendant la négociation. Celle-ci peut ne s'engager qu'avec les seules offres que le concédant a décidé d'examiner.

162. Institutions internationales.

La Banque mondiale considère normale la négociation, qui peut même amener à modifier le projet. De son côté, la CNUDCI récuse toute négociation entre soumissionnaire et adjudicataire. Elle préconise une attribution automatique du contrat, en principe sur une base financière. Mais, il y a confusion. Car une telle règle est tirée de celles applicables aux marchés de travaux, évidemment différents des conventions de concessions. La CNUCED, dans son guide de privatisation des ports, récuse également toute négociation, ce qui paraît peu réaliste. À la Banque mondiale, un document de travail de 1999 admet que « *suivant les circonstances, le concédant peut trouver commode de négocier en parallèle avec, par exemple, les deux soumissionnaires les mieux placés. Cela offre un avantage. Le concédant peut exercer une pression sur les candidats jusqu'à ce que l'accord définitif ait été élaboré ; en outre, cela prépare le second soumissionnaire à prendre la suite rapidement si l'accord ne peut se faire avec le mieux disant* »[196]. Cette qualification semble singulièrement réduire la portée du processus d'appel à la concurrence ; elle peut prêter à des manœuvres ; mais il est notoire qu'elle est d'usage courant. La Commission européenne admet depuis

[194] C. Boiteau, *op. cit.,* note 1, p. 123.

[195] C.E. 9.8.2006, *Compagnie générale des eaux*, A.J.D.A. 2006, p. 2064, Note B. Morel.

[196] *Bidding for Private Concessions*, RMC Discussion Paper Series 120, 1998, p. 20.

1998 le dialogue compétitif pendant le déroulement de l'évaluation des offres, permettant aux soumissionnaires de proposer des solutions techniques mieux adaptées que celles décrites dans les documents d'appel à la concurrence, ce qui confirme la similarité avec le projet-concours, relevé plus haut. Mais ce dialogue peut prendre place au stade antérieur, lors de la mise au point des documents définitifs d'appel à la concurrence.

163. Modification des offres.

Acceptant la négociation, le droit français est également souple en ce qui concerne les modifications aux offres. Au cours des négociations qui peuvent prendre place, et particulièrement si plusieurs offres sont proches les unes des autres, les candidats peuvent présenter des variantes, par exemple sur les prix ou tarifs proposés. Suivant leur importance, elles seront considérées comme de nouvelles offres ou de simples aménagements de l'offre existante[197]. Il n'y a pas de limite précise et le Conseil d'État a même admis que l'objet du contrat pouvait être modifié, dans l'arrêt du 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour*[198]. Mais une offre ne peut être modifiée que s'il y a égalité entre candidats, la transparence exigeant que tous soient informés. En outre, les modifications doivent être justifiées, c'est-à-dire fondées sur des éléments objectifs. Mais le processus de modification des offres ne doit pas entraîner, comme du reste tout le processus d'évaluation, de fuites permettant à une soumissionnaire d'obtenir des informations confidentielles sur les offres d'un concurrent. Les représentants des entreprises insistent sur ce point.

164. Grande-Bretagne. Régime de la Private Finance Initiative.

La négociation est la règle pour l'attribution des contrats de concession. « *Après l'évaluation, la négociation débute formellement sur la base d'un dossier comportant les spécifications techniques, les termes commerciaux, les critères d'évaluation… »*[199], le concédant évalue ensuite les offres financières. La négociation est recommandée afin que les détails de conception, de réalisation et d'exécution du projet, aussi bien que de prestation des services, soient réglés au mieux des intérêts du concédant et que des solutions innovatrices soient adoptées.

[197] M. Richer, *Quelle latitude dans la négociation du prix ? Contrats publics*, Paris, 1.2005, P. Zagoli, *Délégation de service public et exigence de sincérité*, A.J.D.A. 2006, p. 1150.

[198] R.F.D.A. 2000, p. 1031, conclusions C. Bergeal.

[199] P. Blanchard, *op. cit.*

d. Contestation de l'attribution du contrat

165. Droit de contester la décision d'octroi de la concession.

Le concédant se réserve toujours le droit de rejeter toutes les candidatures et le précise dans les documents d'appel à la concurrence. Mais l'interdiction faite par un organisme portuaire, au candidat évincé de contester *« de quelque façon que ce soit »* la décision d'attribution de la concession est sans valeur juridique lorsqu'existe un système de contentieux judiciaire. Sauf disposition contraire (et qui n'en est pas moins blâmable) une personne morale ne peut décider si elle peut être citée en justice ou non et imposer cette décision par la voie des conditions d'un contrat. On a donné la personnalité juridique aux organismes portuaires pour qu'ils puissent être cités en justice. Il appartient au juge, non au justiciable, de fixer les limites de sa compétence. Un cahier des charges ne peut donc priver les administrés d'un droit aussi fondamental que le droit au procès équitable. S'agissant de l'État concédant, la situation est moins nette, puisque nombre d'États, dans les pays de *common law* en particulier, sont encore attachés à des principes périmés d'immunité étatique. C'est ainsi par exemple, que le litige sur l'attribution du contrat est éventuellement tranché en dernier ressort par une décision ministérielle qui échappe à tout contrôle judiciaire, porte ouverte à tous les abus.

166. Application.

Le droit français reconnaît au candidat évincé le droit de contester l'attribution d'une concession, dont le juge doit apprécier la régularité. Le Conseil d'État l'a jugé dans *Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers* du 17 décembre 1986[200]. Une sélection discriminatoire est également prohibée, comme l'a rappelé l'arrêt d'assemblée *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion du* 16 avril 1986, déjà mentionné. Dans l'arrêt *Société Eiffage* du 1er février 2005[201] la cour administrative d'appel de Paris a jugé qu'un candidat à un important contrat, dont le financement avait été reconnu illégal, avait droit à une indemnité égale aux frais qu'il avait engagés inutilement pour participer à la consultation. Le droit international va dans le même sens. L'accord général sur les passations de marchés préparé par l'OMC après la signature de l'accord de Marrakech en 1993 prévoit un recours devant le juge, recours qui peut ne pas être suspensif si on craint que le contentieux retarde l'attribution du contrat, la sanction de l'irrégularité étant alors une indemnisation. Mais le juge administratif français, en référé, peut ordonner les mesures propres à empêcher l'exécution

[200] R.F.D.A. vol. II, 1987, p. 25.

[201] A.J.D.A. 25.4.2005, p. 884.

d'une mise en concession contestée[202]. En Espagne, pays de droit administratif, les documents d'appel à la concurrence pour concession émis par le Port de Barcelone reconnaissent explicitement le droit de contester l'attribution de la concession auprès de l'administration d'abord, en justice ensuite. Au Sénégal, la Loi de 2004 sur les CET dispose que le litige sur l'attribution du contrat, qui peut être réglé à l'amiable, par arbitrage ou par soumission à un juge, ne peut donner lieu qu'à indemnisation financière. En d'autres termes, l'attribution du contrat n'est pas remise en question.

D - CRITÈRES DE CHOIX DU CONCESSIONNAIRE

167. Critères de sélection.

Les critères peuvent être uniquement financiers ou être multiples. Le choix définitifs du concessionnaire se fait : par paiement de montants forfaitaires ; par les flux financiers actualisés ; par les tarifs applicables aux clients de la concession ; ou par des critères multiples. Les critères financiers offrent l'avantage de la simplicité et de l'objectivité. Ils ne se prêtent pas à la manipulation. D'une façon générale, les candidats et entreprises réclament *« une définition précise de tous les critères pour faciliter la préparation d'offres cohérentes permettant une comparaison équitable »*[203]. Par ailleurs, il peut y avoir un droit d'entrée ou de licence, test de la valeur attachée au contrat par le candidat concessionnaire. Ce droit d'entrée et sa justification sont examinés dans le Chapitre VIII du présent ouvrage. Les trois principales approches du critère de sélection sont examinées dans ce qui suit. Une fois choisis, les critères ne peuvent être modifiés au cours de la procédure d'appel à la concurrence. La sécurité juridique impose leur stabilité. En France, le Conseil d'État l'a rappelé dans un arrêt *Commune de Salon* du 20 octobre 2006[204].

a. Approche par les flux financiers

168. Paiement d'un forfait.

Le paiement de montants forfaitaires, c'est-à-dire d'un droit d'entrée et de cela seulement, est la solution la plus simple. Le paiement exigé est parfois constitué de plusieurs paiements : droit d'entrée, loyer de terrains, loyer des outillages, etc. chacun étant affecté d'un coefficient notifié au préalable au soumissionnaire. La Banque mon-

[202] Loi cf. V. Haim, *De l'usage du référé dans le cas d'irrégularités lors de la passation d'un marché public*. Application de la loi 92-10 du 14 janvier 1992, de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 et du décret 2009-1456 du 27 novembre 2009. A.J.D.A. 3/5/2010 p. 871.

[203] *Op.cit.*

[204] A.J.D.A. 12.2.1997, p. 322.

diale recommande des critères de choix aussi simples que possible. Une importante concession a été attribuée sur la base du seul montant de la redevance au concédant. Mais un critère unique, chiffré ou non, peut être facile à manipuler.

169. Approche par les flux financiers actualisés.

Ce critère vise à maximiser les apports financiers, en investissements ou en espèces, au profit du concédant. Par exemple, en 1991, pour la concession du terminal à conteneurs du port de Jarwahaewal Nehru Port Trust près de Mumbai (Bombay) en Inde, dont les outillages, déjà en place, devaient être repris par le concessionnaire, le critère de choix était la valeur actuelle du montant de cette reprise dans le *cash flow* du concédant, sur toute la durée de la concession. Les Directives de la CNUCED proposent une évaluation objective et des critères semblables à ceux en usage pour les marchés de travaux. La valeur actuelle du flux des droits d'entrée, redevances, valeur des équipements, loyers, etc. constitue le critère de choix. Ce même critère est retenu par la recommandation 25 de la CNUDCI. Aux Philippines, l'article 4A de la Loi BOT de 1994 astreint à choisir le soumissionnaire le moins disant ou financièrement le plus avantageux. Plus élaborée est l'approche du Professeur J. Bouinot[205]. Celui-ci retient trois critères : durée du contrat, volume des investissements à réaliser (donc risque financier du concessionnaire) et niveau de tarif proposé. Il a surtout fait remarquer qu'*« il est au moins un domaine dans lequel la comparaison peut être préservée, celle du coût global de chaque offre »*. L'auteur a donc proposé de comparer les offres en fonction de la valeur actualisée des flux financiers prévisionnels propres à chacune d'elles. On peut, en matière portuaire, identifier cinq catégories de flux prévisibles : 1) flux liés aux investissements du concessionnaire ; 2) flux correspondants aux recettes versées par les usagers ; 3) flux de redevances périodiques du concessionnaire au concédant ; 4) flux de charges courantes d'exploitation ; et 5) flux de charges apériodiques. Les flux imprévisibles sont *a priori* écartés, mais on peut les introduire dans le calcul si on convient d'avance de leur volume. Ce seront, par exemple, des sommes forfaitaires pour pénalités de retard, que le soumissionnaire devra proposer, ou les sommes à mettre en réserve. L'actualisation se fera sur la base de la première année de mise en service. Le résultat actualisé d'une offre se présentera sous la forme :

$$\mathrm{RAO_i} = \Sigma \ \underline{\mathrm{It}}$$

$$RAO_i = \sum^{It}_{(1+a)t} - \sum^{It}_{(1+a)t} \pm \sum^{It}_{(1+a)t}$$

[205] J. Bouinot, *Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat en cours de contrat et lors de son renouvellement*, R.F.D.A., Vol. XII Supplément au N° 3 de 1997, p. 41-56 (bibliographie).

dans laquelle :

RAO est le résultat actualisé d'une offre ;

… désigne l'offre du candidat concessionnaire ;

… désigne les investissements du candidat pendant l'exercice ;

… désigne les recettes tarifaires prévues de l'exercice ;

… désigne, pour l'exercice t le solde, positif ou négatif, de tous les autres postes de dépenses ; et

… est le taux d'actualisation.

170. Suite.

Les deux derniers termes s'entendent sur toute la durée de la concession entre t = 1 et t = n. Sous diverses formes, l'approche par les flux est répandue. En Inde, la concession est attribuée au candidat dont la valeur actualisée nette des apports financiers est la plus élevée. Mais on relève, au moins dans un document de concession, la mention suivant laquelle *« le candidat présentant l'offre financièrement la plus avantageuse ne sera pas automatiquement sélectionné, car les offres financières seront évaluées en fonction de la probabilité que les résultats financiers sur lesquelles elles reposent seront effectivement obtenus ; le candidat dont l'offre financière sera à la fois la plus avantageuse et la plus probable sera déclaré attributaire de la concession »*. Reste à trouver une formule objective permettant d'évaluer cette probabilité.

b. Approche par les tarifs

171. Principe.

L'approche par les tarifs vise à réduire autant que faire se peut la redevance payée par les usagers au concessionnaire. Les candidats concessionnaires doivent proposer un tarif aussi bas que possible. Le cahier des charges fixe cependant un plancher afin d'éviter des propositions trop basses suivies, une fois le contrat obtenu, d'une demande de relèvement de tarifs. En 1999, le port de Montevideo a lancé un appel à la concurrence pour la concession d'un terminal à conteneurs (en fait dans un premier temps une location de terminal existant avec apport de matériels supplémentaires, devant être suivie d'une extension des ouvrages dans une seconde étape), le candidat proposant la redevance la plus faible par conteneur (avec un plafond de 80 dollars) devant être retenu. Au Chili dans les années 1990, les candidats soumissionnaires devaient proposer le tarif le plus bas, mais les autorités ont fixé un plancher afin de décourager les offres peu réalistes ou ayant pour but d'enlever la concession et d'ensuite négocier une augmentation du tarif. Un soumissionnaire offrant le tarif plancher devait en outre offrir un paiement de droit d'entrée destiné à départager les concurrents. Un certain nombre d'offres étaient au plancher et le droit d'entrée

a joué un rôle prédominant[206]. En Espagne, le candidat à la concession doit indiquer dans son offre, lors de l'appel d'offres, les bases de la tarification qu'il appliquera aux usagers ; ces tarifs sont approuvés par le concédant qui en surveille l'application. Les tarifs du concessionnaire doivent lui assurer une rémunération correcte, normalement basée sur le montant de son apport[207].

172. Aléas de l'approche par les tarifs.

L'approche par les tarifs peut créer des difficultés. La première est qu'elle doit être conciliée avec la nécessité pour le concessionnaire d'obtenir une rentabilité suffisante de ses investissements. La pression sur le concessionnaire pour qu'il consente de bas tarifs se traduit par des investissements et un entretien insuffisants, de faibles salaires du personnel local, etc. Ensuite, de ces tarifs faibles peuvent résulter une subvention au profit de navires et de trafics étrangers, là encore au détriment de l'économie locale. Ces tarifs peuvent attirer du trafic mais ce trafic coûte au lieu de rapporter, il ne présente donc pas d'intérêt. Enfin, on a fait observer justement que, lorsque l'appel à la concurrence impose l'adjudication au moins disant ou au candidat qui offre de payer la redevance la plus élevée, le risque existe qu'un candidat fasse une offre destinée uniquement à geler la concession à son profit, afin qu'elle ne concurrence pas une autre concession du même type qu'il exploite dans un autre port[208]. Le cas s'est produit aux Philippines en 1995-1996. Au Chili en 2000, le concédant devait arbitrer entre de bas tarifs, bénéficiant aux usagers et à l'économie, et des tarifs plus élevés accroissant le montant de la redevance que le ou les concessionnaires devaient lui verser. Les candidats se sont vus demander de proposer leur tarif maximum, le concédant fixant un plancher afin de décourager les offres peu réalistes dont le faible montant aurait pu entraîner une baisse de la qualité des services ou que le concessionnaire tenterait de renégocier après obtention de la concession. Les candidats devaient également indiquer le montant de la redevance qu'ils étaient disposés à payer. Le tarif était la moyenne pondérée de quatre composantes afin de permettre aux soumissionnaires d'adapter leur offre à la structure de leurs prix de revient. Le risque subsiste que le concessionnaire, ayant obtenu la concession en proposant des tarifs opportunément calculés, se rattrape sur des activités échappant au contrôle du concédant.

[206] J. Foxley, J. L. Mardones. *Port concessions in Chile*. The World Bank, Washington, octobre 2000.

[207] J.C. Bonbright, A.L. Danielsen, D.R. Kamerschen, *Principles of Utility Rates*, Public Utilities Reports, Arlington, Va, 1988.

[208] S. Nicinski, *L'offre anormale dans les délégalions de service public*, A.J.D.A., 9. 05. 2001, p. 879.

c. Approche multicritères

173. Présentation.

Les insuffisances de l'approche purement financière ont conduit à recommander une analyse multicritères, chaque critère étant affecté d'un coefficient de pondération reflétant les objectifs du concédant. Les critères seront les volumes de trafic garantis par le candidat, les performances de manutention, de stockage et de livraison, l'expérience antérieure du candidat, la politique de main-d'œuvre et de formation proposée, le plan d'entreprise *(business plan)*, etc. À Bombay, en Inde, pour l'attribution de la concession, la capacité du candidat à réaliser des investissements supplémentaires dans le terminal déjà équipé et sa capacité à mobiliser des ressources supplémentaires constituait un facteur déterminant de choix du futur concessionnaire. L'octroi d'une concession peut donc reposer sur des critères qualitatifs, voire politiques, au sens large du mot, difficiles à quantifier. Or, plus on s'éloigne de la quantification, plus le résultat devient aléatoire. Et les critères peuvent être contradictoires. Dans un pays à fort taux de chômage, on sera tenté d'attribuer un coefficient élevé au recours à la main-d'œuvre, ce qui peut affecter négativement la productivité, autre critère.

174. Suite. Négociation.

Une négociation peut être nécessaire. Mais le candidat compte peut-être sur la négociation pour améliorer une offre qu'il a délibérément placée assez basse pour l'emporter. Au Mexique, on désigne sous le nom de *coyotes* ce type de soumissionnaire. En outre, dans de nombreux cas, le candidat étant unique, le concédant n'a aucune base de comparaison et ne peut savoir ce qu'il aurait pu obtenir[209]. La procédure d'octroi se ramène à une négociation, article par article, du contrat, ce pourquoi de nombreux ports, dans les pays en développement en particulier, sont mal équipés – et les candidats concessionnaires, trop bien préparés. Mais il est clair que l'analyse multicritères se développe. En matière de marchés publics, le décret français 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme des marchés publics[210] énumère les critères utilisables, sans être tous obligatoires, pour identifier l'offre la plus avantageuse. Onze critères sont énumérés. Le critère social n'est pas mentionné. Il est donc officiellement écarté, mais d'autres critères que ceux énumérés peuvent *« dès lors qu'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution »*, être retenus. L'approche multicritères, par ailleurs, complique la tâche du juge de la régularité de l'octroi de la concession, la frontière étant alors mince et fragile entre évaluation de régularité et évaluation d'opportunité. Le projet de Directive (2001) de l'Union

[209] M. Klein, *Designing auctions for concessions - Guessing the right value to bid and the winner's curse*, Private Sector, World Bank, 3.1999, pp. 29-32.

[210] J.O.R.F. 8.3.2001 ; J.C.P. G .2001, III, 20455 ; La Semaine juridique, Paris, 25.4.2001, N° 17. Cf. M. Guibal, *Le nouveau Code des marchés publics*, A.J.D.A., 2001, pp. 360-366.

européenne sur les ports recommandait des critères de choix des opérateurs fondés sur la notion de service public. Mais il a été également proposé à la Commission européenne de prendre en compte les performances antérieures des candidats, aussi bien en matière d'exploitation que de gestion de leurs personnels, respect de l'environnement, et autres critères[211]. Par ailleurs, des critères essentiels seront la qualité du projet d'entreprise, par exemple, la conception des ouvrages et des outillages, le montage financier, les propositions en matière d'emploi et de formation, les demandes – ou exigences – en matière fiscale. Ces critères ne sont pas toujours aisés à chiffrer et peuvent nécessiter des négociations assez poussées. Le choix du concessionnaire ne peut se ramener à une simple opération arithmétique, comme certains documents de conseil semblent vouloir le faire croire[212]. Les objectifs internes rattachables à l'activité du concessionnaire entrent en conflit avec les externalités. Les premiers seront importants pour l'autorité portuaire concédante, les seconds retiendront l'attention des autorités de tutelle.

175. Admissibilité de l'approche multicritères.

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé[213] à propos de l'attribution d'un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, que d'autres critères pouvaient être retenus, à condition (i) qu'ils ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté de choix ; (ii) qu'ils soient liés à l'objet du marché ; et (iii) que les critères respectent les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment celui de non-discrimination. La recommandation 22 de la CNUDCI propose des critères très généraux tels que les qualités techniques de la proposition, sa capacité de mise en œuvre, la qualité des services proposés et la capacité à en assurer la continuité, et enfin, leur potentiel de développement économique et social. Ces principes s'appliquent à l'attribution des contrats de concessions. Certains critères sont plus importants que d'autres. Le tribunal administratif de Paris, dans un jugement *Société SQI Réalisations* du 10 décembre 2002[214] a jugé que la personne responsable du marché peut renoncer à l'un de ceux retenus, pourvu que cette renonciation, qui ne doit porter que sur un critère secondaire, ne remette pas en cause l'économie générale du marché. Ce jugement transposable à l'attribution d'un contrat de concession, confirme qu'il est important de pondérer exactement les critères employés, afin d'éviter les contestations si l'un d'eux est écarté ultérieurement.

[211] S. Farrell, *op. cit.*

[212] Ainsi du document de la CNUCED sur la privatisation des ports.

[213] A.J.D.A. 2003, p. 440, Note D. Blais.

[214] A.J.D.A. 2003, Note J.-P., Dreyfus.

176. Méthodologie.

Un exemple d'approche multicritères est donné par l'article 212 du Guide de la CNUCED. Il s'agit d'une concession portuaire où des points sont attribués à chaque critère ; le total atteint 1 000 points, soit le maximum qu'un concurrent peut obtenir :

- Profil et capacité financière du candidat, 150 points.
- Projections de trafic, 50 points.
- Projections financière, 50 points.
- Plan d'entreprise proposé, 250 points.
- Structure d'entreprise proposée, 100 points.
- Plan d'exploitation du terminal, 150 points.
- Capacité d'investissement dans des ouvrages et outillages supplémentaires, 150 points.
- Plan d'effectifs, processus de transfert de connaissances et formation du personnel local, 200 points.

Dans tous les cas, les critères doivent être définis et établis avec un soin particulier, en recherchant des critères objectifs, aussi aisément chiffrables que possible. Par ailleurs, l'approche multicritères ne doit pas être faussée par une pondération tendancieuse des différents critères[215]. La nature et la pondération des critères dépendront des objectifs assignés à la concession.

À Barcelone en 2005, l'offre financière comptait pour un maximum de 30 points, l'offre technique et d'exploitation pour 70 points, dont 10 pour la stratégie et 10 pour le plan d'affaires. Celui-ci devait indiquer comment le concessionnaire entendait développer le trafic du port, avec prévisions chiffrées à l'appui. Un maximum de 20 points sanctionnerait ces prévisions à cinq et quinze ans[216]. L'offre concernant l'exploitation pouvait obtenir 35 points. Elle portait sur la qualité du service, la productivité proposée, l'emploi du personnel et l'organisation générale du terminal, 5 points au maximum sanctionneraient l'offre technique, portant sur le plan et la conception des ouvrages. L'offre financière portait sur les différents paiements au concédant. Le candidat devait proposer un montant global au titre du droit d'entrée et du loyer du terrain, avec un plancher de 20 millions d'euros (20 points). S'y ajoutait une redevance par conteneur manutentionné, avec un plancher de 15 euros par conteneur. Si le concessionnaire devait renoncer à une concession déjà existante dans le port de Barcelone, sa valeur résiduelle était prise en compte, ce qui entraînait une modification des coefficients attribués à chaque type de redevance, le total étant toujours de 30.

[215] *Groupe de soutien et d'information des immigrés*, T.A. Paris, 20.10.2008, A.J.D.A. 2.2.2009. pp. 153-166.

[216] Vers 1970, le Conseil portuaire national britannique, organe d'études depuis dissous, consulté par le ministre des Transports, estimait qu'aucune prévision de trafic n'était valable au-delà de cinq ans, ce que l'expérience semble confirmer.

177. Exemples.

L'octroi de la concession pour le *Nord Natie Terminal* à Anvers en mai 1994 illustre la complexité du choix du concessionnaire dans un port maritime quand toutes les données sont prises en compte. Quatre candidats s'étaient présentés. Le Candidat 1 était inacceptable car à la tête d'une grande concession dans le port ; il risquait de se trouver en position dominante avec 71 pourcent de la capacité en marchandises conteneurisées et le monopole de la manutention à l'extérieur des écluses. Les candidats 2 et 3 avaient regroupé leurs offres. L'un des soumissionnaires était un transporteur. S'il était associé à la manutention, il risquait de mettre en cause le principe de libre accès du terminal à tous les transporteurs, ce qui pouvait provoquer des réactions négatives des transporteurs évincés ou craignant de l'être. Le Candidat 4 a été choisi parce qu'il avait très bien réussi comme opérateur d'un autre terminal, affichant le taux de développement du trafic le plus élevé au cours des années passées. Il avait également proposé la structure financière la plus forte. Cette société de manutention de taille moyenne était la plus susceptible de maintenir la concurrence au sein du port et donc de renforcer sa position dans son ensemble. Associé à la société nationale des chemins de fer belges dans un consortium, il développerait la logistique ferroviaire au profit du port tout entier[217]. Le concessionnaire n'a donc pas été choisi sur la seule base d'une offre financière, mais aussi au vu de sa capacité démontrée à exploiter le terminal de façon innovatrice, productive et économique[218]. À Hambourg, la municipalité responsable du port a choisi les opérateurs en fonction de critères tels que la complémentarité des activités nouvelles avec les activités existantes, la disponibilité du site au regard de l'activité, l'impact en termes d'emplois et de valeur ajoutée, l'importance des investissements publics nécessaires et les alternatives possibles[219]. L'approche est caractéristique de l'importance que donnent aux externalités les autorités administratives autres que strictement portuaires.

[217] Ports and Harbors, I.A.P.H. Tokyo, vol. 39, 6.1994, p. 22. Aussi J.M.M. Paris, 1994, pp. 655, 862 et 927.

[218] Une approche similaire est recommandée dans *The Restructuring of Public-sector Enterprises: The Case of Latin American and Caribbean Ports*, Commission économique des Nations Unies pour l'Amérique latine, Santiago du Chili 1992, p. 71.

[219] J. M.M., Paris, 5.11.1999, p. 2277.

V - Exécution du contrat de concession

178. Sommaire.

La concession repose, après sa mise en place, sur l'exécution, par le concédant et le concessionnaire, de leurs obligations respectives l'un vis-à-vis de l'autre et à l'égard des usagers. Les défauts d'exécution peuvent aboutir à des litiges et des règlements de contentieux. Ces différentes matières sont analysées dans ce qui suit.

A - MISE EN PLACE DE LA CONCESSION

179. Formalités.

La mise en place de la concession nécessite un certain nombre de formalités dont la liste varie en fonction des termes du contrat et de la législation locale. La liste ci-dessous est indicative :
Certification juridique et pouvoirs ;
Signature et enregistrement de la convention ;
Approbation par la tutelle ;
Constitution d'une ou des cautions ;
État matériel des lieux et inventaire ;
État juridique des lieux ;
Attestation d'assurance.

180. Mise à disposition du site – États des lieux.

Le concédant met le site de la concession à la disposition du concessionnaire, et un état des lieux est établi d'accord parties. À propos d'une concession d'outillage portuaire, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie de*

Brest en date du 8 février 1985 que « *à moins de stipulations contraires dans le contrat, … la remise des ouvrages au concessionnaire a pour effet d'affranchir le concédant de toute responsabilité à l'égard des tiers en raison des dommages imputables aux modalités d'exécution des ouvrages.* » Le Guide (*Toolkit Encadré 36*) de la Banque mondiale propose une clause dite d'état des lieux. La clause dégage la responsabilité des parties en ce qui concerne les ouvrages, tels les câbles ou conduites, ne leur appartenant pas. Elle stipule que le site est libre de toutes servitudes et que le concessionnaire accepte le site dans l'état où il se trouve, garantissant le libre accès à tout moment aux agents du concédant. Toutefois, le texte proposé contient des clauses d'irresponsabilité du concédant, difficilement acceptables, commentées dans le paragraphe ci-après (*Obligations du concédant*). La convention de concession du terminal de Pointe-Noire stipule que le concessionnaire *« déclare avoir une parfaite connaissance des terrains et ouvrages* » ce qui lui interdit toute remise en cause ultérieure de l'état et de la nature des sols devant recevoir ses installations. En fait, les choses ne sont pas toujours aussi simples. Dans une concession de terminal au sujet de laquelle le concessionnaire avait accepté le site, un affaissement des sols dû à un remblai récent interdit la mise en place d'un portique sur rail. La probabilité d'affaissement aurait dû être mentionnée par le concédant, responsable des infrastructures, avant la remise du site au concessionnaire. Dans une autre concession, des obstacles non identifiés au préalable ne permettaient pas un dragage adéquat au pied du mur du quai. Le concessionnaire ne pouvait faire accoster des navires de grande dimension. Les obstacles étaient constitués par les débris d'un mur de quai qui s'était effondré au cours de sa construction 30 ans auparavant. Là encore, le concédant, responsable des infrastructures, aurait dû informer au préalable le concessionnaire. Mais ses services, aux archives mal tenues, avaient perdu le souvenir de l'effondrement du quai et la succession trop rapide de dirigeants de l'organisme portuaire avait détruit la mémoire institutionnelle.

181. Plan d'entreprise ou stratégique.

Les cahiers des charges imposent désormais aux concessionnaires de dresser des plans d'entreprise ou stratégiques pour la durée de la concession, également désignée sous le nom de plan d'affaires. En France, le plan est dit stratégique (2001, Art. 9). Ce plan, essentiellement financier, est mis à jour au cours de la concession, comme de besoin. L'Art. 9 du cahier des charges d'une concession portuaire française de 2009 dispose que le concessionnaire dresse « *un plan définissant les principaux objectifs stratégiques et axes de développement de la concession ».* En cours de concession un nouveau plan peut être soumis si les conditions sur lesquelles le plan d'origine a été établi se sont modifiées de façon importante. Le programme d'investissements est divisé en programme ferme, complémentaire et conditionnel. Le programme ferme porte sur les cinq premières années de la concession. Le programme complémentaire est élaboré tous les cinq ans. « *Le concessionnaire est responsable du coût global*

du programme ferme. Un surcoût éventuel ne peut induire une réduction quelconque du programme complémentaire ». Le concessionnaire et le concédant arrêtent d'un commun accord les projets à inscrire au programme complémentaire pour les cinq années à venir. Au Cameroun (Douala, Art. 1), le plan d'entreprise de la concession du terminal à conteneurs est préparé et justifié par le concessionnaire, approuvé par le concédant, puis annexé au contrat de concession. Il est modifiable en fonction de l'évolution du trafic. Il inclut un plan de développement initial, un plan complémentaire, et éventuellement un plan conditionnel. Exécution technique et financière sont entièrement à la charge du concessionnaire. Tous les investissements doivent être conformes aux dispositions de la planification nationale. S'il y a désaccord sur les investissements à réaliser, le concédant met en demeure le concessionnaire. Celui-ci peut passer outre et réaliser les investissements qu'il juge adaptés. Mais le montant des dépenses engagées à cet effet ne doit pas être inférieur au montant inscrit dans le plan complémentaire. En Inde, le cahier des charges du contrat BOT portuaire détaille les obligations par catégorie d'activité : manutention, consignation des marchandises, emploi du personnel, etc.. Il renvoie à un plan d'entreprise (*business plan*) convenu d'accord parties et annexé au cahier des charges dont il fait partie. Ce plan ne peut être modifié que d'accord parties et doit être appliqué « dans les grandes lignes » (*broadly*). Le concessionnaire s'engage sur un certain volume de trafic à une date convenue. Enfin, le cahier des charges renvoie à la loi sur les grands ports autonomes de 1963 (*Major Port Trust Act, 1963*). En France, la convention de concession d'un port, accordée en 2009, stipule l'élaboration d'un Plan stratégique de développement durable « document unique et cohérent » en quatre parties : développement commercial, investissements et gros entretien, environnement et exploitation. À Bastia, (Art. 12) le plan « *définit les objectifs stratégiques, les principaux axes de développement de la concession …le programme prévisionnel des investissements ».* Le plan doit être établi dans le délai d'un an après l'octroi de la concession. En fait, la logique voudrait qu'il précédât cet octroi, et que sa qualité soit même l'un des critères de l'octroi de la concession. Il doit en effet contenir les prévisions de trafic et tarifaires. Le concédant doit approuver le plan et les programmes d'investissements en découlant. À Bastia, le concédant peut astreindre le concessionnaire à procéder à des investissements supplémentaires pour des motifs de sécurité et pour des motifs d'intérêt général, terme vague dont le contenu reste à définir.

182. Substitution.

Du concept suivant lequel la concession est plus une institution qu'un contrat découle le concept de continuité. Les concessionnaires passent, la concession demeure. En France (2001, Art. 9) le concessionnaire est substitué au concédant pour tous les engagements conclus par celui-ci, tels des loyers. Il assume toutes les obligations techniques, financières, administratives ou autres découlant de ses engagements. Il succède aux engagements de son prédécesseur. Si le concédant avait lui-même

été subrogé au concessionnaire précédent au terme de sa concession, le nouveau concessionnaire prend la suite et se substitue au concessionnaire sortant. Le concessionnaire, du seul fait de l'entrée en vigueur de la convention est immédiatement substitué au précédent exploitant dans l'exercice des droits et obligations de celui-ci vis-à-vis des tiers titulaires de contrats ou d'autorisations ayant pour objet l'exécution de la convention de concession. Cette disposition résulte de la nature de service public, de la mission du concessionnaire, qui ne souffre aucune interruption de continuité. La loi marocaine du 14 février 2006 dispose que les contrats de travail du personnel de la concession sont repris intégralement par le nouveau concessionnaire. Si des réajustements significatifs des effectifs sont prévus *« les niveaux et modalités de ces réajustements doivent figurer dans le contrat de gestion déléguée* ». Il en résulte en outre, que du fait du contrat, le concédant devient garant des droits des salariés intéressés.

183. Maîtrise d'ouvrage.

Le concessionnaire est maître d'ouvrage des investissements à sa charge. La convention de concession d'un port français, qui stipule clairement que les infrastructures sont à la charge du concédant et les superstructures à celle du concessionnaire, précise également que le concédant peut développer des infrastructures supplémentaires. Dans ce cas, il appartient au concessionnaire de financer et mettre en place les superstructures correspondantes. Car la concession porte sur l'ensemble de l'exploitation du port. Mais ni les sources de financement, ni le concédant ne sont indifférents à la mise en place des ouvrages et outillages par le concessionnaire. Les travaux sont en général considérés comme des travaux publics et par conséquent, exécutés conformément à la législation applicable dans ce domaine. La règle varie d'un cahier des charges à l'autre. Elle peut s'appliquer soit à la totalité des ouvrages et outillages soit aux seuls ouvrages. Les premières sont attentives à l'équilibre financier de la concession. Tout dépassement des devis, tout délai dans la construction ou la livraison de fournitures retarderont le démarrage de l'exploitation et donc l'amortissement de leurs prêts, ou le compromettront. Les banques veilleront donc à ce que les coûts et délais de construction ne soient pas dépassés. Le prix du contrat de construction n'est pas indifférent, dans la mesure où il conditionnera le tarif. Elles suivent donc de près la passation des contrats et éventuellement imposeront leurs procédures. Le concédant, futur propriétaire des ouvrages et des outillages, en approuvera les plans et spécifications. Pour s'assurer de la capacité technique du concessionnaire, les banques seront encore plus vigilantes sur le choix du constructeur et du contrat. « *L'essentiel… n'est pas tellement pour le concédant d'exiger un ouvrage construit à son goût… mais d'obtenir un service d'une qualité déterminée répondant à ses attentes durant toute la durée de la concession.* » Les coûts de construction l'intéressent également, car les amortissements auront un impact sur les tarifs—dont le niveau peut décourager le trafic, sur le montant de la

dette et sur l'apport en capital. Tout cela sera à la charge du concédant en cas de retrait anticipé de la concession. Dans la majorité des cas, le concédant approuve les contrats de construction et de fournitures. La prise de possession de l'ouvrage à terme lui confère un pouvoir d'approuver les caractéristiques de l'ouvrage. Mais ce pouvoir est plus limité que celui du concessionnaire qui en assure le financement et qui le mettra en œuvre durant toute la durée de la concession. Le concessionnaire décidera donc des caractéristiques des ouvrages et outillages. Le concédant fixera des objectifs plutôt que des caractéristiques techniques précises. L'information est détaillée (plans, devis, projets de contrats, etc.). Certains cahiers des charges limitent cette approbation aux ouvrages et aux outillages dont la durée d'amortissement est supérieure à cinq ans. À Maputo, le concédant approuve les spécifications des travaux à effectuer et en assure la réception. « *La dévolution des ouvrages et la passation des marchés sont conduites suivant des règles respectant les principes du code des marchés publics ».* Ces règles sont approuvées par les administrations compétentes.

184. Dispositions spécifiques.

À Maputo (Art. 12) le concessionnaire est tenu d'avoir recours aux fournitures et services du Mozambique s'ils sont compétitifs en termes de prix et de qualité. Le concessionnaire et ses sous-traitants devront inclure des entreprises mozambicaines dans leurs appels d'offres et la nationalité de l'entreprise sera prise en compte lors de l'attribution du contrat. Par ailleurs, à Maputo également (Art. 14) et *« pour lever tout doute »*, le concessionnaire est responsable de tous actes et omissions des entrepreneurs et des sous-traitants menant les travaux de remise en état du périmètre de la concession. La Fédération internationale des ingénieurs conseil (FIDIC) a publié en 1999 un Livre blanc (*Silver Book* modèle de contrats BOT clefs en mains). On a toutefois relevé que les entrepreneurs, les administrations publiques, les cabinets juridiques spécialisés et autres avaient déjà leurs propres modèles et n'accepteraient pas forcément les clauses du *Silver Book*[220]. Les modèles de contrats peuvent être imposés par les sources de financement. Le Livre orange FIDIC *Design 7 Cyukd Turkey Model* 1995 est le plus connu. Même modifié pour les besoins du projet, il peut constituer la base de négociation à partir de laquelle on élabore le contrat définitif. Les modèles diminuent les risques de réclamations, source de coûts et de délais supplémentaires. L'entrepreneur doit courir les risques de construction[221]. Toutefois, on doit relever que la FIDIC est attentive à protéger les intérêts des entrepreneurs, d'avantage que ne le sont éventuellement ceux du concédant et du concessionnaire. Ainsi, la FIDIC exige que le concessionnaire fournisse une preuve fiable *(reasonable evidence)* qu'il dispose des moyens financiers nécessaires. Une « *obligation essentielle* »

[220] *Op. cit.*

[221] De Cazalet, *Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT* RDAI No 4/5 1998 pp. 404-415. C.R. Seppala, *Les nouveaux modèles de contrats FIDIC*, ME Publication, 2000, pp. 1013-1026.

d'après les entrepreneurs européens regroupes dans l'association (EIC). Si elle n'est pas satisfaite, l'entrepreneur peut interrompre ses travaux ou résilier le contrat en application des clauses 16.1 et 2 du *Silver Book*.

185. Caution.

Le concessionnaire doit constituer une caution. En France la caution bancaire est affectée à des dépenses spécifiques, limitativement énumérées : pénalités, remise en état des outillages concédés au terme de la concession, etc. La caution est renouvelée au fur et à mesure des prélèvements. À Dar es Salam, en 2000, la caution due par le concessionnaire du terminal à conteneurs était une caution d'exécution de 10 millions de dollars, révisable chaque année. La convention contient une liste limitative des circonstances libérant le concessionnaire de ses obligations au titre de la caution : non-respect des obligations (*breach*) du concédant, force majeure, accord des parties, sentence arbitrale, terme de la convention (Art. 2.6). A Maputo, elle est dite « *d'entretien et de performance ».* En Inde, la caution due au titre de la concession du terminal de JNPT est égale à une année de redevance (*royalty*) sur le trafic payé par le concessionnaire. Elle varie d'une année sur l'autre en fonction du trafic et le concessionnaire doit la tenir a jour (Art. 10). La pertinence de la caution a été contestée. Elle augmente le coût de la mise en place de la concession, au profit des banques. Car l'investissement consenti par le concessionnaire est la meilleure garantie de sa performance[222].

186. Assurances.

Le concessionnaire doit couvrir sa responsabilité par une assurance. À Dar es Salam (Art. 4.9) la couverture ne sera pas inférieure à 20 millions de dollars. Le concédant examinera et approuvera les polices. Celles-ci couvriront les dommages aux ouvrages et outillages, ceux causés aux marchandises, causés aux tiers, résultant de la pollution, etc. Les polices couvrant les ouvrages et outillages appartenant au concédant seront passées en son nom et approuvées par lui. Elles ne pourront être dénoncées sans notification préalable au concédant, 60 jours au moins avant cette dénonciation.

187.

D'après le Guide (*Toolkit Encadré 42*) de la Banque mondiale, le concessionnaire doit contracter une assurance couvrant les navires faisant escale, les blessures corporelles, les dommages au terminal dus au navire et les cargaisons sous le contrôle du concessionnaire. Certaines clauses néanmoins paraissent d'une validité douteuse. Ainsi, l'Article 27 de la concession du port tunisien de Gabès, en date du 26 février 2001

[222] A. Fayard, *Overview of the scope and limitations of public-private partnership*, Transport Forum, World Bank, Washington, 2008.

stipule que « *le contrat d'assurance de responsabilité civile [du concessionnaire] doit… mentionner l'engagement solidaire du concessionnaire et de son assureur de renoncer à exercer, soit directement, soit par l'intermédiaire de la compagnie d'assurances, tout recours contre le concédant en raison des accidents ou sinistres survenus pour une raison quelconque.* » Les textes des contrats de concessions des pays de *common law* contiennent toutefois des dispositions similaires de protection du concédant, qui méritent également un examen critique attentif.

B - OBLIGATION DU CONCÉDANT

188. Problématique : inégalité des parties en présence.

Les obligations des parties sont d'origine statutaire (législation et réglementation) ou contractuelle (conventions de concession). Le concédant, État ou entité publique, exerce des compétences et jouit de prérogatives dont il ne peut ni ne veut disposer par voie contractuelle. Lorsque le concédant est en même temps cocontractant du concessionnaire, un conflit d'intérêt et un conflit entre obligations nées du contrat et compétences statutaires sont possibles. Dans les pays de droit administratif, la chose va de soi et la nature mixte de la convention de concession le sous-entend. Dans les pays de *common law,* où le caractère contractuel de l'acte fondateur est davantage marqué, ses rédacteurs le rappellent par une clause stipulant que le concessionnaire s'engage à accepter et respecter les pouvoirs, responsabilités et compétences ainsi assignées à ce cocontractant. Chacune des parties a le droit de savoir en détail ce qu'elle doit attendre de l'autre. Par le cahier des charges, le concédant impose ses conditions. Les exigences du service public justifient toutes les contraintes pesant sur le concessionnaire, mais cahiers des charges et conventions sont discrets sur les obligations du concédant, ou même l'en dispensent. Rédigés par les administrations publiques, ils sont trop souvent avares de dispositions contraignantes pour l'autorité concédante. La philosophie sous-jacente de l'administration est qu'en accordant la concession, et en permettant au concessionnaire d'en courir tous les risques, financiers et autres, cependant que l'administration se contente d'encaisser des revenus et de surveiller le concessionnaire, l'administration est d'une telle générosité qu'elle ne saurait avoir aucune obligation et que le concessionnaire doit bien se tenir. D'une façon générale, les conventions des pays de *common law* sont beaucoup plus attentives à détailler les obligations du concédant que les conventions des pays de droit administratif. Ici, l'esprit contractuel prévaut.

189. Droit administratif.

Dans un contrat de concession d'un port français signé en 2009, les seules obligations du concédant étaient de mettre les ouvrages à disposition du concessionnaire

et d'assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux sur les infrastructures, qui sont du reste hors concession. Au Maroc par contre, l'Article 20 de la loi du 16 février 2006 dispose que *« le délégant doit prendre des mesures nécessaires pour la bonne exécution de la gestion déléguée découlant de ses engagements contractuels. »* De même, en Tunisie, l'Article 24 de la loi de 2008 dispose que *« le concédant doit prendre toutes les mesures découlant de ses obligations contractuelles et nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession »*. On notera toutefois que les obligations du concédant, personne publique, ne saurait se limiter à l'exécution de ses engagements contractuels, ce que le législateur aurait pu utilement rappeler.

190. Applications.

À Douala, le concédant s'engage dans la convention de concession (Art. 9) à *« apporter son soutien au concessionnaire pour la bonne exécution de la concession »*. Il s'engage également à lui délivrer en temps utile toutes les autorisations nécessaires, ce qui est bien la moindre des choses. À Pointe-Noire (2008), la convention (Art. 23 et 24) détaille avec précision les champs de compétence du concédant et du concessionnaire, les conditions de la responsabilité étant pour l'un et pour l'autre *« de droit commun »*. En d'autres termes, le concédant, établissement public, renonce par contrat à invoquer les règles de la responsabilité administrative qui pourraient lui être plus favorables. Mais il n'est pas certain que le juge éventuel accepte cette stipulation équitable. À Maputo (Art. 14) le concédant s'engage « *à ne rien faire et à s'assurer qu'aucun service de l'État ne fasse rien qui affecte concrètement et de façon négative la capacité du concessionnaire à satisfaire à ses obligations ».* À Maurice, le contrat de concession du terminal à conteneurs stipule une obligation de moyens. Le concédant doit *« …déployer tous les efforts qui peuvent raisonnablement l'être »* pour mettre à la disposition du concessionnaire les infrastructures nécessaires et en assurer l'entretien ainsi que des portiques et autres outillages propriété du concédant. À Dar es Salam, l'article 5, énumère les compétences aussi bien que les obligations du concédant. Celui-ci a une obligation de coopération dans le but d'atteindre les objectifs de la convention de concession. Il a ensuite une obligation de réserve : il ne doit intervenir ni dans les tâches du concessionnaire, ni avec son personnel. Il y a obligation d'information à l'égard du concessionnaire. Les obligations du concédant en matière d'infrastructure et d'exploitation sont précisées : dragages, remorquage, amarrage, qui doivent être *« efficace et à l'heure ».* Le concédant doit par ailleurs maintenir en bon état les routes et voies de chemin de fer. Il aidera le concessionnaire à obtenir eau, électricité et services d'assainissement. Le concessionnaire, en cas de défaillance du concédant, pourra saisir le régulateur qui, éventuellement, infligera une amende au concédant. En Inde, le concédant doit ne pas interférer, au-delà des compétences qui lui sont reconnues, dans la conception et la construction des ouvrages, les outillages et le fonctionnement de la concession. En outre, dans la mesure de ses moyens, le concédant doit protéger le concessionnaire de l'ingérence de tiers au con-

trat de BOT (Art. 8 du cahier des charges). A JNPT, la convention assigne au concédant le devoir d'assister le concessionnaire dans ses démarches et dans l'obtention des permis nécessaires à l'exécution de ses tâches. À Maurice, l'Article 8 du contrat de concession de 1999 stipule une obligation de coopération mutuelle, pesant sur les deux parties au contrat. En outre, ni le concédant ni le concessionnaire ne peuvent communiquer à des tiers des informations comptables, programmes informatiques, informations commerciales, etc. sans accord écrit du cocontractant. Le cahier des charges d'une concession de terminal dans un port africain indique que *« le concessionnaire exploite librement le terminal »*, ce qui implique l'obligation pour le concédant de le laisser jouir de cette liberté.

191. Voies et ouvrages publics.

Le concédant est toujours responsable de l'état des ouvrages qu'il met, moyennant redevance, à la disposition du concessionnaire. Cette responsabilité est d'ordre public. C'est pour l'exercer que le concédant a été mis en place et a été doté de ces fonctions de service public. Mais des cahiers des charges ou des conventions (France, Belgique, pays francophones) refusent au concessionnaire le droit de réclamer au concédant une indemnité *« en raison de l'état des ouvrages du port, ou des profondeurs dans les accès et les plans d'eau, ni en raison de l'état des chaussées, chemins de service ou terre-pleins du port, ni en raison de l'influence de cet état sur l'entretien et le fonctionnement de ses propres ouvrages et outillages ».* On lit que *« ce dernier ne saurait être responsable pour quelque dommage que ce soit causé par la structure des ouvrages, câbles, ancres, épaves ou objet pouvant s'y trouver. »* De même l'Article 17 de la convention de concession d'un port français de 2009 stipulait que *« le concessionnaire ne peut élever aucune réclamation du fait de l'état du sol ou du sous-sol, quelles qu'en soient les conséquences pour le fonctionnement de la concession. »* De plus, quelle que soit la conduite de travaux exécutés sur le domaine par le concédant, le concessionnaire ne peut élever aucune réclamation. De telles clauses déjà anciennes, sont périmées, abusives et donc inadmissibles, alors surtout que les mêmes cahiers des charges ou conventions sont riches en clauses imposant de strictes obligations au concessionnaire en matière d'entretien et de couverture par des polices d'assurance des dommages que peuvent causer ses propres ouvrages et outillages. Qui plus est, ces restrictions placent le concessionnaire dans une situation défavorable par rapport à d'autres usagers du port qui, sauf disposition législative contraire, conservent le droit de se retourner contre l'autorité portuaire du fait des dommages que peuvent causer un entretien insuffisant des ouvrages portuaires ou autres dommages dits de travaux publics. Le concessionnaire est ainsi sanctionné pour avoir signé une convention de concession. Par contre, certaines conventions de concession stipulent que les travaux d'entretien ou autres que le concédant mène dans le port *« sont effectués avec toutes les précautions nécessaires et de façon à gêner le moins possible les activités portuaires ».* La clause permet au concessionnaire de

contester les performances, à impact négatif pour lui, du concédant, sous réserve de prouver que *« toutes les précautions nécessaires n'ont pas été prises. »*

192. Pouvoir et obligation de substitution.

Le concédant, comme le concessionnaire, doit assurer le fonctionnement continu de la concession. Il tire de cette obligation le droit de se substituer au concessionnaire si celui-ci, pour une raison ou une autre, n'exécute pas ses obligations. L'Article 23 de la concession du terminal du Port de Colombo stipulait ainsi qu'en cas d'urgence, le Port de Colombo, concédant, pouvait se substituer au concessionnaire défaillant, aux frais de celui-ci. Une clause de substitution est *« Si pour quelque cause que ce soit, le service confié au concessionnaire est interrompu en totalité ou en partie, le concédant peut, après avoir mis en demeure d'assurer le service convenu, soit se substituer au concessionnaire soit confier à un tiers la prestation du service interrompu. Sauf si l'interruption est due à un cas de force majeure ou à une cause indépendante du concessionnaire, la substitution se fait à ses frais, risques et périls ».*

C - OBLIGATION DU CONCESSIONNAIRE

193. Nature des obligations du concessionnaire.

Le concessionnaire peut être tenu à une obligation de moyens ou à une obligation de résultat. Mais les deux voisinent souvent, car à l'obligation de moyens, admise comme un principe, s'ajoutent des objectifs précis de performance. À Maurice, l'Article 5.5 de la concession portuaire de 1999 stipule une obligation de moyens du concessionnaire qui *« doit déployer ses meilleurs efforts »* pour atteindre les objectifs fixés. L'objectif du contrat de concession est la prestation de services, avec une base matérielle constituée par les ouvrages et l'outillage, et dans le but d'obtenir un résultat mesurable. La *Private Finance Initiative* britannique insiste sur ce que les services, et non pas les ouvrages, et la gestion privée, pas seulement l'argent privé, sont les éléments importants dans le transfert de compétences du secteur public au secteur privé. En d'autres termes, une concession de terminal à conteneurs est une concession d'exploitation d'un terminal et pas seulement la concession d'ouvrages, de grues et de surfaces de stockage. Le droit européen, et désormais les auteurs français la qualifient de *« concession de travaux et de services »*. De même, *« Ce qui est essentiel dans le contrat de concession n'est pas tellement pour le concédant d'obtenir des ouvrages construits à ses normes et à ses goûts, mais d'obtenir la prestation de services à un niveau satisfaisant pendant toute la durée de la concession*[223]. Ceci explique pour-

[223] E. de Cazalet, *Le contrat de construction dans les projets* BOT R.D.A.I. vol. 13, 1998, p. 410.

quoi le concessionnaire est tenu d'agrandir les ouvrages et d'ajouter des outillages si le développement du trafic le nécessite. La question ne se poserait pas si la concession n'était qu'une concession d'ouvrages et d'outillages.

194. Formulation.

L'obligation de résultat du concessionnaire est formulée en termes de productivité, volumes de trafic, tonnes ou conteneurs manutentionnés par vacation ou heure, etc. Le décret français 99-782 du 9 septembre 1999 créant les conventions d'exploitation de terminaux, proche des contrats de concession dispose que la convention *« fixe notamment les objectifs de trafic du terminal et les sanctions pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention si ces objectifs ne sont pas atteints ».* La résiliation intervient si les trafics sont inférieurs pendant un nombre fixé d'années consécutives ou si la qualité des services n'est pas conforme aux objectifs convenus, ce qui du reste se discute quand on sait les aléas du commerce maritime. L'obligation d'efficacité économique prime donc sur toute considération, car le décret ne fait référence à aucune autre clause de la convention pour lui donner la même force. Cet objectif d'efficacité économique permet de mieux cerner la notion de service public (*supra* Chapitre II), avec laquelle il se confond. Par ailleurs, le concessionnaire a certes des obligations mais doit pouvoir travailler en paix. La clause ci-après, d'origine française, le formule : *« Le concessionnaire assure librement la gestion de la concession dans le cadre des lois et règlements en vigueur, et des obligations résultant du cahier des charges de la convention ».*

195. Exemples.

À Pointe-Noire (2008) la convention (Art. 21) stipule à la fois une obligation de moyens et de résultats en matière de productivité de la manutention des conteneurs. Le concessionnaire doit *« mettre en œuvre les moyens nécessaires »* et atteindre des objectifs chiffrés, eux-mêmes évolutifs en fonction de la nature et des performances des outillages. Le but en est autant la stimulation de l'activité portuaire que l'utilisation optimale des ouvrages, qui correspondent à l'objectif de service public économique. À Dar es Salam (Art. 4.5) le concessionnaire *« déploiera ses meilleurs efforts pour promouvoir et développer les activités du terminal dans le but de maximiser son utilisation »*. L'obligation de moyens est ici formulée en même temps que l'obligation de résultats. Des objectifs chiffrés sont également fixés : nombre de mouvements de conteneurs par heure. Il en est de même en Inde au J. Nehru Port Trust (Art. 4). Deux années consécutives de performances inférieures aux chiffres fixés seraient considérées comme carence. Avant de la sanctionner toutefois, le concédant s'engage à examiner si le concessionnaire pouvait raisonnablement atteindre les objectifs fixés (Art. 4.11). L'utilisation des infrastructures et outillages de la concession à d'autres fins que celles décrites dans le cahier des charges est prohibée. Au Sri Lanka, la convention de

1999 portant sur le terminal à conteneurs du port de Colombo stipulait (Art. 10) que le concessionnaire devait exploiter le terminal *« de façon efficace »* et *« conformément aux normes internationales »* (Art. 13). À Gujarat (Art. 3.3), le concessionnaire doit se comporter *« de manière professionnelle »* (*good industry practice*). Il doit également appliquer *« des normes fiables de sécurité et d'efficacité techniques »* (Art. 10). Au Chili, les performances insuffisantes du concessionnaire sont sanctionnées par des amendes. L'objectif est de l'inciter à investir. Les temps d'attente maximaux des navires sont stipulés dans le contrat de concession, de même que le taux de progression des performances. Le Guide de la Banque mondiale (*Toolkit Encadré 27 et 6.6.1.)* propose l'insertion dans la convention de concession d'une clause regroupant toutes les obligations générales du concessionnaire : efficacité des services de manutention et de stockage, soins nécessaires en matière d'entretien et de réparation des ouvrages, etc. Toutefois, la clause est rédigée sous forme énumérative, ce qui la rend limitative. Une clause générale doit être rédigée en termes généraux, chaque obligation spécifique étant ensuite précisée dans le paragraphe où elle a sa place. Il propose également de formuler les objectifs de productivité sous forme progressive, afin de tenir compte des difficultés de démarrage et de mise au point de la concession. Le Guide *(Toolkit)* propose également une clause dite d'objectifs de productivité, révisables périodiquement d'accord parties avec comité de suivi et rapports mensuels et sanction financière en cas d'insuffisance de résultats. À Maputo (Art. 13), le concessionnaire doit *« gérer, exploiter, entretenir, réparer, développer, et optimiser le périmètre concédé à ses frais et à ses risques ».* Il doit en permanence le mettre à la disposition du public, en toute sécurité et conformément aux normes d'entretien et de productivité de l'exploitation. Une annexe reprend la liste de toutes les obligations du concessionnaire, dans les domaines les plus divers (Annexe 7 du contrat), portant sur l'entretien des ouvrages et outillages et sur la productivité de l'exploitation. À Lagos Apapa, le concessionnaire doit exploiter le terminal *« de façon sûre, efficiente, efficace et économique »* (Contrat, Art. 6.6). Il doit, en outre, s'assurer que le trafic ne diminue pas et doit développer le marché du terminal. À ces obligations générales s'ajoutent des obligations dites spécifiques, chiffrées, en matière de productivité.

196. Conditions des usagers.

Le double caractère de la concession, contrat et licence, pour l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général a un impact sur les usagers. Ceux-ci, en tant que clients du concessionnaire, ont des relations contractuelles avec lui. Ils ont droit, par exemple, à ce que le montant des redevances perçues par le concessionnaire corresponde au service rendu. En France, la Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Bensetti* du 10 février 1998[224] qu'était justifié le refus par l'usager de payer une redevance couvrant, entre autres, les coûts de la construction d'une station d'assainissement,

[224] Recueil Dalloz 1998, p. 428, Note B. Seiller.

qui n'avait finalement pas été construite. Bénéficiaires d'un service public ou d'intérêt général, les usagers ont des obligations et des droits. Ils sont soumis aux règlements d'exploitation et de police du port ainsi qu'aux dispositions du cahier des charges en ce qu'elles peuvent concerner leur activité. Ils sont soumis également au règlement intérieur de la concession qui peut relever soit du concédant soit du concessionnaire. À Maputo, ce règlement, dit Code d'exploitation, est approuvé au préalable par le concédant et l'autorité de régulation. Toute modification au code sera au préalable communiquée aux usagers qui auront 14 jours pour présenter leurs observations.

197. Droits administratifs. Conditions des usagers.

En tant qu'usagers d'un service d'intérêt public, ils ont également droit à ce que les prestations leurs soient fournies dans les conditions prévues par le cahier des charges de la concession, bien qu'ils ne sont pas partie au contrat entre concédant et concessionnaire. Pour eux, comme on l'a déjà relevé, les conditions de la concession sont celles d'un acte unilatéral ; ils ont droit à son application, mais cet acte les oblige également[225]. En conséquence :

1) ils peuvent faire appel au concédant, au régulateur ou à la justice pour obtenir que les conditions de la concession soient respectées.
2) les contrats entre l'usager et le concessionnaire et les dispositions prises par le concessionnaire ne peuvent être contraires aux conditions de la concession ; en France**,** de telles dispositions contraires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (Conseil d'Etat *Croix de Seguey Tivoli* du 21.12, 1906), déjà cité.
3) si les conditions de la concession sont modifiées au cours de celle-ci, les nouvelles conditions s'appliquent immédiatement aux relations contractuelles entre usagers et concessionnaires. Ce dernier point est bien fixé dans les pays de droit administratif, particulièrement en France, depuis l'arrêt *Société des Eaux de Madagascar*, rendu par le Conseil d'État le 7 novembre 1958[226].
4) comme usagers du service, ils ont droit à sa continuité, son adaptation à leurs besoins et à un traitement égal.

Toutefois, cette approche assez rigide n'est pas sans inconvénients. Dans un sens, la notion de service public est retournée contre l'usager. Celui-ci est un sujet davantage qu'un contractant. Assez bien adapté à la situation de l'usager dans un service public en réseau et en situation de monopole, cette approche ne l'est pas à la situation de l'opérateur portuaire dans un marché ouvert. Cela peut démontrer que la notion de service public est mal adaptée aux activités de cet opérateur, ce qui confirme les

[225] Cf. A. Cocatre-Zilgien, *L'usager du service public industriel et commercial en droit français*, R.T.D.C., t. XIII, 1960, pp. 265-282. Cf. pour les usagers d'autoroutes, Société SGTL et ESCOTA, T.C. 20.11.2006, A.J.D.A. 23.4.2007, pp. 549-556, Note J.D. Dreyfus.

[226] Lebon, p. 530.

hésitations de la doctrine dans ce domaine, mentionnées au Chapitre II ci-dessus. L'usager est considéré comme un sujet plutôt que comme un client[227] placé sous la tutelle du concédant par l'intermédiaire du concessionnaire. Le concessionnaire, délégataire du service public, veille à ce que l'usager en respecte les règles, qu'on retourne ainsi contre lui. Cette optique est encore très perceptible dans de nombreux textes et cahiers des charges de pays de droit administratif, malgré des efforts d'adaptation dont la France, la Belgique, le Maroc, l'Algérie et autres offrent des exemples. La pression du public, l'impact du droit européen qui cherche à harmoniser la gestion de tous les services d'intérêt général dans un cadre juridique très proche de celui des entreprises privées[228], le développement du droit de la consommation dont les tribunaux judiciaires imposent le respect aux services publics industriels et commerciaux, la concurrence entre ports des différents pays, font que la notion d'usager tend à s'effacer devant celle de client[229]. Il en sera de même partout où des conditions identiques de fonctionnement des concessions portuaires se retrouveront, en particulier pour ce qui concerne la concurrence. Mais le débat *« ajoute à la confusion qui entoure les notions d'intérêt général et de service public. »*[230]

198. Impact sur l'égalité de traitement des usagers.

L'usager devenu client se crée de nouveaux droits et sort de son état de servitude. Il demande le meilleur service possible au plus bas prix possible ; il ne veut avoir que des rapports contractuels avec le concessionnaire du service portuaire, industriel et commercial. Il est d'autant plus sensible au prix et à la qualité du service qu'il paie directement la prestation au concessionnaire, alors que les services publics administratifs fournis par l'État ou les collectivités locales (écoles, police) sont gratuits pour lui. Comme les clauses de la concession concernant l'organisation du service ont un caractère réglementaire, l'usager et le candidat usager ne peuvent bénéficier, par voie d'accord particulier, de dérogations aux règles générales d'organisation du service, ce qui introduit une rigidité dans les relations commerciales du concessionnaire avec ses clients usagers. La règle, admissible lorsque le concessionnaire jouit d'un monopole, par exemple de distribution d'eau (CE 5 mars 1943, *Compagnie Générale des Eaux*[231]) ne satisfait pas les exigences commerciales quand le concessionnaire est soumis à la concurrence, ce qui est particulièrement le cas pour les concessionnaires de terminaux dans les ports maritimes. Dans les contrats BOT de pays de *common*

[227] C. Barbier, *L'usager est-il devenu le client du service public*, J.C.P. Edition G, 1998, N° 3816 (références).

[228] N. Belloubet-Frier, *Service public et droit communautaire*, A.J.D.A. 1994, p. 273.

[229] E. Guillaume, *La réforme des Postes et Télécommunications comme le passage du statut d'usager d'un service administratif à celui de client d'un service public industriel et commercial*, R.F.D.A. 1991, p. 239.

[230] C. Barbier, *op. cit.*

[231] Lebon, p. 62.

law, on trouve à cet égard une formule subtile, suivant laquelle *« le concessionnaire exploitera le terminal comme un ouvrage banalisé, accessible à toutes lignes de navigation, armements, chargeurs, etc. et ne s'engagera dans aucune pratique déloyale (unfair) ou discriminatoire à l'encontre de quelque usager que ce soit... »*. Mais il n'est pas dit que le concessionnaire ne puisse consentir des conditions particulières plus avantageuses à un client déterminé. Le comportement négatif est prohibé, pas le comportement positif. Serait prohibé le refus à un autre client de conditions équivalentes, consenties à un client antérieur, dans les mêmes conditions ; il y aurait alors discrimination. En France, le cahier des charges type de 1915 a été modifié en 1970 pour autoriser le concessionnaire à appliquer des tarifs inférieurs à des clients assurant des services réguliers ou d'un certain volume[232] de même, la convention type de 2000 ne stipule rien sur l'égalité de traitement, ce qui laisse une large initiative à l'exploitant. Par contre, l'article 23 de la convention de concession du port de Tanger du 31 mai 1921 stipulait que *« tout traité qui aurait pour effet d'accorder à un ou plusieurs [usagers].... une réduction sur les tarifs approuvés demeure absolument interdit. »* Une telle clause apparaîtrait désormais comme périmée.

199. Adaptation de la règle d'égalité.

Une formule applicable tant aux pays de droit administratif qu'aux pays de *common law*, et pratiquée à Port Louis à Maurice est donc que : *« le concessionnaire devra exploiter le terminal comme un terminal public accessible à tous navires, chargeurs, réceptionnaires et autres usagers, leur assurant la prestation de ses services et l'application de ses tarifs de manière égale, tout traitement particulier à cet égard consenti à un usager du fait de conditions tenant à la nature ou au volume de son trafic, ou à toute autre considération commerciale, devant être accordé également à tout autre usager remplissant les mêmes conditions. »* La formule est dans la ligne de l'arrêt du Conseil d'État *Denoyer et Chorques* du 10 mai 1974[233]. C'est approximativement le texte de l'article 28 du cahier des charges français de 2001 : *« le concessionnaire doit respecter une égalité de traitement entre les usagers portuaires qui utilisent dans les mêmes conditions les installations et services de la concession. »* La Cour d'appel administrative de Nantes, le 28 juin 2002 (*Société des vedettes inter-îles européennes*)[234] a annulé une priorité d'accostage accordée à un concessionnaire, bien que celui-ci effectuât un service de transport public, au motif qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait une telle priorité, contraire au principe d'égalité. Celui-ci demeure donc soigneusement préservé.

[232] Annexe à la Circulaire du 7.12.1970 modifiant les cahiers des charges type des 30.1.1915 et 29.12.1965.

[233] Recueil Dalloz, 1975, 393, Note N. Tedeschi.

[234] A.J.D.A, 2002, p. 908-910, Note O. Raymundie.

200. Continuité et adaptabilité du service.

Le service étant asservi à la demande, les usagers ont droit à sa continuité. De même, ils bénéficieront des obligations d'adaptabilité du service qui pèsent sur le concessionnaire. Pour assurer la continuité du service en cas de défaillance du concessionnaire, les cahiers des charges de droit administratif disposent que « *si pour un motif quelconque, les services confiés au concessionnaire en totalité ou en partie sont défaillants, le concédant peut prendre immédiatement les mesures nécessaires à la marche du service, y compris la désignation d'un tiers de son choix à cette fin* ». Sauf cas de force majeure ou toute autre cause échappant au contrôle du concessionnaire, l'exploitation *« se fait à ses risques et périls ».* Certains cahiers des charges disposent en outre que le concessionnaire ne sera admis à élever aucune objection.

201. Obligations commerciales.

Vis-à-vis des usagers, le concessionnaire est tenu par un certain nombre d'obligations de nature commerciale que doit énumérer la convention de concession, qui peut également renvoyer au règlement d'exploitation si celui-ci règle ces matières dans le détail : réception et garde des marchandises, marchandises non réclamées, avaries, marchandises dangereuses, etc. La concession du terminal à conteneurs du port de Dar es Salam en Tanzanie assigne à la concession les deux objectifs d'accroissement des performances et de réduction des coûts. À Douala, la convention de concession stipule que le concessionnaire doit développer la promotion et le marketing des services de la concession, conformément à un plan établi d'accord parties avec le concédant.

202. Obligations concernant le personnel.

Dans un contrat de concession français de 2007, le concessionnaire est tenu de rendre compte de ses actions en matière de formation professionnelle et de gestion prévisionnelle de l'emploi. La loi tunisienne de 2008 (Art. 32) fait obligation au concessionnaire de reprendre les personnels d'un service à lui transférés par le concédant, et de respecter leurs droits acquis. À Lagos Apapa, l'opérateur, qui doit employer *« des personnels en nombre suffisant, qualifiés et propres à exécuter les tâches stipulées dans ce contrat »* (obligation de résultat) doit *« déployer tous ses meilleurs efforts »* pour recruter du personnel de nationalité nigériane (obligation de moyens) (Contrat, Art. 9.9). Toutefois, de nombreux concessionnaires, en Amérique latine particulièrement, ont éprouvé des difficultés à absorber les effectifs en surnombre de dockers que le cahier des charges les astreignait à employer. Incapables de résoudre ce problème de suremploi, le concédant s'en déchargeait auprès du concessionnaire et aux frais de celui-ci.

203. Environnement.

Les dispositions sur l'environnement sont d'apparition récente dans les cahiers des charges. En France (2001, Art. 15) le concessionnaire doit *« prendre toutes les dispositions…pour éviter les pollutions »*. En cas de négligence de sa part dans ce domaine et après mise en demeure non suivie d'effet, le concédant peut se substituer au concessionnaire aux frais de celui-ci. L'Article 8 de la loi 2008-308 du 29 mars 2008 relative aux concessions d'utilisation du domaine public maritime dispose que, lorsque le concessionnaire est une personne physique ou morale de droit privé, la convention de concession peut prévoir le dépôt d'une caution *« pour garantir la réversibilité des modifications apportées au milieu naturel »*. Le montant de la caution est fixé en fonction du coût estimé de la remise en état du milieu. L'environnement tenait une place importante dans la convention de concession d'un port français en 2009 : conformité aux règlements, prohibition du recours aux produits chimiques, diagnostic environnemental, conformité aux schémas de biodiversité, obtention des normes ISO applicables, lutte contre les pollutions, traitement des déchets. L'impact financier de ces vertueuses dispositions ne semble pas avoir inquiété leur rédacteur. S'agissant d'une fonction d'intérêt général, le coût de son application devrait normalement être supporté par l'usager, sauf détermination des avantages qu'elle peut présenter pour le concessionnaire lui-même. En Tunisie, le projet de cahier des charges d'un terminal à conteneurs, en 2006, impose au concessionnaire une étude préliminaire d'impact du projet sur l'environnement.

204. Sanctions.

Le concessionnaire peut être sanctionné en cas de non respect de ses obligations. Une clause d'une convention de concession stipule par exemple que dans ce cas, et après mise en demeure, le concédant peut infliger une amende au concessionnaire égale au plus à un montant de deux mois des redevances payables au concédant en application de la convention de concession. Un délai d'exécution est accordé au concessionnaire. Pour éviter des abus possibles du concédant, certaines conventions en fixe une durée minimale, qui varie de 15 jours à trois mois.

D - ALÉAS D'EXÉCUTION

a. La force majeure

205. Définition.

La force majeure[235] est définie généralement comme un événement qui ne peut être raisonnablement prévu ou envisagé, qui échappe au contrôle de celui qui le subit et l'invoque, empêchant l'exécution de tout ou partie des obligations de l'une des parties au contrat de concession ou de CET/BOT Elle atteint directement le concessionnaire investisseur dans la concession, et indirectement les sources de financement de la concession. Celles-ci se couvrent généralement auprès du concessionnaire qui lui-même limite sa responsabilité au montant du capital investi[236].

206. Contenu de la notion. Droit administratif.

Le contenu de la notion et ses modalités d'application varient d'un système juridique à l'autre. Le droit administratif est strict, voire restrictif, sur la notion de force majeure. En France, le Conseil d'État apprécie strictement son existence dès lors qu'elle délie le concessionnaire de ses obligations ; il veut la preuve que la force majeure provient d'une cause extérieure, était imprévisible et irrésistible. En outre, elle doit avoir un caractère définitif et avoir été subie pendant plus de sept jours. Le cahier des charges de 1915 stipulait que la déchéance ne pouvait intervenir s'il y avait force majeure établie, ce que ne mentionnait plus, malheureusement, celui de 1994. L'Article 21 du cahier des charges de 2001 est particulièrement sévère pour le concessionnaire, éliminant toute référence à la force majeure et disposant que: *« Si pour quelque cause que ce soit les services confiés au concessionnaire se trouvent interrompus en totalité ou en partie, l'autorité concédante peut prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer provisoirement la reprise du service et sans que le concessionnaire puisse demander de ce fait une quelconque indemnité... l'exploitation provisoire est faite aux frais et risques du concessionnaire ».* De même, une convention de concession portuaire précise qu'en cas de résiliation pour force majeure, le concessionnaire n'est frappé par aucune pénalité pour retard ou non exécution de ses obligations, ce qui est bien la moindre des choses. Cette clause devrait être stipulée dans tous les cahiers des charges ou toutes les conventions. La notion sous-jacente est que le concessionnaire opère à ses risques et périls. La seule réponse à la force majeure est le retrait de la concession. La convention d' exploitation de terminal (2000) ne fait pas état non plus de la force majeure, mais le droit des contrats administratif est applicable et la preuve

[235] A. Konarski, *Les clauses de force majeure et de hardship dans la pratique des contrats internationaux*, D.A.I. vol. 18, 2003, pp. 409-431.

[236] M. Augenblick et B. S. Custer, Jr. Cf. *Op. cit.*

de la force majeure peut certainement être apportée. En la matière, les cahiers des charges français successifs ont donc été de moins en moins favorables aux concessionnaires, comme si l'administration n'acceptait pas, en fait, les arrêts du Conseil d'État protégeant les intérêts de celui-ci et assurant l'équilibre du contrat.

207. Applications.

Les cas de force majeure sont éventuellement énumérés et précisés. À Pointe-Noire (Art. 47) le comité paritaire de suivi de la concession a qualité pour évaluer l'existence et les conséquences de la force majeure, avant recours éventuel à l'arbitrage. En outre, la force majeure, qui inclut toutes les formes de grèves et de troubles sociaux, libère temporairement les parties de leurs obligations. Si elle dure plus de six mois, la convention peut être résiliée, la partie la plus diligente pourra demander la résiliation de la convention, éventuellement par recours au tribunal arbitral en cas de désaccord. Le concessionnaire sera indemnisé du montant des valeurs des actifs non amortis. Mais les indemnités résultant des assurances force majeure qu'il aura souscrites seront acquises au concédant. La convention de concession d'un port français en 2009 assimile la grève à la force majeure sous réserve que *« le concessionnaire ait mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour en empêcher le déclenchement »*. Cette rédaction n'est pas heureuse, car elle peut impliquer que le concessionnaire doit céder à toutes les demandes des grévistes puisque l'acceptation de toutes ces demandes est toujours un moyen à sa disposition. La convention de concession de Maputo (Art. 20), plus libérale, ne retient pas l'imprévisibilité comme un élément constitutif de la force majeure. Mais elle stipule cependant que, pour bénéficier de l'exception de force majeure, la partie qui l'invoque devra établir qu'elle a fait preuve d'une diligence raisonnable pour la prévenir. À Douala au Cameroun, (Art. 51) les cas de force majeure sont énumérés. Ce sont essentiellement des évènements naturels ou des faits de guerre ou équivalent. Ils incluent le boycott économique. La prévisibilité ou l'imprévisibilité ne sont pas mentionnées. La partie affectée par la force majeure le notifie à l'autre partie. Si son effet se fait sentir pendant plus de dix mois, l'une ou l'autre partie peut résilier la convention.

208. Pays de common law*.*

D'une façon générale, les conventions de concessions des pays de *common law* sont davantage détaillées et libérales en matière de force majeure, de son contenu et de ses conséquences. Cela peut s'expliquer par le fait que la convention de concession n'est pas systématiquement rattachée à un droit commun des contrats administratifs. Dans la plupart des contrats de concession, une clause suspend les obligations des parties en cas de force majeure et durant toute la durée de celle-ci. Les cas de force majeure sont généralement énumérés mais l'énumération n'est pas automatiquement limitative. Par contre, certains cahiers des charges de concessions précisent quels

événements ne seront pas considérés comme cas de force majeure. La force majeure peut être soit temporaire, soit définitive. En Inde, elle ne donne pas droit, normalement, à un report de la date d'expiration de la concession.

209. Applications.

La clause de force majeure est importante et ne doit pas être négligée. On a ainsi censuré dans une consultation une convention de concession qui ne mentionnait la force majeure qu'en stipulant simplement qu'elle entraînait la résiliation de la convention. Au Sri Lanka, dans la convention de BOT du Port de Colombo, parmi les cas énumérés de force majeure se trouvaient les actes du gouvernement ou fait du prince tels que les restrictions aux importations, les réquisitions, etc. Il était alors possible de rompre le contrat ou d'en modifier les clauses. Par contre, l'article 20 de la convention stipulait que l'insolvabilité du concessionnaire ou la faute de ce dernier ne constituaient pas des cas de force majeure. Au Nigéria (2005) la force majeure affectant l'exploitation du terminal de Lagos Apapa peut être *« tout acte ou omission par une autorité gouvernementale, non imputable à la faute ou à la négligence du concessionnaire »,* ce qui rapproche cette définition de la force majeure du contenu de la notion d'imprévision du droit administratif français. La partie pour laquelle la force majeure empêche de satisfaire les obligations doit en informer l'autre partie. Si l'effet négatif de la force majeure dure plus de trois mois, le contrat est révisé en conséquence. S'il dépasse six mois, le contrat peut être résilié à la demande de la partie lésée (Art. 10). À Gujarat (Art. 13) la force majeure est un évènement à impact négatif qui ne peut être surmonté ou prévenu par un comportement raisonnable. Les cas de force majeure sont énumérés, mais il n'y a pas de condition négative de prévisibilité. Pour le contrat-type indien (Art. 14) la force majeure n'est pas obligatoirement imprévisible. Mais elle doit pouvoir être surmontée par les efforts de *due diligence* de la partie qui l'invoque, ce qui implique que ces efforts sont déployés avant constatation de son existence. Le contrat-type classe les cas de force majeure en trois catégories : circonstances non politiques, évènements politiques, et autres circonstances. La première catégorie comprend essentiellement les catastrophes naturelles mais aussi les défaillances de tiers au contrat, tels les entrepreneurs. La seconde concerne les faits du prince et autres décisions des pouvoirs publics dont l'impact négatif n'a pas été évité ou éliminé par des mesures correctives ou réparatrices. Elle inclut aussi les modifications au droit applicables, lorsqu'elles ne font pas l'objet de mesures correctives spécifiques. La troisième catégorie inclut les grèves générales, la guerre, les décisions judiciaires. Le concessionnaire invoquant la force majeure doit informer le concédant dans les sept jours de l'apparition de ses conséquences négatives et l'informer des mesures prises pour y pallier dans la mesure du possible. Il doit ensuite lui rendre compte périodiquement de l'état de la concession en résultant. Chaque partie au contrat acquitte les coûts de la force majeure lui incombant. La force majeure repousse automatiquement les délais d'exécution des obligations. Si

elle dure plus de 120 jours, les parties peuvent convenir de la résiliation du contrat. À Maurice, (Concession portuaire de 1999) la force majeure n'est pas définie. Sont seuls mentionnés, les désastres naturels et les conflits sociaux prolongés, mais la liste n'est pas limitative. Après avoir entendu le concessionnaire, le concédant peut se substituer temporairement à lui ou prendre toute autre mesure permettant d'assurer *« la continuité du service et préserver l'intérêt public »*. Le contrat prévoit alors soit la suspension des obligations, soit la conclusion d'avenants, soit la résiliation. À Dar es Salam (Art. 7.5), les cas de force majeure sont énumérés, mais la liste n'est pas limitative. La force majeure n'est pas définie et son imprévisibilité ne conditionne pas son existence. Elle donne lieu à consultation entre les parties et éventuellement à résiliation du contrat si elle se révèle insurmontable. C'est le cas lorsque les dommages au terminal sont *« d'une ampleur catastrophique »* et que plus de deux mois seront nécessaires pour une remise en état.

b. Imprévision

210. Définition.

Il y a imprévision lorsqu'un événement imprévisible, indépendant de la volonté du contractant, bouleverse les conditions d'exécution du contrat entre concédant et concessionnaire sans cependant en empêcher l'exécution. Le bouleversement porte généralement sur l'économie du contrat. Le concessionnaire, tout en exécutant son contrat, a droit à une aide.

211. Domaine.

La théorie de l'imprévision a été développée pour permettre l'indemnisation d'un concessionnaire *tenu de poursuivre ses activités à perte, dans un but d'intérêt général.* Elle résulte de la double nature de la concession, contrat et mode d'exécution d'un service public ou au moins d'intérêt général. Or, certaines circonstances exceptionnelles peuvent rendre l'exécution de la convention de concession ruineuse pour le concessionnaire, cependant qu'il est indispensable de ne pas interrompre cette exécution. Ce peut être le cas si les tarifs sont bloqués par décision gouvernementale, ou si l'inflation ou la rareté font s'augmenter les prix des fournitures de la concession au delà du prévisible, ou s'il y a obligation de fournir des services à perte.

212. Clause d'imprévision.

Une clause d'imprévision peut être : *« S'il doit résulter d'une décision du concédant ou de l'État un bouleversement de l'équilibre financier de la concession, le concessionnaire a droit à une indemnité qui, à défaut d'entente amiable, est fixée par le juge du contrat* ». Dans une concession de 1994 au Qatar, une clause protégeait le concessionnaire

si les droits de douane dépassent un pourcentage convenu affectant la situation financière du cocontractant. Des négociations doivent s'engager entre concédant et concessionnaire pour rétablir l'équilibre financier du contrat.

213. Application.

En France, le Conseil d'État considérant qu'un tel bouleversement et un tel refus pouvaient compromettre l'exécution du service qui est l'objet de la concession, a posé le principe du droit du concessionnaire à indemnisation par le concédant. Ainsi, d'après l'Arrêt *Compagnie du Gaz de Bordeaux* du 24 mars 1916[237], le concessionnaire doit supporter les conséquences des aléas normaux, mais les aléas exceptionnels donnent droit à indemnisation par le concédant. Si ceux-ci résultent d'une décision ou d'une mesure gouvernementale, tel qu'un blocage général des tarifs, ou l'obligation de fournir des services à perte, l'indemnisation peut être demandée à l'État. Elle peut l'être soit par le concessionnaire, soit par le concédant si celui-ci a auparavant indemnisé le concessionnaire. L'imprévision devient prévisible lorsqu'elle est reconnue par le contrat de concession. Celui-ci peut contenir une clause reconnaissant le droit à indemnisation dans des circonstances données, et suivant une procédure fixée. Mais si une telle disposition ajoute à la sécurité du concessionnaire, elle peut se révéler limitative : le concessionnaire ne sera indemnisé que dans les cas prévus par cette clause. L'article 51 du cahier des charges de 2001 dispose que *« s'il devait résulter des décisions de l'autorité concédante ou de l'État un bouleversement de l'équilibre financier du contrat, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnité… »*, rédaction incomplète, vague, maladroite et qui pose davantage de problèmes qu'elle n'en résout. À Madagascar, en cas d'imprévision, les deux parties au contrat doivent se rencontrer pour examiner les mesures à prendre. En cas de désaccord et si le déséquilibre dure plus de trois mois, le litige est soumis au Comité de conciliation prévu par l'article 19 du contrat de concession. Au Sénégal, la loi de 2004 sur les BOT, autorise la résiliation du contrat en cas de mesure de l'autorité publique compromettant son équilibre financier. Cette solution ne permet pas d'atteindre les objectifs de l'imprévision, puisque le service public est interrompu. Mais elle est de ce fait un moyen de prévenir les décisions inconsidérées des pouvoirs publics en matière financière. Au Sri Lanka, sous le titre *Modifications législatives* l'Article 20 de la convention de BOT de 1998 énumère limitativement les conditions d'application de l'imprévision. La modification législative affectant de façon substantielle l'équilibre financier de la concession est particulièrement visée. Après consultation entre concédant et concessionnaire et avis d'expert, le concédant doit, dans les trente jours, proposer au concessionnaire les mesures propres à rétablir l'équilibre financier compromis, telles que la diminution des loyers ou redevances. Si les mesures convenues ne sont pas appliquées, le concessionnaire peut résilier le contrat. À Maputo, l'imprévision, *« circonstances imprévisibles*

[237] Recueil Sirey 1916.3.17, Conclusions Chardeau, Note Hauriou. Grands Arrêts p. 129.

et qui bouleversent l'équilibre du contrat » conduit concédant et concessionnaire à se consulter sur les mesures à prendre. L'un ou l'autre peut demander la résiliation de la convention. On est alors proche de la force majeure.

214. Réticence des administrations.

De nombreux concédants récusent l'imprévision au motif que le concessionnaire doit opérer à ses risques et périls, principe discutable (cf. Chapitre II). L'article 2 du Traité de Canterbury sur le tunnel sous la Manche stipule cette responsabilité des concessionnaires. On en a déduit qu'*« ils ne peuvent demander l'aide des États en cas d'imprévision »*[238]. Cette interprétation est inexacte, car la théorie de l'imprévision a précisément été élaborée pour corriger ce que peut avoir d'excessif, dans certain cas, la règle « aux risques et périls » et a pour but d'assurer la continuité d'un service essentiel. En France, l'imprévision est envisagée restrictivement dans l'Article 52 du contrat type d'exploitation de terminal de 2000, qui dispose que: *« S'il devait résulter des décisions de l'autorité concédante ou de l'État un préjudice de nature à bouleverser l'équilibre financier de la concession, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnité… ».* La formule est très restrictive et caractéristique de la résistance de l'administration à la notion d'imprévision. Elle exclut les causes naturelles d'imprévision, telle une augmentation massive du prix des carburants. Mais elle est inutile. Car il n'appartient pas à l'administration, cocontractante, ou à l'un quelconque de ses services, de décider si le concessionnaire a droit ou non à demander et obtenir indemnisation. Le juge seul peut indemniser, et le droit de demander indemnisation est un droit fondamental que n'importe qui peut exercer à l'égard de son cocontractant.

c. Changement de circonstances *(hardship)*

215. Définition et domaine.

Le *hardship* est une notion propre aux contrats internationaux. Elle peut être applicable à une convention de concession si la loi du for l'accepte. Le *hardship* résulte de circonstances exceptionnelles et imprévisibles ayant sur l'exécution d'un contrat un impact négatif justifiant une renégociation de tout ou partie du contrat de concession ou de son cahier des charges. Le *hardship* peut être invoqué par l'une ou l'autre partie au contrat. Il n'est donc pas réservé au concessionnaire. Il s'applique essentiellement à des contrats de longue durée, sensibles à des changements de circonstances absolument imprévisibles annulant les fondations même du contrat. Mais le *hardship* diffère de la force majeure qui, elle, prohibe l'exécution même du contrat alors que le *hardship* en altère les fondements de la conception.

[238] G. Marcou, *Un grand projet international, le tunnel sous la Manche*, Revue française d'administration publique, 1999, p. 749.

Conditions du *hardship*. Tout changement n'est pas *hardship* et la notion de *hardship* est complexe. Ses conditions de mise en œuvre, sur la base de clauses existantes, sont les suivantes :

- Élément d'extériorité ;
- Changements fondamentaux[239] bouleversant l'économie du contrat ;
- Changement imprévisible au moment de la signature du contrat ;
- Les circonstances résultant du changement doivent être sévères, insurmontables ;
- Les effets de la situation nouvelle sont totalement différents de ce qui avait été prévu[240] et résultent en une situation inéquitable pour l'une ou l'autre partie.

Si le concessionnaire prend l'initiative d'informer ainsi le concédant du changement de circonstances, il lui appartient *« de présenter toutes les mesures qu'il compte prendre, qu'il propose de mettre en œuvre pour atténuer l'impact de l'évènement sur l'exécution de ses engagements. En tout état de cause, les mesures proposées par le concessionnaire ne pourront pas bouleverser l'économie générale du contrat ».*

217. Hardship *et imprévision.*

Proche de la notion d'imprévision du droit administratif français, le *hardship* en diffère en particulier sur trois points. Seul le concessionnaire, peut invoquer l'imprévision, alors que les deux parties au contrat peuvent invoquer le *hardship*. Surtout, le régime de l'imprévision, strictement objectif et ne visant qu'à assurer la marche du service, est dépourvu de tout sens d'équité, au profit du concessionnaire en particulier. Enfin, le *hardship* diffère de l'imprévision par son extranéité, alors que l'imprévision peut résulter d'une décision du concédant. Le *hardship* doit être substantiel et mettre en cause l'équilibre contractuel. Il faut que le changement entraîne *des résultats fondamentalement différents de ceux envisagés dans la convention.* Il doit introduire un élément inéquitable. Le contrat est déséquilibré. Pour déterminer si on peut faire jouer la clause, il faut donc se référer aux éléments essentiels du contrat. La convention peut stipuler que, en cas de *hardship,* chaque partie peut, moyennant préavis, suspendre son exécution du contrat, différence fondamentale avec l'imprévision.

218. Clause de hardship.

Le *hardship* fait l'objet d'une clause dite *clause de hardship* qui l'identifie et stipule les conséquences. Alors que les clauses de force majeure visent à faire exécuter la convention suivant ses termes, les clauses de *hardship* visent à la modifier pour l'adapter aux circonstances. Une clause typique de *hardship* sera libellée comme suit : *« Si, au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes ou si les circonstances sur lesquelles les par-*

[239] Suivant la formule utilisée par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé en 1994.

[240] Contrats Compagnie française des pétroles, cf. Note P. Fouchard *in* R.A., Paris, 1973. p. 49.

ties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas raisonnablement lui demander de supporter, les parties se mettront d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants [241]*».* Une autre rédaction sera : « *Si, au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, ou si les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants. »,* le but étant *« … de rétablir le caractère équitable du contrat ».* Les conventions de concession du droit administratif ont généralement ignoré jusqu'ici la notion de *hardship*. Une évolution se fait sentir. Ainsi, dans le contrat de concession de Pointe-Noire conclu en 2009 sous un régime de droit administratif, on trouve : *« en cas de survenance d'un évènement extérieur aux parties, de nature à bouleverser durablement l'équilibre économique du contrat et susceptible, le cas échéant, de porter atteinte à la continuité du service pourra être organisée à l'initiative de l'une d'entre elles…étudier les modifications à apporter au contrat pour permettre la continuation du contrat dans des conditions économiques acceptables ».* L'article 40 de la même convention stipule que *« En cas de bouleversement grave de l'équilibre contractuel, la compensation des impacts négatifs de ces bouleversements sera recherchée par une adaptation des règles contractuelles corrélative et limitée à l'évènement constaté, sous l'égide du comité de suivi ».*

E - LITIGES ET CONTENTIEUX

219. Sommaire.

Ce qui suit concerne les litiges entre concessionnaire et concédant et leurs règlements par voie judiciaire, de médiation ou d'arbitrage. La matière des litiges entre concessionnaire et usagers est traitée ensuite.

a. Règlement par voie judiciaire

220. Recours au juge.

Le contrat de concession étant un contrat administratif, le juge administratif, là où il existe et sauf dispositions particulières de la loi, est compétent. Les cahiers des charges

[241] Contrats Ozo-Erap et Sofrepal-C.F.P. (Réf. C.A. Paris, 13.1.1971) repris dans R.A. 1973, p. 69, note M. Fouchard.

français de 1994 et de 2001 renvoient au *« juge du contrat »*, ce qui indique bien que la concession, en droit français, est d'abord un contrat, malgré son caractère mixte. Dans de nombreux pays, les investisseurs se méfient des tribunaux administratifs, qu'ils soupçonnent d'être de collusion avec l'administration ou soumis à elle. Ils n'ont pas confiance dans ces tribunaux, surtout lorsque le concédant est actionnaire de la société concessionnaire ; la nationalité du tribunal aggrave le conflit d'intérêts découlant de cette confusion entre concédant et concessionnaire. Il est donc préférable soit de recourir à l'arbitrage ou à la médiation par une clause compromissoire inscrite au contrat, soit de convenir de la compétence d'un tribunal jugé plus objectif. Mais ce choix peut se heurter aux règles d'ordre public applicables en la matière.

221. Absence de recours judiciaire.

Il n'y a pas place dans le système juridique français et des pays de droit administratif pour une immunité étatique de juridiction. Par contre, certains cahiers des charges ou contrats de concession de pays de *common law* contiennent des clauses d'attribution de compétence au ministre de tutelle ou à une autre autorité administrative, stipulant que la décision ministérielle ou de l'administration est définitive et sans appel *(shall be final and conclusive upon the parties thereto)*. Cette clause léonine trouve son origine dans la notion d'immunité de l'État, et dans le principe suivant lequel la possibilité de passer contrat avec l'État résulte d'une grâce accordant un privilège et non un droit. Aux États-Unis, la Cour suprême avait encore jugé dans ce sens en 1951 dans *United States v. Wunderlich*[242]. Alors même que la décision administrative était d'évidence *« arbitraire, injustifiée et grossièrement erronée.»*. Dans un tel cas, *« chaque fonctionnaire responsable d'un contrat devient un tyran »*, pour reprendre les termes de l'opinion dissidente du Juge Douglas dans l'espèce ci-dessus. Les lois de 1979 et 1982 (41 U.S.C. 321) ont rectifié la situation, mais la clause a encore de nombreux partisans ailleurs dans le monde, car elle est très commode pour les gouvernements et leurs administrations. Elle est inacceptable mais, là encore, elle est de moins en moins acceptée.

222. Absence d'effet suspensif.

L'existence d'un litige et les délais nécessaires à son règlement ne suspendent pas les obligations des parties résultant du cahier des charges et du contrat. L'exécution d'un ordre du concédant non-conforme à ceux-ci pose problème.

b. Règlement amiable et transaction

223. Régime.

La tentative de règlement amiable doit précéder le recours au juge ou à l'arbitre. Certaines législations, comme la loi sénégalaise de 2004 sur les CET, l'encouragent

[242] Cf. B. Schwartz, *Administrative Law*, Little, Brown and Co, Boston, 1984. p. 454.

formellement. Le concédant et le concessionnaire, en cas de litige, peuvent éventuellement et si la loi le permet, transiger. La pratique administrative française encourage la transaction. La convention type d'exploitation de terminal de 2000 ne recourt pas à l'arbitrage mais à la médiation suivie éventuellement d'un recours à la justice. Elle stipule que, en cas de litige, les parties au contrat saisissent un collège de trois médiateurs ; après médiation, s'il y a lieu, le litige est porté devant le tribunal administratif du lieu où se trouve le terminal. Bien qu'elle soit encouragée en matière administrative, et entre autres, pour désengorger la justice administrative[243], son application est limitée par le nombre de matières qui sont d'ordre public et sur lesquelles l'administration ne peut transiger. Il faut en outre que l'autorité compétente ait désigné spécifiquement à cet effet des agents menant la transaction. En Inde, l'Article 19.1 du cahier des charges type des BOT portuaires dispose que le concédant et l'opérateur se rencontreront pour régler à l'amiable tout litige. Certains d'entre eux, portant sur l'interprétation et l'application des termes du cahier des charges, seront soumis à un expert. La décision de celui-ci sera sans appel et les litiges sur lesquels elle porte ne pourront être soumis à l'arbitrage. Si, à l'exception des points soumis à l'expert, les parties ne peuvent régler leur litige, celui-ci est soumis au Président de l'établissement portuaire, qui a 90 jours pour se prononcer. Après quoi, le litige non résolu est soumis à l'arbitrage. De même, au Sri Lanka, l'article 12 du contrat de BOT du terminal à conteneurs de Colombo (1998) stipulait l'obligation de conciliation des litiges avant recours à l'arbitrage. La conciliation (Art. 48) était confiée à quatre représentants confirmés (*senior*) choisis deux par deux par les parties au litige. Les conciliateurs étaient tenus par les termes du contrat de BOT qu'ils ne pouvaient modifier (id.). À Maputo (Art. 25), le concédant et le concessionnaire, en cas de désaccord, doivent se rencontrer et s'efforcer de régler le litige *« rapidement et de bonne foi »*. En cas d'échec, et dans les dix jours de la notification du litige, celui-ci est soumis à un comité de médiation de sept membres. Deux membres du comité sont désignés par le concédant, trois par le concessionnaire et deux par les usagers. La procédure est écrite, les deux parties exposant leurs arguments dans des mémoires, documents justificatifs à l'appui. Le comité statue à la majorité. L'appel de sa décision est possible par recours à l'arbitrage conformément aux dispositions de la loi 3/93 sur les investissements. À Maurice (2007), en cas de litige, les parties doivent se rencontrer rapidement, liquider leur contentieux et mettre par écrit leur accord mutuel. En cas d'échec, elles recourent à l'arbitrage. À Dar es Salam (Art. 7.3) existe un régulateur. La partie au contrat qui constate un manquement de l'autre partie à ses obligations peut le saisir après mise en demeure à l'autre partie de s'exécuter. Le régulateur émet des recommandations. Si celles-ci ne sont pas suivies, le recours à l'arbitrage est de

[243] Circulaire du 6.2.1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, J.O.R.F. 15.2.1995. p. 2518. C. Jarrosson, *Développement de la transaction en matière administrative*, R.A., Paris, 1995, pp.436-439. *Régler autrement les conflits*, Etudes et Documents du Conseil d'État, Paris, 1993, p. 49-81. A. Lyon-Caen, *La transaction en droit administratif*, A.J.D.A. 20.1.1997, pp. 80-86.

droit. Au Cameroun (Art. 57) les parties doivent s'efforcer de régler à l'amiable leur différend avant de le soumettre à l'arbitrage. À Gujarat, les parties à la convention de concession, après notification écrite du différend (*Notice of dispute*), devront, dans les 60 jours, désigner chacune un représentant qualifié. Les représentants se réuniront et s'efforceront *« en toute bonne foi »* de résoudre le différend. En cas d'échec, les parties auront recours à l'arbitrage dans les conditions prévues par la loi de 1996 sur la conciliation et l'arbitrage (*Conciliation and Arbitration Act, 1996*) (Art. 18). À Pointe-Noire (Art. 47), le Comité de suivi paritaire, qui assure le suivi de la concession, est saisi de tous les litiges et s'efforce de les résoudre. En cas d'échec, les litiges sont soumis aux arbitres, *« étant entendu que chaque partie fera un usage raisonnable de la saisine du comité de suivi afin de ne pas contrevenir à l'exploitation du terminal à conteneurs ».* La saisine du comité ouvre une période de conciliation de quinze jours au plus.

c. Arbitrage[244]

224. Définition et domaine.

L'arbitrage[245] est un procédé de règlement des différends sans recours à la justice étatique et suivant des règles choisies par les parties, ou parfois fixées par le droit positif. Elles y recourent le plus souvent par une clause compromissoire insérée dans le contrat. L'arbitrage national est soumis au droit interne en même temps qu'au règlement d'arbitrage choisi par les parties. L'arbitrage international relève du droit international. Celui-ci est formulé en particulier par les conventions internationales, telles celle de New York de 1946 et de Genève de 1961 mais aussi de la jurisprudence et même du droit interne qui peut imposer des règles d'application. Il y a arbitrage international soit parce que l'objet du litige est international, par exemple une vente internationale, soit pour un motif tel que le fait que les sièges des parties au litige se trouvent dans des États différents, et aux droits internes différents. L'arbitrage est donc bien adapté aux grands projets complexes à multiples intervenants. Il est souvent exigé par les sources de financement. Il est alors un facteur et une condition de la bancabilité des projets de montages concessifs. Dans un projet international, il évite le recours à des tribunaux lents, encombrés, aux procédures ésotériques et interminables et à la jurisprudence incertaine.

[244] Cf. H. J. Nougein, Y. Reinhard, P. Ancel, M.C. Rivier, A. Boyer, P. Genin, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale,* Paris, 2004.

[245] Cf. Ph. Fouchard *et al., Traité de l'arbitrage commercial international*. J. Beguin*. Le bon usage de l'arbitrage.* Semaine Juridique, Paris, 29.6.2009, p. 54.

225. Compétence de l'arbitre[246].

D'une façon générale, les États acceptent le principe de compétence d'après lequel les arbitres peuvent se prononcer sur leur propre compétence et poursuivre leur mission sur le fond du litige sans attendre une décision en appel des tribunaux nationaux. La règle est toutefois formulée de façon différente dans les différentes conventions internationales applicables ou règlements d'arbitrage en usage. De même, si certains États, comme la France, admettent l'effet négatif du principe, suivant lequel, si le tribunal arbitral s'est reconnu compétent, la juridiction étatique ne peut plus se saisir du litige, d'autres, tels l'Allemagne, donnent compétence au tribunal étatique pour statuer *prima facie* sur l'arbitrabilité. Vérifier ce point est donc nécessaire avant tout recours à l'arbitrage.

226. Droit et procédures applicables.

Quand il y a arbitrage, il faut choisir d'accord parties des règles de procédure. Ce peuvent être celles de la Chambre de commerce internationale à Paris, celles de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, ou du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale (CIRDI) et autres tels le centre africain d'arbitrage établi au Caire. Au Cameroun (Art. 57), les litiges sont soumis obligatoirement à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. À Pointe-Noire, l'Article 49 de la convention renvoie sur tous les points au règlement de la même Chambre de commerce. Les décisions des arbitres sont exécutoires sur le territoire du Congo dans les mêmes conditions que celles des tribunaux congolais. Au Sri Lanka, en matière d'arbitrage, le contrat de BOT de Colombo renvoie aux règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial. En Inde, l'Article 19 de la convention type renvoie aux dispositions de la loi sur l'arbitrage et la conciliation de 1996. En outre, sauf si, dans les trente jours de la décision de recourir à l'arbitrage, les parties en décident autrement, les règles du Centre international de règlement des litiges de New Delhi s'appliquent. À Dar es Salam (Art. 7.3), la convention se réfère aux règles du Centre de règlement des différends financiers internationaux de la Banque mondiale.

227. Prohibition de l'arbitrage des personnes publiques.

D'une façon générale, les litiges des personnes publiques sont, en droit interne, soumis à la justice étatique. Le Conseil d'État libanais a rappelé ce principe d'immunité de juridiction dans l'arrêt *État libanais c/ Libancell SAL* du 17 juillet

[246] E. Dougier, *Existence, validité et portée des conventions d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques*, R.D.A.I. Vol. 19 N° 5. 2005, pp. 680-687.

2001[247] *« Le principe de l'interdiction de l'arbitrage dans les contrats administratifs revêt une importance capitale dans les contrats de concession parce que l'arbitrage suppose non seulement la renonciation de l'administration à la compétence des juridictions nationales et à certains de ses droits, mais également la renonciation de l'administration à son pouvoir réglementaire constitutionnel dans l'organisation des services publics en le soumettant au contrôle des arbitres, ce qui porte atteinte à la souveraineté de l'État ».* La règle est formulée en France, par l'Article 2060 du Code civil. Celui-ci prohibe le compromis pour les litiges des collectivités publiques et des établissements publics, *« et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».* Les ports autonomes ou les grand ports maritimes ne peuvent donc compromettre. Le principe est que le juge administratif est le juge de droit commun des litiges des personnes morales de droit public, qui ne peuvent avoir recours à l'arbitrage que dans les cas expressément prévus par la loi[248]. À l'autre extrême, on relève dans le projet de cahier des charges du terminal à conteneurs de Tunis, établi en 2006, une attribution de compétence exclusive à l'arbitre, ce qui peut ne pas avoir été conforme au droit tunisien. Le droit international, par les termes de la Convention de New York du 10 juin 1958, a pris acte de la prohibition du recours à l'arbitrage par les entités publiques[249].

228. Évolution du droit.

Des lois spécifiques ont peu à peu autorisé l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques. Ainsi en France, des décrets peuvent autoriser les établissements publics industriels et commerciaux à compromettre. De même les litiges nés des marchés publics de construction peuvent être arbitrés. Enfin, la législation sur le partenariat public-privé, promulgué à partir de l'Ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004, dispose en faveur de l'arbitrage des litiges entre partenaires publics et privés[250]. Puis, le droit interne des pays qui prohibaient le recours à l'arbitrage par les entités publiques a évolué en raison du développement des relations internationales et des contrats internationaux de ces entités. Dès 1984, la Cour de cassation française limitait l'interdiction de l'arbitrage aux seuls contrats de droit interne[251]. La loi 86-972 du 19 août 1986 a autorisé l'État et les entités publiques à recourir à l'arbitrage dans leurs contrats conjoints avec des sociétés étrangères *« pour l'exécution de*

[247] M. Sfeir-Slim. *Le timide sursaut du législateur libanais*. R.A. 2002, n° 3. p 645.

[248] C.A.A. Lyon. 27.12.2007, SA Lagarde et Meregnani, A.J.D.A. 7.4.2008, pp. 698-704.

[249] Convention pour la reconnaissance de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958, Articles 4 à 6, *in* P. Fouchard *et al., Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec Paris, 1996, p.1056.

[250] N. Chahid-Nourai et R. Laterges, *La résolution des litiges dans les contrats de partenariat*, A.J.D.A., 1924-1932.

[251] Arrêt Myrton Steamship du 14.4.1984, R.A.

projets d'intérêt national ». La formule est au total assez restrictive[252]. Par ailleurs, le juge français n'admet plus qu'après avoir signé un contrat international avec clause compromissoire, une entité publique invoque les dispositions de son droit interne limitant ou interdisant sa capacité à recourir à l'arbitrage pour échapper à ses obligations, en récusant, après l'avoir acceptée, la compétence arbitrale. L'ordre international ne peut être tenu en échec par le droit interne[253]. Mais, lorsque des investisseurs obtiennent une concession dans un État étranger, ce dernier impose la création d'une société de droit local, qui devient concessionnaire. L'arbitrage convenu dans la convention de concession est alors réglé par le droit interne, que l'État, partie à la convention, peut modifier à sa guise, aux besoins avec effet rétroactif. La sécurité juridique du concessionnaire est faible et sa position fragile.

229. Application.

La loi marocaine du 14 février 2006 (Art. 9) dispose que les litiges entre concédants et concessionnaires en application du droit interne ou d'une convention internationale, peuvent être soumis à l'arbitrage. En Turquie, la constitution qui limitait le champ d'application de l'arbitrage a été modifiée ; la loi 4686 du 20 juin 2001 sur l'arbitrage international fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à cet arbitrage pour régler des différends concernant des services publics et *« comportant un élément d'extranéité »*[254]. En Syrie, les établissements publics doivent obtenir une autorisation spéciale avant de souscrire une clause compromissoire. En Iran, l'autorisation relève du parlement, portant sur la mission d'un service public[255]; le parlement est intervenu en 2002 et l'arbitrage est désormais autorisé en matière administrative. En Tunisie, le nouveau Code d'arbitrage dispose que les établissements publics peuvent recourir à l'arbitrage dans les litiges internationaux, économiques, financiers ou commerciaux. On trouve désormais des dispositions semblables dans les codes de Jordanie, d'Égypte et d'Algérie. Toutes attestent le recul du principe de prohibition, qui ne résiste pas à l'internationalisation des économies et du droit applicable. En Afrique subsaharienne, l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA)[256]

[252] Cf. Y. Gaudemet, *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité), Mélanges.* R. Drago, Paris, 1996, p. 259. G. Robin, *Arbitrage international et personnes morales de droit public*, R.D.A.I. vol. 17, 2002, pp. 871-892. G. Teboul. *Arbitrage international et personnes morales de droit public, Brèves remarques*, A.J.D.A. 20.1.1997, pp. 25-29. *Arbitration Between Government-Controlled Bodies and Foreign-Owned Business Firms*, International Law Association (Washington, D.C). New York, 1972. C. Jarrosson, *L'arbitrage en droit public*, A.J.D.A. 20.1.1997, pp. 16-22.

[253] Cassation, Galakis, 14.4.1984 J.C.P. 1984 II 14798. C.A. Paris Gatoll 17.12.1991.

[254] Texte dans la R.A., Paris, N° 1 de 2002, p. 224.

[255] R.A., N° 4, 2001, p. 856.

[256] Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République centrafricaine, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Tchad, Togo, Cf. O. Fille-Lambie et J.M. Loncle, *L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public, Aspects du droit français et du droit OHADA*, RDAI 1, 2003, pp. 3-37. P. Lebouanger, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, RA, 1999. p. 34. J. M. Tchakoua, *L'arbitrage des différends dans l'espace OHADA*, Recueil Penant, Paris, No 835, 1.2001, p. 5.

institué par le traité de Port Louis du 17 octobre 1993 (révisé à Québec le 17 octobre 2008) pose le principe que les établissements publics peuvent recourir à l'arbitrage. Un acte uniforme sur l'arbitrage a été promulgué. Il a force de loi. Le droit interne qui s'opposerait à l'arbitrage est écarté. Les parties ne peuvent l'invoquer, que le litige concerne un contrat international ou de droit interne. Il ne peut donc y avoir conflit de lois. Au Sénégal, la loi de 2004 sur les contrats CET prévoit le recours à l'arbitrage entre concédant et opérateur, sur le fondement du droit OHADA. Il en est de même en Guinée en application de la loi de 1998 instaurant des contrats dits BOT. En Inde, l'arbitrage est de droit si le litige ne peut être réglé à l'amiable ou par décision du président de l'établissement portuaire, en application de la loi de 1996 sur l'arbitrage *(Arbitration and Conciliation Act, 1996)*.

230. Suite.

Il peut y avoir doute sur la capacité des établissements publics portuaires ou autres à recourir à l'arbitrage**.** On a reproché à certains d'entre eux, d'exciper leur incapacité à arbitrer, au moment du litige, alors qu'ils avaient signé une clause compromissoire, trompant ainsi leur cocontractant. Un tel procédé viole le principe suivant lequel le contrat doit être exécuté de bonne foi. La Cour de cassation française a jugé d'abord, en 1964, dans l'arrêt *San Carlo*, que la prohibition de compromettre formulée à l'encontre des organismes publics ne valait pas en droit international. De même, un certain nombre de législations ont disposé que *« les entités publiques pouvaient recourir à l'arbitrage et n'étaient pas autorisées à dénier que le litige puisse être arbitré, ni à nier qu'elles puissent recourir à l'arbitrage, ni nier la validité de la clause compromissoire insérée dans le contrat ».* De ce fait, le droit à l'arbitrage et l'obligation de s'y soumettre sont considérés comme éléments importants de l'ordre public international.

231. Prohibition de l'arbitrage du fait de l'objet du différend.

Si la capacité des entités publiques à recourir à l'arbitrage est désormais davantage reconnue, le champ d'application de l'arbitrage demeure souvent limité au domaine commercial ou apparenté. En France les Articles 2059 et 2060 du Code civil disposent qu'on ne peut compromettre que sur les droits « *dont on a la libre disposition* » et qu'on ne peut donc compromettre sur les matières d'ordre public. Dans une concession, cette règle peut s'appliquer à la plupart des litiges entre le concédant et le concessionnaire, vidant ainsi la clause compromissoire de sa signification. Car le concédant, s'il n'est pas par exemple un port autonome, établissement public, n'est pas propriétaire des droits publics. Il n'en est que le dépositaire exécutant d'un mandat que lui a confié l'État. L'Article 21 du traité de l'OHADA stipule que tous les *« différends contractuels »* sont soumis à l'arbitrage. Mais l'Article 2 du même traité écarte formellement le droit administratif de son domaine. Il ne suffit donc pas que

le contrat de concession ou de CET/BOT se référant au droit OHADA, contienne une clause compromissoire pour que le litige puisse être soumis aux arbitres. Il ne doit pas porter sur une matière relevant du droit administratif, ce qui risque d'être le cas pour la plupart des litiges entre concédant et concessionnaire. Le droit OHADA comme son nom l'indique (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique), est le droit des affaires et les auteurs du traité n'ont pas voulu y inclure des matières relevant du droit administratif, même si le droit des affaires dépasse le droit commercial traditionnel**.** L'opinion contraire a été fortement soutenue par les auteurs favorables à la diffusion du droit OHADA[257]. Mais elle se heurte à la lettre même du traité : L'objet du contrat détermine le droit applicable et celui-ci détermine l'arbitrabilité. Et s'il ne se réfère pas au droit OHADA, l'arbitrage peut encore être prohibé par des dispositions équivalentes à celles du droit français. Au Sénégal, la loi de 2004 sur les CET admet l'arbitrage lorsqu'un litige ne peut être réglé à l'amiable et suivant les règles fixées par l'Acte unique sur l'arbitrage de l'OHADA. Mais le tribunal de Dakar demeure compétent, ce qui semble indiquer qu'il y a choix entre arbitrage et recours au juge. Au Maroc[258], l'Article 306 du Code de procédure civile écarte l'arbitrage lorsque le litige *« concerne des actes ou des biens soumis à un régime de droit public »*. De ce fait, l'arbitrage des litiges portant sur le domaine public et sur les travaux publics est écarté. Ils relèvent de la compétence des tribunaux administratifs créés par la loi du 12 juillet 1991.

d. Voies d'exécution

232. Problématique et évolution du droit.

L'exécution d'une décision judiciaire ou d'un jugement arbitral à l'encontre du concessionnaire, personne privée, ne présente pas de difficulté pour le cocontractant, personne publique. Par contre, le concédant, État ou personne publique est protégé par l'immunité d'exécution. Celle-ci est un principe de base du droit international public[259]. Elle a fait l'objet de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, qui énonce les règles applicables à la protection des biens affectés à l'exécution d'une mission diplomatique. Elle rend ainsi insaisissable les comptes bancaires d'une ambassade ou d'un consulat. La Convention de Bâle du 16 mai 1972 sur l'immunité des États stipule que l'État ou la personne publique peuvent renoncer à cette immunité mais cette renonciation ne se présume pas. Elle doit être de préférence formelle ; toutefois le droit français admet qu'elle puisse être implicite. La décision de compromettre n'implique pas une renonciation à l'immunité d'exécution.

[257] A. Amoussou-Guenou, *L'arbitrage dans le traité OHADA*, RDAI N° 3, 1996, p. 321.

[258] Cf. Y. Gaudemet, *L'arbitrage de droit public au Maroc,* R.A., vol. 47, 2002, N° 4, pp. 883-898.

[259] Cf. I. Pihgel-Lenuzza, *Les immunités des États, en droit intenational*, Ec. Université de Bruxelles, 1997. D. Nedlar, *Tendances actuelles du droit international des immunités des États*, J.D.I. 1997, p. 59.

Dans les États OHADA[260], l'article 30 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de mesures d'exécution protège les deniers publics de la saisie. L'immunité d'exécution est également formulée par le droit interne. C'est le cas de la loi française sur l'insaisissabilité des deniers et biens publics. Elle est enfin confirmée par la jurisprudence pour laquelle, entre autres, la signature d'une clause compromissoire ne peut faire échec à cette immunité. Ainsi en est-il en France de l'arrêt *Bureau des recherches géologiques et minières* rendu par la Cour de Cassation le 21 décembre 1987[261]. Au Cameroun, un jugement du tribunal civil de Douala, en date du 13 novembre 1998, *Office national des ports du Cameroun c/SFIC*, a levé une saisie de la trésorerie de l'organisme portuaire au motif des fonctions de service public de l'établissement et du caractère public des fonds qu'il détenait. Cette immunité d'exécution a été et demeure la source de nombreux abus de la part de personnes morales de droit public, y compris le refus d'exécuter des décisions de justice ou d'arbitrage. En France, la loi du 16 juillet 1980 permet au juge administratif de prononcer une astreinte contre une personne morale de droit public en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative ; mais la règle ne s'applique pas aux décisions arbitrales. L'immunité est de moins en moins conciliable avec l'intervention des États dans l'économie, soit directement, soit par l'intermédiaire de leurs entités autonomes tels les établissements portuaires. Ces entités se veulent industrielles et commerciales dans leur gestion quotidienne, mais se déclarent étatiques lorsqu'il faudrait en assumer les conséquences.

233. Évolution.

La doctrine juridique et la jurisprudence tendent à être de plus en plus restrictives à l'égard de l'immunité des États et des personnes publiques, qui recule, même dans les pays de *common law* où cette immunité a été traditionnellement très affirmée[262]. L'immunité est donc de plus en plus remise en question[263]. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Hornsby* du 19 mars 1997, a jugé que le droit à un procès équitable impliquait le droit à l'exécution des décisions de justice[264]. Le droit de l'Union européenne va dans le même sens. Se basant sur l'activité économique de la personne publique, il écarte sa nature juridique pour s'interroger sur son objet,

[260] Loi 91-650 du 9.7.1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, Art. 1. 10.2000, pp. 767-772. Les Articles 1 et 3 de la loi prohibent l'exécution forcée et les mesures conservatoires sur les biens des personnes publiques « qui bénéficient de l'immunité d'exécution ». Ces derniers termes sont à double sens, soit affirmant que toutes les personnes publiques bénéficient de cette immunité, soit que la règle ne s'applique qu'aux personnes publiques bénéficiant de l'immunité.

[261] R.F.D.A. 1988, p. 771, Conclusions L. Charbonnier et Note B. Pacteau.

[262] Cf. D. Nadjar, « Tendances contractuelles du droit international des immunités des États », J*ournal du droit international*, Paris, 1997, 1, pp. 58-102.

[263] Cf. S. Clamens, *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques*, AJDA 20.10.2000, p. 767-772. J. Maury, *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger*, AJDA 12.2003, pp. 2119-2123.

[264] AJDA 1997, p. 986, Chronique O. Dugrip et F. Sudre.

administratif ou économique. Il lui impose les mêmes règles que celles applicables à une entreprise privée ayant une activité semblable, pour ce qui est des biens de son domaine privé. Aux États-Unis, où l'immunité est la règle, la Cour suprême a jugé dans *Hess v. Port Authority Trans-Hudson Corporation*[265] du 14 novembre 1994 que bien qu'un établissement public portuaire relevant de deux États (New York et New Jersey) soit protégé par l'immunité par application de la constitution de l'État, ses actifs pouvaient faire l'objet de mesures d'exécution car il avait ses ressources. Ses dépenses propres et ses deniers n'étaient donc pas des deniers publics insaisissables. En France, la Cour de cassation a rendu le 6 juillet 2000 l'arrêt *Creighton Ltd c/ État du Qatar*[266] cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris. Celui-ci avait reconnu l'immunité d'exécution de l'État du Qatar, qui invoquait contre un créancier. Ce dernier, qui avait obtenu une décision arbitrale favorable, voulait faire saisir des fonds protégés par la Convention de Vienne citée ci-dessus. La Cour de cassation a jugé que *« l'État du Qatar, en recourant à un arbitrage soumis au Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, avait renoncé à son immunité d'exécution.»* Car l'Article 24 du Règlement dispose que les parties s'engagent à exécuter la sentence et renoncent aux voies de recours. L'arrêt *Craighton* a été considéré comme une avancée, protégeant les investisseurs contre des gouvernements ou des institutions publiques de mauvaise foi. À Maputo (Art. 26), le concédant renonce à son immunité de juridiction et d'exécution *« dans les limites permises par les lois applicables ».* À Lagos Apapa, en cas de litiges entre concédant et opérateur, la *Nigeria Port Authority* renonce *« formellement et irrévocablement »* à toute immunité de saisie conservatoire ou d'exécution sur des actifs jouissant d'une immunité découlant de leur caractère étatique (*sovereign immunity*) ou autre (Contrat, Art. 17.9). On notera toutefois que si l'immunité résulte de la loi, un établissement public ne peut y renoncer sans l'aval du législateur.

e. Litiges entre concessionnaires et usagers

234. Compétence.

Lorsqu'il y a dualité de juridiction, le juge administratif sera compétent pour juger les litiges touchant au contrat de concession, interprétation du cahier des charges, etc. Les litiges de nature commerciale ou patrimoniale seront soumis au juge judiciaire. En France, le Conseil d'État favorise les blocs de compétence, par lesquels tous les litiges, quelle que soit leur nature, sont soumis au même juge. Il en est ainsi en matière

[265] 513 U.S. 40.

[266] RA 2001, p.114-122. Note Ph. Leboulanger. G. Zeyen, *Les immunités des États dans les contrats d'investissement*, RDAI N° 3, 2006, p. 333-348. E. Gail et J. Waiving, *State Immunity from Execution, An Update in France*, New York Law Journal, Dec. 5, 2000.

de concessions autoroutières considérées comme des services publics administratifs. Tous les litiges relèvent du juge administratif. L'absence de doute sur la juridiction à saisir accroît la sécurité juridique des parties au litige[267]. Au Maroc, les litiges entre concessionnaire et usagers sont soumis à une procédure de conciliation avant tout recours judiciaire ou arbitrale.

[267] Cf. N. Chaid-Mourad et J. Champy, Note sous l'arrêt Sté SGTL c/ ESCOTA, T.c. 20.11.2006, A.J.D.A. 21.4.2007, pp. 849-852 et les références.

VI - Terme, renouvellement et retrait des concessions

235. Sommaire.

Dans ce qui suit, on examinera la durée et le renouvellement des concessions, et leur fin avant terme, soit du fait du concédant, soit du fait du concessionnaire. On examinera ensuite les conséquences financières de la fin à terme ou avant terme de la concession. Dans tous ces régimes, la précarité domine, mais moins dans les BOT que dans le régime de concession de droit administratif. Dans les deux cas, les droits contractuels du concessionnaire se heurtent à la souveraineté de l'État concédant.

A - TERME ET RENOUVELLEMENT

236. Problématique[268]*.*

Durée et renouvellement sont étroitement liés. Ils mettent en jeu plusieurs concepts : **économiques** avec la contestabilité ouvrant la voie à la concurrence ; **financier** avec l'amortissement du coût des investissements ; et **juridique** avec la précarité de l'occupation domaniale face aux exigences de l'intérêt public. Et les restrictions et obligations qui résulteront de l'application de ces trois concepts affecteront la sécurité juridique, elle-même condition du bon fonctionnement de la concession et de son efficacité dans l'intérêt des usagers, du concessionnaire et du concédant, c'est-à-dire l'intérêt général. Il est indispensable de rechercher et trouver un équilibre, sans dogmatisme dans l'application des principes.

[268] Cf. B. du Marais, *op. cit.* note 1, p. 393 et s. C. Boiteau *op. cit.* note 1, p. 143 et s.

a. Durée contractuelle des concessions

237. Durée et risques.

La durée de la concession est en principe fonction de l'importance des investissements à amortir[269]. Dans une approche plus fine, un auteur[270] propose de tenir également compte de l'exclusivité accordée ou non au concessionnaire et du système de régulation retenu. Si le processus de régulation permet un contrôle permanent et efficace des tarifs, la durée peut être longue. Dans le cas contraire, elle devra être courte[271]. Dans tous les cas, la durée est un risque pour le concessionnaire et pour le concédant. Un concessionnaire qui s'engage pour trente ans ignore ce que seront l'inflation, les taux d'intérêt et de change, les régimes fiscaux, l'évolution du trafic, etc. pendant ce laps de temps. Plus la durée de la concession est longue, mieux doivent être défendus les intérêts du concessionnaire, en évitant qu'il tire de cette durée une rente de situation. Ces intérêts sont trop souvent suspects aux yeux de commentateurs obsédés par la défense d'un intérêt général qui peut n'être que celui de l'administration et de ses agents. Il faut donc écarter les modèles standards de contrats de concession qui ne contiennent pas les stipulations protégeant le concessionnaire en fonction de la durée de la concession. On a avancé que, pour encourager la concurrence par la contestabilité, les concessions devaient être accordées pour une courte durée, sans considération de la durée d'amortissement des investissements. Cette approche adoptée par certains économistes a été reprise au début des années 2000 par la commission de l'Union européenne dans la préparation de sa directive sur les ports maritimes. Sa première version envisageait des concessions dont la durée était limitée dans tous les cas à cinq ou 10 ans. Mais l'objectif de mise en concurrence ne doit pas primer sur celui de bon fonctionnement du service concédé et d'équilibre financier de la concession. Aucun concessionnaire sérieux, soucieux de constituer une clientèle, n'acceptera une durée de concession inférieure à celle nécessaire pour rentrer dans ses frais. La courte durée est à la rigueur acceptable dans les locations et affermages, pas dans les concessions. Et même en matière de locations, seules des durées de contrats assez longues permettent d'établir la confiance nécessaire à une exploitation portuaire profitable pour tous. De son côté, le concédant, si la concession fonctionne bien, a intérêt à ce qu'elle dure, sous réserve d'aménagement périodique, pour maintenir l'équilibre entre les intérêts respectifs du concessionnaire et du concédant. Des relations de longue durée avec un concessionnaire consolident la propre situation financière du concédant, inspirent confiance aux institutions bancaires et facilitent,

[269] CE 11/8/2009. Commune d'Aix en Provence, A.J.D.A., 10/9/2010, pp. 954-957. Note. P. Subra de Bieusses.

[270] P. Lignères, *op. cit.* note 1.

[271] *Op. cit.* note 1.

par exemple, les émissions d'obligations[272]. En 2001, un rapport du Sénat français concluait qu' *« il faut éviter que les opérateurs ne souffrent d'insécurité juridique du fait de concessions de trop courtes durées qui les empêcheraient d'envisager une gestion à long terme nécessaire à l'intérêt général. »*[273]

238. Application.

En France, le Conseil d'État, a jugé que la règle limitant la durée de la concession à celle de l'amortissement, que celle-ci coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable, était d'ordre public[274]. La convention type d'exploitation de terminal (2000) (Art. 10) dispose que la durée de la convention doit *« tenir compte »* de la durée d'amortissement des investissements de l'opérateur. À Anvers, les investissements proposés par le concessionnaire sont divisés par la superficie totale de la concession et ainsi, on détermine un paramètre pour déterminer la durée, notamment le montant d'investissement par mètre carré. Le caractère foncier de la concession en droit portuaire belge explique cette approche. En fait, d'autres éléments, tels les perspectives de trafic sont pris en considération pour la détermination de la durée de la concession. L'excellente loi marocaine du 14 février 2006 sur les délégations de service public formule la règle générale suivant laquelle *« tout contrat de gestion déléguée doit être limité dans sa durée. Celle-ci doit tenir compte de la nature des prestations demandées au délégataire et de l'investissement qu'il devra réaliser et ne peut dépasser la durée normale de l'amortissement…des ouvrages financés par le délégataire. »* La loi tunisienne du 1er avril 2008 sur les concessions va dans le même sens. La loi française du 29 janvier 1993, concernant les collectivités territoriales, dispose aussi que la durée de la concession est limitée à celle de l'amortissement des ouvrages et installations financés par le concessionnaire. Dans son arrêt d'Assemblée du 8 avril 2009 *Commune d'Olivet*, le Conseil d'État a jugé que cette loi s'appliquait aux contrats de concession conclus antérieurement à sa promulgation[275], ce qui entraînait le raccourcissement de la durée de concession antérieure. Au Portugal, la loi dispose que la durée des concessions portuaires est fixée en fonction de l'importance des investissements à effectuer. La loi portuaire de Colombie dispose que cette durée est fixée *« de façon à permettre au concessionnaire de récupérer son investissement »*. Le Guide *(ToolKit)* de la Banque mondiale (paragraphe 3.4.), considère la détermination de la durée de la concession comme une décision stratégique, cette durée étant fonction du volume des investissements du concédant et du concessionnaire. Ce document retient les chiffres de 10 à 15 ans pour les concessions limitées aux outillages, de 25 à

[272] Cf. T. Dowd, *Container terminal leasing and pricing*, M.P.M. vol. 11, 1994, pp. 277-288.

[273] H. Haenel. *Vers des services publics « à l'européenne »*. Rapport du Sénat, N° 82. 2000-2001, p. 69.

[274] Ce. 11.8.2009. Commune d'Aix en Provence, A.J.D.A., 10 mai 2010, p. 954-957, note. P. Subra de Bieusses, déjà cité.

[275] A.J.D.A. 8.8.2009, pp. 1090-1094 Note S. J. Lieber et D. BOT Teghi.

30 ans pour les BOT/CET, et de 10 ans pour les simples contrats de gestion. Il relève que la détermination de la date d'entrée en vigueur de la concession peut être source de difficultés, compte tenu de l'extrême diversité des obligations contenues dans la convention, ce qui a un impact sur la date du terme de la concession. Typiques de concessions de longue durée liée à la durée d'amortissement des ouvrages est la concession du tunnel sous la Manche, consentie, après prolongation, pour 99 ans, comme avant elle celle du Canal de Suez en 1869.

239. Formulation chiffrée de la durée.

Généralement, le droit positif fixe une durée maximale. En Inde, elle est de 30 ans, en Colombie, de 20 ans, au Portugal de 30 ans. En France, elle est de 70 ans en application de la loi du 29 janvier 1993. Une durée de dix ans a été retenue en 2009 pour des concessions d'exploitation de ports français. La loi portuaire du Mexique la fixe à 50 ans. Celle du Chili la fixe à 30 ans. À Anvers, le minimum est de 9 ans et le maximum de 99 ans, mais on rappelle ici qu'il s'agit de simples concessions domaniales. Au Brésil, en application de la loi de 1869 autorisant les concessions portuaires, leur durée ne pouvait excéder 90 ans, chiffre ramené à 70 en 1934. L'État pouvait résilier la concession après dix ans. En Bulgarie, la loi limite à 30 ans la durée de toutes les concessions. Le code tunisien des ports de commerce, (Loi 99-25 du 18 mars 1999), dispose pour une durée maximale de trente ans, pouvant être prolongée de 20 ans au plus. Un projet de concession de terminal à céréales dans le port de Constantza en Roumanie, en 1998, prévoyait une durée de concession de 30 ans. Enfin, l'article 7 de la concession pour la construction, le développement et l'administration du terminal à conteneurs de Manzanillo au Panama prévoit une durée de 20 ans. En Chine, Hutchinson Whampoa a obtenu une concession portuaire de 99 ans. Par contre, en Égypte, la durée maximale des concessions est fixée à trente ans par la loi de 1947 modifiée. Mais en 2003 la loi sur la participation du secteur privé aux investissements d'infrastructure prévoyait de porter la durée des concessions à 99 ans. La Banque asiatique de développement recommande, sans la justifier, une durée de principe de 20 à 40 ans.

240. Prorogation de la concession.

La concession peut être temporairement prolongée si la continuité du service d'intérêt général l'exige (C.E. 8 juin 2005*. Commune de Ramatuelle)*[276]*.* Par ailleurs, le droit positif français autorise les collectivités territoriales à prolonger temporairement une concession, en cas d'urgence et pour assurer la continuité du service public, qui prime sur les règles de procédure (même arrêt). Elle peut également l'être si, au cours de la concession, des *« investissements matériels ou immatériels »* supplémentaires

[276] A.J.D.A, 12.9.2005, Note J.D. Dreyfus.

s'avèrent nécessaires, qui doivent à leur tour être amortis[277] sont mis en place, dont la durée d'amortissement dépasse le terme du contrat, celui-ci est reporté automatiquement pour permettre leur amortissement. Là encore, la loi marocaine précise que *« la durée de prorogation doit être strictement limitée aux délais nécessaires au rétablissement des conditions de continuité de service ou de l'équilibre financier du contrat ».* Elle fait donc une référence justifiée au droit du service public et au principe de base de la gestion financière des concessions, dans un souci d'équilibre des intérêts des parties à la convention. La loi tunisienne du 1er avril 2008 énumère limitativement les motifs de prorogation et n'autorise qu'une seule prorogation à la demande du concessionnaire. Elle n'admet cette prorogation que pour des motifs échappant au contrôle du concessionnaire : retards dans la mise en place ou interruption de la gestion de la concession, notice d'intérêt général, coûts de travaux supplémentaires nécessaires à la prestation de service public mais compromettant l'équilibre financier de la concession. Le cahier des charges français de 1994 prévoyait que la concession pouvait être prolongée d'une durée déterminée d'un commun accord, disposition supprimée du cahier des charges de 2001, ce que l'on peut regretter. Au Sénégal, la loi de 2004 sur les CET dispose que le contrat ne peut être prolongé de plus de cinq ans, et pour des motifs déjà stipulés dans son contenu. La recommandation 62 de la CNUDCI dispose que la loi doit limiter la prorogation *« aux hypothèses d'un retard dû à des circonstances irrésistibles, d'une suspension, liées à des actes des autorités publiques, ou pour permettre des frais supplémentaires imposés par l'autorité contractante. »*

241. Abus pouvant résulter de la durée des concessions.

La durée excessive de la concession peut être un moyen oblique pour le concessionnaire de se maintenir indéfiniment en place. En fait, les concessionnaires tentent d'obtenir des concessions de longue durée pour éviter la contestabilité, ce qui a été corrigé par les nombreux faits du prince du concédant qui retire les concessions bien avant leur terme. L'auteur de cet ouvrage a eu l'occasion, dans une consultation, de recommander d'écarter une clause qui prévoyait une prorogation de 20 ans à la demande du concessionnaire. On a fait valoir que, si le concédant désirait procéder à un nouvel appel à la concurrence à l'expiration de la concession, cette clause le liait dangereusement.

[277] Loi 94-679 du 8 août 1994. La notion d'investissements immatériels a été par la suite éliminée, car ayant pu dissimuler des pratiques de corruption.

b. Renouvellement de la concession

242. Principes.

Le renouvellement d'une concession est soumis à des règles strictes. Dans la plupart des cas, le concessionnaire désire que la concession soit renouvelée à son profit. Un tel renouvellement, s'il est automatique, est contraire au principe de contestabilité. Celui-ci est destiné à empêcher la constitution de rentes, et la mise en place de monopoles. La notion économique de contestabilité rejoint ici le concept de précarité applicable au droit domanial. L'intérêt qui a été porté à la contestabilité et à la concurrence a un aspect négatif. Il s'est traduit par une certaine hostilité systématique à l'égard du renouvellement préférentiel des concessions. La recherche d'un nouveau concessionnaire est même devenue un principe doctrinal en la matière. Mais la concurrence n'est pas une fin en soi. Elle vise à empêcher les positions dominantes et les rentes ainsi qu'à améliorer la qualité du service. Or, il est de l'intérêt du concédant d'établir des relations à long terme avec des opérateurs, lignes de navigation ou autres, susceptibles de créer et de fidéliser le trafic. En droit administratif et régime domanial, le renouvellement de la concession est en fait l'octroi d'une concession nouvelle. Le droit européen de la concurrence rend désormais obsolètes les renouvellements automatiques ou unilatéraux.

243. Application.

En France, le concessionnaire n'a aucun droit au renouvellement**.** Le critère de la décision peut être domanial. Ainsi le Conseil d'État a jugé[278] que *« les titulaires d'autorisations n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre…il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge, d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public ».* Le critère peut être aussi l'intérêt général, pour ce que ce terme subjectif et contingent signifie. Le juge administratif français contrôle effectivement les refus de renouvellement. À Anvers, les concessions peuvent être renouvelées tous les cinq ans. Mais une clause automatique de renouvellement insérée dans un acte concernant une concession de 99 ans serait illégale. Au Chili, où les concessions portuaires sont octroyées pour une durée maximale de 15 ans, elles peuvent être renouvelées mais ne peuvent dépasser 20 ans. En Colombie, la concession peut être renouvelée, par périodes successives de 20 ans chacune au maximum. À Douala, l'Article 27 de la convention de concession qualifie la concession de *glissante*. La convention est passée pour 15 ans, renouvelable par périodes de 10 ans. Au Bénin, la concession portuaire est renouvelée sur demande du concessionnaire. Le projet de contrat de concession du terminal à conteneurs de Dakar (1983) stipulait le renouvellement de la concession, par tacite reconduction, consentie pour dix ans.

[278] 14.10.1991, Requête N° 95.957.

244. Conditions d'un nouvel appel à la concurrence.

Un nouvel appel à la concurrence s'impose si le renouvellement n'est pas accordé. Le concessionnaire d'origine peut y participer. Il jouit d'un avantage car il connaît les conditions de fonctionnement et les coûts de la concession. Ce nouvel appel à la concurrence assure la contestabilité de la concession, compromise par des durées excessives de celles-ci. Il est essentiel en cas de monopole[279]. En Argentine, une concession accordée pour 99 ans est en fait soumise à un nouvel appel d'offres au bout de quinze ans puis tous les dix ans. Cette solution présente toutefois deux inconvénients. Si le nouvel appel à la concurrence est aisé lorsque seul le droit d'exploiter est l'objet de la concession, il l'est moins lorsque le rachat des investissements réalisés par le concessionnaire d'origine est compris dans l'offre ; si le candidat à la concession peut acquérir les outillages pour un prix modeste et reporter son effort sur la redevance qu'il proposera au concédant, il sera préféré au concessionnaire sortant. Les conditions du nouvel appel à la concurrence doivent donc être telles que le concessionnaire d'origine ne soit pas automatiquement perdant. Traditionnellement, l'indemnisation du concessionnaire évincé se limite à la contre-valeur des investissements non encore amortis, au mieux à leur valeur au prix du marché. Il n'obtient rien pour son fonds de commerce, ce qui est normal lorsque celui-ci est lié à la concession (réseau de distribution d'eau) mais ne l'est pas lorsque le concessionnaire a créé un marché, attiré du trafic. Le nouveau concessionnaire va bénéficier d'un enrichissement sans cause ou rente économique. Certains cahiers des charges, tels le cahier des charges français de 2001, ne fixent pas de règle et renvoient à la convention elle-même.

B - EFFET DE L'EXPIRATION DE LA CONCESSION

245. Conséquences de l'arrivée à terme de la concession.

Au terme de la concession, pour assurer la continuité du service public, les ouvrages, outillages et équipements de la concession sont remis au concédant, quel que soit le motif de l'expiration du contrat et leur classement parmi les biens de la concession. Leur attribution définitive à l'une des parties au contrat est décidée ultérieurement, en application des termes de la convention. La convention de concession n'est qu'un mode de gestion d'un service matériellement nécessaire, qui doit être soit confié à

[279] E. Chadwick, *Results of different principles of legislation in Europe*, Journal of the Royal Statistical Society, Londres, Series AQ 22: H. Demsetz, *Why regulate utilities*, Journal of Law and Economics, Chicago, vol. 11, 1968. J.J. Laffont et J. Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1993. D. Encaoua, *Réglementation et concurrence*: *quelques éléments de théorie économique*, Économie et Prévision, Paris, N° 76, 1986, pp. 8-43.

un autre concessionnaire, soit exploité en régie. La règle de continuité s'applique. Le concessionnaire sortant continue à être tenu par ses engagements financiers, mais tous les autres, qui permettaient le fonctionnement de l'exploitation des ouvrages et outillages, sont assumés par le concédant, qui est subrogé au concessionnaire sortant. La convention de concession doit stipuler la nature des documents, logiciels, et autres, que le concessionnaire sortant doit remettre au concédant.

C - FIN AVANT TERME DE LA CONCESSION

246. Sommaire.

La concession, qui est en fait précaire et fragile, prend fin avant terme par rachat, retrait, ou déchéance, tous procédés constituant résiliation du contrat. La loi ou les cahiers des charges identifient ce processus dans des listes limitatives. Ainsi, la loi guinéenne de 1998, qui introduit les BOT, énumère les cas de résiliation du contrat. Il en est de même de la loi marocaine de 2006 sur les délégations de service public. On distinguera la résiliation unilatérale par l'une ou l'autre des parties, le retrait pour motif d'intérêt général, la résiliation par sanction pour faute ou manquement, également connue sous le nom de déchéance, et celle par accord mutuel. Les conséquences financières de la résiliation seront étudiées ensuite. Mais la résiliation est incompatible avec la sécurité juridique que l'importance des engagements financiers du concessionnaire rend indispensable.

a. Précarité de la concession

247. Problématique.

La concession est précaire car elle est à la fois licence accordée unilatéralement et contrat mettant en œuvre l'application de cette licence. Le contrat donne certes des garanties au concessionnaire mais, en droit administratif comme en *common law*, le concédant a toujours davantage de pouvoirs en matière de résiliation de contrat que le concessionnaire ou opérateur. Ce dernier peut en outre être victime de l'arbitraire administratif et des « petits-chefs »[280]. À mesure que les coûts d'investissement dans les concessions s'accroissent, les concessionnaires acceptent de moins en moins cette précarité, contraire aux principes de sécurité juridique exposés dans le Chapitre III. Rares sont les clauses de contrat protégeant le concessionnaire contre la précarité. Faisant exception, l'Article 32 de la loi marocaine du 14 février 2006 dispose

[280] Le Directeur d'un port d'un État émergeant jaloux de sa souveraineté disait un jour à l'auteur : « J'ai les pouvoirs nécessaires pour mettre tous les usagers à la porte ». Évidemment, un port sans usagers, c'est le rêve.

que le contrat de concession doit préciser les conditions d'indemnisation du concessionnaire en cas de manquement du concédant à *« ses obligations ou résiliation du contrat pour une raison non imputable au délégataire.»* Au Portugal, la loi dispose que la concession peut prendre fin à l'échéance de la moitié de sa durée contractuelle.

248. Exemples.

La concession de 1923 pour la construction et l'exploitation du port de Tanger qui avait été consentie pour 75 ans, a duré 40 ans. La concession du canal de Suez consentie pour 99 ans, a duré 87 ans. Celle du Port de Beyrouth, consentie en 1887, l'a été pour 60 ans ; elle a été suspendue pendant la guerre de 1914, modifiée en 1920 et transformée en contrat de gestion avant que, finalement, l'État reprenne la gestion du port, en régie, en 1991. Une concession de 50 ans accordée pour la gestion du Wharf de Bassam en Côte d'Ivoire, en 1905 a été retirée après 5 ans. La concession du port de Lattaquié en Syrie a été consentie en 1950 pour 50 ans, mais l'article 26 de l'acte de concession prévoyait son retrait après 25 ans, avec un préavis d'un an. La concession du Port de Beira en Mozambique, à une société britannique, a pris fin prématurément par reprise de la part du gouvernement portugais, en 1946.

249. Remplacement du contractant défaillant.

Le concessionnaire ou opérateur de BOT est normalement remplacé dans les mêmes conditions que celles de son recrutement, notamment par appel à la concurrence. En Inde, l'Article 13 du cahier des charges type stipule que, dans les 30 jours de la notification de retrait (*termination notice*) les créanciers de l'opérateur peuvent proposer au concédant un nouvel opérateur. Le concédant peut le refuser, en particulier s'il le juge insuffisamment qualifié ou financièrement fragile. Créanciers et concédant ont 45 jours pour conclure. Si le nouvel opérateur est accepté, ses conditions d'emploi ne devront pas être inférieures à celles appliquées à son prédécesseur. Une procédure symétrique s'applique lorsque l'opérateur demande résiliation du contrat pour manquement du concédant. Il propose à celui-ci un opérateur pour le remplacer.

b. Résiliation à l'initiative du concessionnaire

250. Présentation.

Le concessionnaire doit pouvoir demander la résiliation du contrat de concession, essentiellement pour manquements du concédant à ses obligations contractuelles. Dans les régimes de droit administratif, où la concession est une institution à caractère mixte, contractuel et statutaire, et où prévaut la notion de continuité de service, la résiliation, sous le contrôle du juge, sera moins aisée que dans les pays de *common law*, à l'approche surtout contractuelle.

251. Droit administratif.

Les conventions de concession contiennent rarement des dispositions spécifiques applicables à la résiliation sur demande du concessionnaire. Les fautes du concédant, qui rédige le contrat, sont rarement prises en compte. Le droit commun des contrats administratifs s'applique. Ce qui peut ne pas être suffisant car la concession, engagement de longue durée, n'est pas un contrat de droit commun. En éliminant du cahier des charges ou du contrat toute mention de résiliation de la concession à la demande du concessionnaire, le concédant place le concessionnaire dans une situation précaire, l'astreignant à s'adresser au juge, sans aucun support argumentaire tiré des termes du contrat. Il lui faudra prouver que la faute du concédant est d'une gravité suffisante pour justifier sa résiliation. Le décret français 99-647 du 29 mai 1999 sur les concessions d'aérodrome dispose que le concessionnaire peut renoncer a la concession en donnant un préavis d'un an si des évènements non prévisibles sont survenus qui modifient gravement les conditions d'exploitation et l'équilibre financier de la concession. Par ailleurs (Art. 46), à l'expiration de chaque période de cinq ans suivant l'attribution de la concession et sous réserve d'un préavis d'un an, le concessionnaire peut renoncer au bénéfice de la concession. Par contre, les Articles 22 et 31 de la loi tunisienne du 1er avril 2008 disposent sans restriction en faveur de la résiliation par le concessionnaire, reflétant une vision très contractuelle de la concession. Au Sénégal, la loi du 2004 sur les contrats CET dispose que le contrat peut être résilié par chacune des parties pour faute grave du cocontractant. Le juge évalue la gravité de la faute et la loi renvoie au contrat à ce sujet. La partie s'estimant lésée peut demander indemnisation. L'opérateur peut demander la résiliation si une décision de l'autorité publique « *met en cause l'équilibre financier du contrat* ». Au Cameroun, l'Article 29 de la convention de concession stipule que le concessionnaire désireux de résilier le contrat doit notifier un préavis d'un an au concédant et l'indemniser. Au Bénin, le concessionnaire de la manutention des conteneurs ne peut demander la résiliation du contrat de concession qu'après un délai de deux ans suivant la date du contrat de concession. Par ailleurs, le Guide (*Toolkit*) (Encadré 70) donne au concessionnaire la possibilité de demander la résiliation de la convention si la loi nouvelle rend impossible l'exécution de ses obligations contractuelles. La demande est précédée d'une période de consultation avec le concédant, au cours de laquelle l'application de la loi nouvelle est suspendue. Reste à savoir si, lorsque le concédant est un établissement public qui n'a pas compétence pour décider de l'applicabilité immédiate d'une loi, son application peut être décidée d'accord parties entre concédant et concessionnaire. Une importante convention de concession pour un port français semble limiter le droit de résiliation par le concessionnaire au cas où, pour un motif de force majeure, le fonctionnement de la concession est interrompu depuis plus de trois mois. À Pointe-Noire (Art. 41), le concessionnaire peut demander la résiliation de la convention si, dans un délai de 90 jours, le concédant n'a pas donné suite à une notification du concessionnaire portant sur la non exécution par le concédant d'une décision arbitrale, la violation du caractère exclusif de la concession, ou si le concédant ne met pas les

ouvrages à la disposition du concessionnaire ou n'effectue pas les travaux prévus. Le concessionnaire a droit à une indemnité forfaitaire et définitive égale à celle à laquelle il aurait droit en cas de résiliation pour motif d'intérêt général. En d'autres termes, le concédant échappe à toute sanction de ses fautes, ce qui est caractéristique de la mentalité administrative, que reflète le texte préparé par le concédant.

252. Régimes de common law*.*

Les conventions et cahiers des charges précisent les conditions dans lesquelles le concessionnaire peut résilier la convention. L'Article 8.3 du contrat de concession portuaire de 1999 à Maurice stipule que l'une des parties peut résilier le contrat *« en cas de manquement grave à ses obligations »* de l'autre partie et après notification. S'ouvre alors une période de consultation et éventuellement d'arbitrage, longue de 90 jours, au cours de laquelle les parties s'efforcent de s'entendre. En cas d'échec, et après un nouveau délai de 90 jours, le contrat prend fin. À Dar es Salam (Art. 7.4) le concessionnaire peut demander la résiliation de la convention si le gouvernement nationalise ou prend d'une façon ou d'une autre le contrôle de plus de 50 % du capital de la société concessionnaire. En Inde, la faute ou manquement du concédant n'est pas le seul motif de résiliation. Le cahier des charges des BOT portuaires permet au concessionnaire de demander la résiliation de la convention si une modification du droit applicable *« porte atteinte a ses droits matériels ou rend impossible l'exécution du contrat dans les conditions prévues »* (Art. 12.3 Gujarat). L'Article 14 de la convention type de BOT de Gujarat en Inde offre un rare exemple d'équité en matière de résiliation de contrat à la demande du concessionnaire. L'approche est strictement contractuelle et égalitaire. L'une ou l'autre partie peut demander la résiliation dans un des cas énumérés dans la convention et qui porte aussi bien sur des défaillances du concédant que sur celles du concessionnaire. Pour le concessionnaire, la simple preuve que le concédant n'a pas l'intention d'observer ces stipulations est un motif de résiliation. Une période de conciliation de 90 jours *(remedy period),* au cours de laquelle les parties s'efforcent de concilier leurs points de vue, précède la notification de l'intention de résilier la convention de concession *(termination notice)*. Le concessionnaire peut exiger du concédant l'acquisition des actifs immobilisés et des principaux actifs non immobilisés de la concession pour un prix égal à leur valeur de remplacement, après amortissements (Art. 15). Le texte semble indiquer qu'il ne s'agit pas d'une valeur comptable mais d'une valeur effective au niveau du marché. À Colombo (Art. 31), le concessionnaire peut résilier le contrat (i) si le concédant ne respecte pas l'une de ses obligations, cette défaillance empêchant le concessionnaire de remplir ses propres obligations ; (ii) si le concédant n'informe pas le concessionnaire de projets, venus à sa connaissance, d'une législation ou réglementation nouvelle susceptible d'affecter les droits de celui-ci. Une modification du droit applicable, affectant les activités du concessionnaire devait faire l'objet d'une évaluation entre celui-ci et l'administration portuaire. Si les mesures convenues pour en pallier les

inconvénients n'étaient pas appliquées, le concessionnaire pouvait rompre le contrat. De même, la force majeure libérait de ses obligations le cocontractant affecté. Mais des *efforts raisonnables* devaient être déployés pour y pallier. À Maurice (2007), dans un contrat une fois de plus parfaitement équilibré, le concessionnaire a les mêmes droits de résiliation que le concédant : « *dans le cas où une des parties au contrat estime qu'elle est confrontée à un sérieux manquement aux obligations nées du contrat, à une non-exécution substantielle et continue qui à son avis rend impossible la poursuite des relations contractuelles, la partie demanderesse peut, par notification écrite de son intention de mettre fin à l'accord, amorcer le processus de résiliation du contrat* » (Art. 8.3). Enfin, on relève dans un contrat de concession de pays de *common law* une clause qui permet au concessionnaire, quelque soit les circonstances, de résilier la convention avec un préavis d'un an signifie au concédant.

c. Résiliation par le concédant

253. Problématique.

Le retrait unilatéral est soit une sanction soit un fait-du-prince rattachable à la notion de souveraineté étatique ou a celle de service public. L'exigence de continuité de celui-ci permet au concédant de résilier le contrat si le concessionnaire est dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, et ce même s'il n'a commis aucune faute ou infraction. La règle est applicable aussi bien dans les pays de droit administratif que dans ceux de *Common Law*. Elle démontre l'universalité de la notion de services publics applicables aux concessions, même si la formulation diffère d'un système juridique à l'autre.

254. Droit administratif.

En France, le principe de mutabilité des contrats administratifs donne toute latitude au concédant pour résilier la concession avant terme. Toutefois, les relations contractuelles de l'État et des personnes publiques, au cours des dernières décennies, se sont développées au détriment de l'action unilatérale traditionnelle. Ainsi sont apparus les contrats de plan, les contrats entre États et régions, les contrats entre ministères, les contrats de régulation économique, et autres. Le retrait unilatéral des concessions a donc reculé. D'après le cahier des charges de concessions d'outillage portuaire de 1915, l'État pouvait chaque année racheter la concession moyennant un préavis de trois mois. Cette disposition a disparu des cahiers des charges postérieurs. Celui de 2001 dispose que le retrait peut être prononcé en cas de changement de contrôle du concessionnaire ou si celui-ci *« se trouve dans l'incapacité d'assurer le service dans les conditions prévues par le cahier des charges »*. Cette rédaction très habile permet de dégager la responsabilité du concédant si l'impossibilité pour le concessionnaire d'assurer son service résulte du fait de l'administration. La Convention d'exploitation

de terminal de 2000 stipule la résiliation de la convention en cas de liquidation judiciaire du concessionnaire. Le décret 99-647 du 29 mai 1999 sur les concessions d'aérodrome dispose que l'autorité concédante peut à tout moment suspendre ou résilier la concession « notamment » dans certains cas énumérés. Le concessionnaire est toutefois *« admis à présenter ses observations préalables »*. Sans plus, alors que c'est tout de même bien la moindre des choses. Au Maroc, l'Article 10 de la loi N° 54-05 du 14 février 2006 sur les délégations de service public dispose que la délégation peut être rachetée *« après l'expiration d'une période déterminée dans le contrat ».* La loi tunisienne de 2008 va dans le même sens. Cette disposition discipline le comportement du concédant. En Bulgarie l'Article 23 de la loi de 1996 sur les concessions dispose que, outre les motifs classiques de fin anticipée du contrat (faillite, destruction irréparable des actifs de la concession…) la concession prend fin « *pour les motifs énumérées [….] dans le contrat de concession ».* Il n'est donc pas question de retrait unilatéral sans motif, la liste étant évidemment limitative. Au Venezuela, le retrait peut se faire à tout moment *"pour des causes justifiées"*. Le retrait *ex abrupto* est exclu.

255. Common Law*.*

Le retrait de la concession ou la résiliation du contrat de BOT par le fait du prince récuse en fait le caractère contractuel de la concession, dès lors considéré comme un simple acte unilatéral (*grant*). Les pays de *common law* le pratiquent. Le retrait unilatéral découle de la souveraineté de l'État, et du concept qu'un contrat administratif est un privilège qui peut toujours être résilié plus aisément qu'un contrat de droit privé. En Inde, l'Article 13 du cahier des charges des BOT portuaires permet au concédant de résilier le contrat s'il en reçoit l'ordre du gouvernement « *dans l'exercice de ses pouvoirs souverains ».* En Malaisie la loi 422 de 1990 sur la privatisation des ports dispose que, en cas de grève ou de difficultés nées "de tout autre événement", le premier Ministre peut suspendre la concession et remettre tous les services concédés à l'administration portuaire pour qu'elle les gère en régie. Et la décision ministérielle est sans appel, la concession n'ayant aucun caractère contractuel et n'étant qu'une autorisation administrative résultant d'une franchise (licence). Aux États-Unis, en matière de franchise, il y a également possibilité de retrait et déchéance, avec une certaine méfiance à l'égard de celle-ci. La jurisprudence semble partagée entre la reconnaissance du droit souverain de l'État d'accorder une franchise – car toute franchise, même indirectement, est consentie par l'État et le respect des droits du franchisé. La Section 9 de la loi BOT N° 7718 des Philippines mentionne la résiliation unilatérale comme allant de soi. À Dar es Salam, aucune résiliation unilatérale n'est envisagée en dehors des cas énumérés dans l'Article 7.4 de la convention : force majeure, insolvabilité, etc. À Gujurat, la convention de concession n'envisage pas de retrait unilatéral par le concédant. Mais il peut y avoir fait du prince, ici qualifié de *force majeure politique,* essentiellement décision gouvernementale, à laquelle le concédant, comme le concessionnaire, doit se plier (Art. 12.3). À Colombo (Art. 30),

l'administration portuaire concédante peut résilier la concession en cas de cessation de paiement par le concessionnaire, égal ou supérieur à 10 % du montant de son capital, et dans un certain nombre de cas énumérés de violation pour non-respect de ses obligations.

256. Retrait pour motif d'intérêt général.

En droit français, la concession peut être retirée à tout moment pour un motif dit « d'intérêt général ». Ce retrait est prévu par les cahiers des charges de 1994 et de 2001 et dans la convention type d'exploitation de terminal (2000). Il est particulier aux régimes de droit administratif. Comme le retrait en vue d'assurer la continuité du service, il confirme indirectement le caractère d'intérêt public de la concession et sa gestion d'un service public. Dans l'arrêt Société des téléphériques du massif du Mont Blanc, du 31 juillet 1996[281], le Conseil d'État a jugé qu': *« il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, des lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé soit abandonné ou établi sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'une stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice »*. Cette interprétation très large peut mener à des abus. La convention de concession pour un port de commerce stipule qu'en cas de retrait pour motif d'intérêt général, le concédant accorde un préavis de six mois au concessionnaire. En Belgique, le fondement de la règle est que l'intérêt général prévaut et qu'il peut justifier, sans autre motif, le rachat ou autre retrait de la concession.

257. Application.

Au Cameroun (Douala, Art. 52), le concédant peut *« le concessionnaire entendu, racheter tout ou partie de la concession si l'intérêt général le justifie".* Cette résiliation est prononcée par le juge, au vu des faits de la cause. Au Sénégal, le concédant d'un CET (loi de 2004) peut également résilier le contrat pour un motif d'intérêt général, exemple caractéristique de la symbiose entre droit de la concession et droit du CET. Le retrait ouvre droit à indemnisation de l'opérateur de projet couvrant « *ses charges et son manque à gagner* » (Art. 24). En Uruguay, une concession portuaire prévoit le rachat *« pour des raisons justifiées de planification portuaire ou d'intérêt public, rendant ce rachat nécessaire ou adéquat, contre paiement équitable au concessionnaire, tenant compte en particulier de l'amortissement de son investissement, de son obsolescence et de sa rentabilité »*. Cette rédaction est plus généreuse que les précédentes. Au Bénin, ce motif de retrait n'est pas stipulé ; seul intervient le retrait pour faute du con-

[281] A.J.D.A., 1996, p. 288, Note J.P. Gilli.

cessionnaire. À Colombo (Art. 33) le contrat de BOT peut être unilatéralement résilié *« dans l'intérêt public »*. Celui-ci porte sur *« la souveraineté, l'intégrité et la sécurité »* du Sri Lanka. La décision est communiquée par lettre du Ministre responsable au concessionnaire, auquel aucune explication ou preuve d'existence d'un intérêt public n'est due. La loi tunisienne de 2008 ne prévoit pas ce motif de retrait. Le comité de suivi paritaire réunissant concédant et concessionnaire a qualité pour évaluer les conséquences de la résiliation prématurée et la matière peut ensuite être soumise à l'arbitrage. À Pointe-Noire, la résiliation pour cause d'intérêt général doit être précédée d'un préavis de six mois. (Art. 39.3) Le concessionnaire est indemnisé de son manque à gagner pour une période de cinq ans restant à courir et de la valeur non amortie des biens qu'il aura financés (Art. 39). Mais la convention prévoit aussi le retrait par le concédant, dans l'intérêt général. Celui-ci pourra supprimer temporairement ou définitivement des installations ou des outillages de la concession (Art. 45). Auquel cas il appartient au concessionnaire de remettre les lieux en leur état primitif et à ses frais. On peut rapprocher du retrait pour motif d'intérêt général la disposition que l'on trouve dans la convention du terminal à conteneurs JNPT en Inde suivant laquelle la concession peut être retirée, avec un court préavis, en cas d'alerte nationale (*national emergency*) (Art. 13).

258. Imprécision de la notion d'intérêt général.

L'absence de définition précise de l'intérêt général est une difficulté majeure. À Bastia (Art. 42.1), la notification du retrait pour motif d'intérêt général doit être « *dûment motivée »*. Lorsque la motivation n'est pas exigée, l'arbitraire le plus absolu de la part de l'administration concédante peut en résulter, en particulier dans les pays à justice administrative faible ou inexistante. Le juge français veille aux abus. Dans un jugement *Ville d'Amneville* du 23 mars 2003[282], le tribunal administratif de Strasbourg a précisé que la concession ne pouvait être retirée que *« pour des motifs d'intérêt général justifiant à la date de prise de décision que l'exploitation du service concédé soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».* En d'autres termes, le concédant ne peut décider n'importe quoi. Le juge tiendra compte en particulier de l'importance des investissements du concessionnaire pour évaluer la justification de son élimination. Dans l'arrêt *Société du port de pêche de Lorient* du 26 février 1975, le Conseil d'État a jugé que le rachat d'une concession portuaire pouvait se justifier par la nécessité de mettre fin à la mésentente entre les usagers du port et le concessionnaire, afin de confier la concession à la Chambre de commerce, organisme d'intérêt public. L'existence d'un possible conflit d'intérêts peut également justifier la reprise de la concession (ci-dessus, *Société des téléphériques du massif du Mont Blanc*). Mais le motif d'intérêt général invoqué pour révoquer la concession doit être établi sur des bases sérieuses. Lorsque le juge peut être saisi d'une résiliation de contrat pour motif

[282] A.J.D.A. 7.6.2004, pp. 2235-2238, Note J.D. Dreyfus.

d'intérêt général, il n'a généralement pas le pouvoir de déclarer nulle la décision de résiliation, mais seulement d'accorder une réparation.

d. Résiliation sanction (déchéance)

259. Problématique.

Le retrait de la concession sanctionne les fautes et manquements graves du concessionnaire. La licence est retirée et le contrat résilié. Cette résiliation sanction est connue, en particulier en droit français, sous le nom de déchéance. La sanction de retrait est le plus souvent prononcée par le concédant, qui de cocontractant devient alors puissance publique. Il est juge et partie. Cette situation, propre au régime des contrats administratifs, est, dans le cas des concessions, malsaine, car le contrat de concession, contrat de longue durée d'exécution, n'est pas un contrat administratif ordinaire. Le concédant, qui peut, du reste, être protégé par un système de caution, ne devrait pouvoir que se retirer du contrat. La sanction devrait être prononcée par une autorité régulatrice indépendante ou par le juge. Dans la mesure où il existe un juge compétent en la matière dans le pays de localisation de la concession, son rôle se limite, sur saisine par le concessionnaire, à évaluer le bien-fondé de la sanction et à octroyer les réparations éventuelles. En France, le juge administratif veille à ce que la sanction de retrait de la concession ne soit pas arbitraire. Dans l'arrêt *Société Le Cadoret* du 24 novembre 2003, le Conseil d'État a jugé, et rappelé qu'une concession ne pouvait pas être retirée en l'absence d'une faute grave du concessionnaire[283].

260. Application. Pays de droit administratif.

Le droit administratif se réfère au retrait de la concession, acte unilatéral symétrique de la notion d'octroi et non pas à la notion de rupture contractuelle résultant simplement de la défaillance du concessionnaire. Aux termes du cahier des charges français de 1994, la déchéance intervient pour deux motifs seulement : infractions graves et répétées, refus sans motif d'appliquer les clauses du cahier des charges, acte réglementaire. Plus sévère est le cahier des charges de 2001, qui retient les infractions répétées ci-dessus, le fait pour le concessionnaire de ne pas exécuter ses tâches dans les conditions prévues au cahier des charges, et la cession des activités de concession du concessionnaire sans l'accord du concédant. Dans la convention de concession d'un port français en 2009, une clause sévère prévoit la résiliation pour faute de la convention *« violation flagrante en matière d'égalité ou de neutralité envers les usagers, non justifiée par l'intérêt du service public»,* ce qui du reste peut être difficile à interpréter. Le décret N° 97-547 du 29 mai 1997 sur les concessions d'aérodrome dispose que *« la concession peut être résiliée … en cas de manquement*

[283] A.J.D.A. 18.4.2004, p. 836.

du concessionnaire à ses obligations », formule vague et trop large. Au Maroc, l'Article 10 de la loi du 14 février 2006 prévoit la déchéance *« en cas de faute d'une particulière gravité du délégataire ».* Au Venezuela, l'illégalité des clauses de la concession ou de l'octroi du contrat justifie le retrait. Il en est de même de l'inobservation *significative* de ses clauses, ou de l'inobservation de dispositions légales. Une convention de concession d'un port français (2009) stipule la résiliation pour *« faute du concessionnaire nuisant à la continuité du service public [ou] manquements répétés aux clauses de la convention de concession».* Comme on l'a déjà relevé la rupture flagrante de l'égalité entre usagers est également une cause de retrait sanction de la concession. Le Guide (*ToolKit*) (Encadré 6.21 et 48) de la Banque mondiale insiste sur la nécessité de donner au concessionnaire les délais nécessaire à la rectification de ses erreurs ou à l'amélioration de ses performances avant de lui signifier la résiliation anticipée de la convention. Mais un manquement quelconque aux obligations stipulées dans la convention, si mineur soit-il peut, d'après ce Guide, être cause de retrait. Au port de Cotonou au Bénin (1998), la concession de manutention peut être retirée si le concessionnaire ne remplit pas l'une quelconque de ses obligations (Art. 8). Mais un délai de trois mois après mise en demeure lui est accordé pour redresser la situation avant retrait éventuel. Ces stipulations sont raisonnables. En Uruguay, la déchéance intervient dans quinze cas énumérés, limitativement semble-t-il, et qui portent essentiellement sur des manquements graves du concessionnaire aux obligations découlant du contrat, tels que le défaut de paiement de la redevance, le mauvais entretien des ouvrages et outillages concédés, le transfert ou la cession non autorisés de la concession à des tiers, l'exercice d'activités non prévues dans le contrat de concession, la fraude douanière, etc. En Colombie, la concession est retirée si le concessionnaire néglige ses obligations *« au point de compromettre gravement l'ordre public »* (Loi de 1991, Art. 17). À Maputo, le contrat peut être résilié *« à tout moment »* pour non respect effectif (*material breach*) de ses obligations par le concessionnaire. Réciproquement, le concessionnaire a les mêmes droits vis-à-vis du concédant (Art. 21). Ce contrat offre donc un exemple rare d'égalité de traitement entre concédant et concessionnaire. Au Cameroun, l'article 53 du cahier des charges prévoit le retrait si le concessionnaire est dans l'impossibilité de satisfaire à ses obligations et si, à la suite d'une modification du contrôle du concessionnaire, il y a infraction à la législation sur la concurrence. Pour le reste, le cahier des charges renvoie à la convention de concession elle-même. L'Article 54 dispose que la déchéance est prononcée essentiellement en cas d'infractions graves et répétées aux dispositions du cahier des charges, après mise en demeure permettant au concessionnaire de redresser la situation. En Tunisie, la loi dispose que le concédant peut prononcer la déchéance du concessionnaire *« en cas de manquement grave ».* Une rédaction antérieure, qui n'a pas été retenue, limitait le recours à la déchéance au manquement à des obligations substantielles. Ces cas de manquement grave sont stipulés par la convention qui fixe également les délais accordés au concessionnaire pour redresser la situation.

261. Application. Pays de common law*.*

Les conventions de *common law* sont plus formalistes que celles de droit administratif auxquelles s'appliquent les règles générales de résiliation des contrats administratifs. À Maurice, (1991) toute faute du concessionnaire peut entraîner le retrait par le concédant, de la licence accordée en même temps que le contrat, procédure caractéristique de la concession, à la fois contrat et acte unilatéral. En 2007, en cas de manquement du concessionnaire à ses obligations, l'administration portuaire concédante peut suspendre ou révoquer la licence octroyée. Elle accorde un délai à l'opérateur pour se mettre en règle. Passé ce délai et en cas de carence de l'opérateur, elle peut se substituer à lui, prendre toute mesure nécessaire et lui en facturer le coût. Elle peut enfin retirer définitivement la licence. À Dar es Salam (Art. 7.4), le contrat peut être résilié si les performances du concessionnaire, l'année écoulée, ont été inférieures de plus de 25 % aux prévisions et engagements pris. L'Inde présente un intérêt particulier par le soin mis, dans un esprit contractuel aussi bien que dans le respect de l'intérêt général, à définir des conditions raisonnables de résiliation pour faute de la convention de concession. L'Article 15 de la convention type de concession portuaire stipule que tout non respect des clauses peut entraîner sa résiliation par l'une ou l'autre des parties. S'y ajoute, en ce qui concerne les fautes du concessionnaire, une liste de seize infractions portant sur le montage financier et institutionnel de la concession, sur les retards dans l'exécution d'obligations ou autres. Cette liste va au-delà du cadre contractuel. En d'autres termes, on dépasse ici le cadre strict de la convention et, dans l'intérêt du bon fonctionnement de la concession, sont assimilés à une violation des clauses de la convention, des comportements fautifs ou erronés vis-à-vis d'autres conventions ou dispositions du droit positif. Toutefois, la partie qui demande la résiliation, et ceci concerne spécialement le concédant, devra *« considérer attentivement et tenir soigneusement compte aussi bien de la nature de la violation et de son implication pour l'exécution des obligations des parties que ces circonstances dans lesquelles la violation a pris place».* Il n'est pas question de fait du prince. La partie demanderesse doit notifier par écrit ses griefs. S'ouvre alors une période de consultation, de 90 jours au moins, au cours de laquelle les parties, en association avec les institutions financières créancières de la concession, tenteront d'identifier les mesures à prendre. Cette période, dans le cas d'une défaillance du concessionnaire, dure 180 jours et le concédant peut la prolonger de 90 jours. Les mesures prises ou à prendre pour redresser la situation peuvent inclure le remplacement du concessionnaire proposé par les institutions financières créancières. Ce remplacement se fera à des conditions à préciser d'accord parties. Ce nouveau concessionnaire assumera les obligations du concessionnaire d'origine, y compris le paiement des dettes afférentes à la concession. Par ailleurs, si le concessionnaire est déchu de ses droits par suite de son manquement aux conditions de son contrat, le concédant peut, à ses risques, occuper les lieux, en écarter le concessionnaire et assumer le fonctionnement de la concession. Il peut également procéder, sur les recettes de celle-ci, à l'amortissement des dettes contractées vis-à-vis des sources de financement. À Gujarat, la procédure

est symétrique de celle décrite ci-dessus applicable à la résiliation de la convention pour faute ou manquement du concédant dans une optique strictement contractuelle. Aux motifs habituels de retrait de la concession s'ajoute l'*« évidence d'une intention par le concessionnaire de ne pas être tenu par les termes de la convention »*. Il prévoit par ailleurs, après mise en demeure du concessionnaire, la mise en régie de la concession ou sa sous-traitance aux soins d'une entreprise tierce, le tout aux frais du concessionnaire, la régie ou le sous-traitant étant libres d'utiliser le personnel et les outillages de celui-ci. En Inde également, la convention du terminal de JNPT prévoit le retrait de la concession si le trafic est, deux années de suite, inferieur aux prévisions. Cette règle appelle des réserves car, comme on l'a déjà relevé, les prévisions de trafic sont très aléatoires et le concessionnaire est la première victime des déceptions dans ce domaine.

e. Résiliation anticipée d'accord parties

262. Principe.

Le contrat peut être résilié à l'initiative de chacune des parties, en particulier pour cause de caducité de la concession. Mais l'argument de caducité peut dissimuler une faute ou tromperie de la part du concédant, qui provoque la caducité par une décision contraire aux intérêts du cocontractant et de l'esprit du contrat. En Colombie, la loi prévoit la caducité de la concession si les circonstances ont changé au point de ne plus la justifier. La résiliation d'accord parties peut aussi résulter de la force majeure, interdisant le fonctionnement de la concession.

263. Droit Administratif.

En France, les cahiers des charges de 1994 et de 2001 stipulent que la résiliation anticipée peut intervenir d'accord parties. Ce retrait peut prendre place si le concessionnaire se trouve dans l'impossibilité d'assurer les services dans les conditions fixées par le cahier des charges. Cette résiliation peut être à la seule initiative du concessionnaire. L'initiative du concessionnaire subit donc des conditions alors que, comme relevé plus haut le concédant peut à tout moment retirer la concession. La concession portuaire de Manzanillo au Panama « *peut être reprise à tout moment par accord mutuel »* par le concessionnaire ou par le concédant. Au Cameroun (Art. 30), la résiliation d'accord parties est soumise à l'approbation du conseil d'administration de l'établissement portuaire et du ministre en charge des ports.

264. Conclusion.

On a mis en valeur ci-dessus l'importance du caractère contractuel de la concession. Les concédants sont trop aisément persuadés qu'ils peuvent mettre fin à la

concession du jour au lendemain ; c'est en particulier le cas dans les pays à régimes autoritaires. Ils résistent à l'application de la règle séculaire *pacta sunt servanda* selon laquelle les contrats s'imposent aux parties et ne doivent pas être dénoncés à la légère. Or, le concessionnaire dispose d'un droit moral à la jouissance de sa concession pendant toute la durée du contrat. Le caractère mixte de la concession, à la fois contrat et règlement, et acte d'intérêt public, même dans les pays de *common law*, fait que les usagers, quoique n'étant pas partie à la convention de concession entre concédant et concessionnaire, ont droit au respect de sa durée. Les tiers, en particulier les banques qui financent la concession, ont également un droit implicite à ce que celle-ci fonctionne normalement et soit menée à son terme. Ce qui précède confirme qu'une concession doit être basée sur un esprit de confiance mutuelle et d'équilibre.

f. Impact financier

265. Problématique.

L'impact financier du terme anticipé de la concession varie d'un pays à l'autre et en fonction des circonstances. Dans les pays de droit administratif, les conditions financières consenties aux concessionnaires sont en général moins favorables que celles applicables dans les pays de *common law*, ou le caractère contractuel de la concession est davantage marqué. D'après le Guide *(ToolKit)* en cas de résiliation-sanction, le retrait entraîne une amende égale à des années de redevance annuelle due au concédant ainsi que la confiscation, au profit de celui-ci, et sans indemnité, de tous les ouvrages et immeubles mis en place par le concessionnaire sur le domaine de la concession. Ces dispositions, reprises verbatim du droit portuaire batave, sont abusives et ne peuvent être généralisées. En ce qui concerne les ouvrages et immeubles, elles se réfèrent à un droit domanial qui peut fort bien ne pas être applicable dans le pays où la clause serait appliquée[284]. Cahier des charges et contrat de concession doivent préciser les paiements à effectuer au profit du concessionnaire si la concession est annulée avant le terme convenu. Les manquements du concessionnaire n'excluent pas les paiements, qui viendront simplement en déduction de sommes dues par ailleurs, comme la caution de garantie ou de performance.

266. Résiliation sans faute.

La convention de concession d'un port français stipule qu'en cas de retrait pour motif d'intérêt général, *« l'indemnité est déterminée d'un commun accord en tenant compte*

[284] Exemple frappant d'un défaut que l'on peut reprocher à presque tous les consultants rédigeant ce type de documents. Il consiste à recopier aveuglement la législation du pays dont le consultant est originaire, sans se soucier de savoir si une législation peut ainsi être transposée d'un État à un autre. Cette détestable pratique permet aux juristes compétents d'identifier la nationalité du consultant dès la lecture des premiers paragraphes de la législation proposée et revendue avec une marge d'autant plus substantielle qu'il a suffi de la recopier à partir de quelques publications officielles.

de l'impact sur l'endettement compte tenu des dépenses utiles du concessionnaire, des bénéfices raisonnable prévus et de la valeur comptable des actifs acquis par ses soins ».
En Inde, l'opérateur de BOT, dont le contrat est résilié par une décision unilatérale du gouvernement, a droit à une indemnisation qui ne saurait être inférieure à la somme de ses investissements en ouvrages et outillages, de toute indemnité stipulée dans le contrat et du montant des emprunts encore dus, selon une formule semblable à celle appliquée au concessionnaire quand ses manquements entraînent le retrait de la concession. L'opérateur de BOT portuaire qui demande la résiliation anticipée de son contrat, doit payer, aux termes du contrat-type, une somme égale à un droit de licence annuel. Si le contrat est résilié pour cause de force majeure, les deux parties doivent convenir des indemnisations. D'après le cahier des charges, le contrat-type énumère limitativement les cas de force majeure, mais pour préciser que, hors ces cas, toutes les sommes dues par l'opérateur au titre des loyers, redevances ou autres, restent exigibles.

267. Insolvabilité du concessionnaire.

L'insolvabilité du concessionnaire est généralement une cause de retrait de la concession. Le concédant peut garantir aux créanciers de la concession que le concessionnaire insolvable sera remplacé par un autre, prenant les dettes à sa charge. La substitution fait l'objet d'une convention entre concédant et créanciers. En Inde, la Convention de substitution *(Substitution Agreement*) est annexée à la convention de concession. D'après la convention type, le ou les créanciers informent le concédant de la défaillance du concessionnaire. Le concédant doit alors signifier sa déchéance au concessionnaire. Mais un délai de 180 jours, que le concédant peut allonger de 90 jours, lui est accordé pour se mettre en règle. Un nouveau concessionnaire, désigné par les créanciers mais recruté aux mêmes conditions de capacité que le concessionnaire d'origine, remplace celui-ci si la déchéance est confirmée. Ce nouveau concessionnaire prend à sa charge les obligations financières de la concession vis-à-vis des créanciers, ce qu'on a déjà révélé plus haut. Les créanciers notifient au concédant leur choix d'un nouveau concessionnaire. Le concédant, dans un délai de sept jours, peut refuser ce choix et les créanciers pourront alors lui proposer un autre candidat. La décision finale est sans appel. Le concessionnaire déchu renonce à l'avance, dans une annexe au contrat de concession, à tout recours. Les créanciers peuvent, par ailleurs, exiger le paiement des sommes qui leur sont dues. La concession est verrouillée dans leur intérêt. À Dar es Salam (Art. 7.6) il y a insolvabilité quand certaines conditions, telles que l'ouverture d'une procédure judiciaire en relation avec des dettes, concernant l'une ou l'autre des parties, sont réunies. Le concessionnaire ou seulement son actionnaire principal (*strategic investor*) seul peut être en cause. Et la procédure, ou toute autre circonstance matérialisant l'insolvabilité, peut prendre place hors du territoire tanzanien. Au Vénézuéla, si le contrat est dénoncé pour cause d'illégalité, le concessionnaire est indemnisé ; l'indemnisation tenant compte du montant des

investissements, des amortissements déjà réalisés et des pertes de recettes à venir. Aux Philippines, la Section 9 de la loi N° 728 sur les BOT dispose qu'en cas de retrait de la concession sans qu'il y ait eu faute du concessionnaire ou en cas de retrait par accord mutuel, le concessionnaire a droit au remboursement de ses dépenses dans le projet, abondés d'un taux de rentabilité raisonnable, n'excédant pas celui stipulé dans le contrat d'origine. À Gujarat, le rachat des actifs tangibles de la concession se fait à 50 % de leur valeur d'achat, amortissements déduits (Art. 15). À Colombo (Art. 36), les actifs sont repris à leur valeur au prix du marché (*fair value).* En Inde, l'Article 17 de la convention-type dément la stipulation suivant laquelle le concessionnaire exploite la concession à ses seuls risques. En effet, en cas de résiliation pour force majeure, le concessionnaire est indemnisé. Il percevra le plus élevé de deux montants : celui de la valeur comptable résiduelle de ses investissements ou celui des créances des sources de financement. Le paiement sera diminué des sommes dues au concédant et de celles payées par les assureurs. Des indemnisations du même ordre sont stipulées pour les autres cas de résiliation de la convention. Si celle-ci est due à une faute du concédant, le montant accordé au concessionnaire est égal à 150 % de la valeur résiduelle de ses investissements dans la concession. Par contre, il n'est prévu aucun paiement au terme normal de la concession. Le concessionnaire n'a donc pas intérêt à financer des investissements qui ne seraient pas entièrement amortis à ce terme. Les rachats ou retraits anticipés donnent fréquemment lieu à des difficultés. Dans le cas de la concession du port de Beira, en 1946, la société concessionnaire demandait une indemnisation égale à son capital, que le concédant lui refusait.

268. Résiliation pour faute.

Le concessionnaire fautif perd son dépôt de garantie ou caution de performance et encourt les pénalités stipulées au contrat. Celles-ci peuvent être importantes, voire abusives. Au Maroc, la loi 54-05 sur les délégations de service public dispose qu'en cas de résiliation à la suite d'une faute du concessionnaire, celui-ci a droit à une indemnisation basée sur la plus-value éventuelle résultant des investissements déjà réalisés. L'opérateur ne peut déposer aucune réclamation et doit renoncer à toute action en justice. Les mêmes dispositions sont applicables au concédant, si la résiliation du contrat est une conséquence de ses erreurs.

269. France. Rachat ou retrait.

En France, le cahier des charges de 1915 stipulait que l'indemnité pour retrait de la concession était égale à l'excédent net annuel moyen multiplié par le nombre d'années restant à courir avant la fin de la concession. En outre, le concessionnaire avait droit au remboursement de toutes ses dépenses d'investissement dans la concession, moins les amortissements. Désormais, en cas de retrait, le concédant remet au concessionnaire *« le montant des fonds propres de ce dernier qui seraient demeurés*

régulièrement investis dans la concession » ; les réserves ou le report à nouveau négatif étaient répartis *« d'un commun accord »* ; le concédant entre en possession de l'actif de la concession et en assume toutes les dettes et obligations. Par ailleurs, le concessionnaire évincé par le retrait a droit au remboursement des dépenses *« qui ont été utiles à la collectivité à l'égard de laquelle il s'est engagé »*[285], pour ce que cette formule cryptique peut bien vouloir dire. S'il y a eu faute de l'administration, le concessionnaire évincé peut demander réparation et indemnisation outre ce qui lui est dû au titre du retrait. Ces conditions sont beaucoup moins équitables que celles prévues pour le rachat par le cahier des charges de 1915. Mais le juge administratif, qui ne peut pas annuler la décision de retrait, veille à l'équité de l'indemnisation. Dans un cas de retrait partiel de concession dans une ville portuaire, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt *Ville de Saint Malo* du 27.10.1978[286], que le concessionnaire avait le droit, malgré le cahier des charges qui ne prévoyait que le paiement par l'autorité concédante des annuités d'emprunt restant à courir à la date du retrait, à l'indemnisation du préjudice résultant de la charge supplémentaire ayant trait au financement des équipements maintenus dans la concession, et ce, consécutivement à la perte de recettes résultant de ce retrait partiel.

270. Indemnisation des actifs non amortis.

La règle suivant laquelle le concessionnaire n'est indemnisé que du montant des actifs non encore amortis est discutable et probablement périmée. Le concessionnaire devrait être indemnisé de la valeur marchande de ce qu'il laisse au concédant. Dans un contrat de concession portuaire passé par un port d'un pays du Golf persique, on relève la disposition équitable qui suit : *« l'échéance de la présente convention, pour quelque motif que ce soit, ne saurait empêcher le concessionnaire de…disposer librement de tout actif financé par ses soins, étant entendu toutefois, qu'il en proposera l'acquisition, à sa valeur marchande, à tout concessionnaire lui succédant dans la concession*.» En France, un spécialiste très qualifié a dégagé la notion de valeur économique d'exploitation. S'agissant des immobilisations, elle est égale à la *« valeur à neuf diminuée du coût de remise en état des équipements et affectées d'un coefficient de vétusté »*. Cette valeur peut être nettement supérieure à la valeur comptable[287].

[285] C.A.A. Douai, *Tête*, 12.2.2004.

[286] Droit social, Paris, 1979, Jurisprudence 366, Note D. Joly.

[287] J.F. Auby, *Petites Affiches*, Droit Administratif, n° 68, 5.4.2000.

271. Absence d'indemnisation au titre du fonds de commerce.

La principale insuffisance du régime de reprise des concessions tient à l'absence d'indemnisation du concessionnaire pour la perte de son fonds de commerce et autres actifs immatériels. Constitué essentiellement par sa clientèle, cette carence, déjà relevée plus haut, a deux motifs. Tout d'abord, l'exercice d'une délégation de service public[288] n'est pas constitutif d'un fonds de commerce. La Cour de cassation dans un arrêt *Société Est Lumière*[289] du 5 décembre 1944 l'a jugé car *« on ne saurait assimiler le concessionnaire à un propriétaire de fonds de commerce ; si le concessionnaire possède une clientèle celle-ci reste attachée à la concession et ne lui est pas personnelle »*. Cette dernière analyse, correcte en ce qui concerne les concessions de services publics en réseau et en situation de monopole (électricité, gaz, eau, etc.), n'est pas applicable à des concessions portuaires en situation de concurrence. Un concessionnaire de terminal à conteneurs, par exemple, peut, par son action commerciale, avoir amené du trafic, fixé des lignes, créé des courants d'échange dont le concédant et avec lui toute la communauté portuaire, bénéficient et bénéficieront dans l'avenir. La cession de cet actif immatériel ne fait l'objet d'aucune indemnisation dans les contrats de concession, qui traitent uniquement des actifs matériels. En outre, et comme on l'a déjà noté, si le concessionnaire sortant est remplacé par un autre concessionnaire, il serait équitable que des nouveaux entrants paient au concessionnaire sortant, et non au concédant, un droit d'entrée représentatif de l'avantage que constitue l'accès à ces actifs immatériels. La matière, dans les futures concessions, nécessitera un examen attentif. Les cahiers des charges traditionnels sont parfaitement périmés[290] et surtout inéquitables sur ce point. La convention type française d'exploitation de terminal de 2000 stipule que, lorsque le contrat est résilié *« pour un motif d'intérêt général »*, le concessionnaire est indemnisé, *« conformément au code du domaine de l'État »* (dont on se doute bien en faveur de qui il a été rédigé) *« pour les investissements qui auront donné lieu à un droit réel, à raison du préjudice direct matériel et certain né de l'éviction anticipée »* (Art. 15.4). Le second motif est qu'on ne peut constituer un fonds de commerce dans le cadre d'une occupation domaniale car celle-ci, qui ne fait pas l'objet d'un bail, est précaire et révocable. Un arrêt du Conseil d'État, en 1965, en sens contraire d'une jurisprudence antérieure, va dans ce sens[291]. Compte tenu de la durée des concessions portuaires, l'argument est discutable, ce que semble confirmer l'hésitation de la jurisprudence.

[288] Délégation de service public et fonds de commerce, *Petites Affiches*, 5.4.2000, N° 68.

[289] Recueil Dalloz, Paris, 1946, Jurisprudence, p. 391, Note Blavoet.

[290] Cf. J.F. Auby, *op. cit.*

[291] de Beauregard Berthier, *Fonds de commerce et domanialité*. A.J.D.A. 23.9.3003, pp. 790-783.

VII - Cadre financier de la concession

272. Présentation.

La concession portuaire est une concession de transport, couvrant des infrastructures, des ouvrages, des superstructures, des outillages et des services. Cette première distinction est importante. En effet, de nombreux auteurs assimilent la concession portuaire aux concessions d'autoroutes ou de ponts à péage, alors que ces concessions ne sont que des concessions d'infrastructures, ce qui simplifie leur analyse et les conclusions qu'on peut en tirer. Par contre, semblable en cela à la concession de chemin de fer, la concession portuaire est avant tout une concession de service dans laquelle l'infrastructure n'a qu'un rôle de support matériel, fondamental du reste. De même, si de nombreuses concessions d'infrastructures sont en position de monopole, au point que la concession a été présentée comme étant avant tout une technique de régulation des monopoles naturels, la concession portuaire peut ou ne pas être en position de monopole. Ce point sera repris en détail dans le Chapitre IX, consacré au contrôle et à la régulation des concessions. De même, la concession portuaire diffère en matière financière d'autres concessions. Il en est ainsi d'une concession de production et de distribution d'électricité, ou d'eau. Dans ces concessions, le produit à vendre est simple, le client le plus souvent captif, la demande prévisible et la production exactement ajustable à cette demande. Les pointes de demande sont généralement prévisibles et se manifestent à intervalles réguliers, sauf circonstances exceptionnelles. Une telle concession est à risque faible. Certes, des investissements importants sont nécessaires, mais ils servent exclusivement à la production de la concession ; nul autre n'en fait usage. Toute la littérature sur l'économie et la finance des concessions, d'une lumineuse clarté, leur est prudemment consacrée. Le cas des concessions de ports maritimes est différent. Le client n'est pas automatiquement captif. La production varie au gré d'une demande prévisible seulement dans la mesure où le concessionnaire est lié par des accords ou autrement, à des armements maritimes ou transporteurs terrestres. La complexité des problèmes juridiques et

économiques posés par ces activités peut expliquer la discrétion de la littérature spécialisée sur le sujet.

273. Sommaire.

Le chapitre qui suit porte sur le cadre général de financement, sur le statut des ouvrages et des biens de la concession, et sur les garanties financières protégeant concédant, concessionnaire et source de financement.

A - CADRE DE FINANCEMENT

274. Sommaire.

Le financement de la concession portuaire est d'abord basé sur le principe d'autonomie de la concession vis-à-vis d'autres activités du concessionnaire. Il présente ensuite un aspect particulier, concernant la répartition des financements entre concédant et concessionnaire, essentiellement entre financement d'infrastructures et financement de superstructures concédées. Il se matérialise enfin par des apports de capitaux et de fonds d'emprunts. Ces aspects sont examinés dans ce qui suit.

a. Autonomie de la concession

275. Principes.

La concession est une activité autonome du concessionnaire. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est qu'un contrat et un titre juridique. Ses ressources doivent être uniquement employées à couvrir ses dépenses. L'autonomie de la concession vis-à-vis du concessionnaire apparaît également à son terme ou lors de son retrait. D'une part, un même concessionnaire peut être titulaire de plusieurs concessions. D'autre part, il est nécessaire de répartir exactement les actifs et le passif en fin de concession, pour éviter des conflits, spécialement si la concession est retirée avant son échéance contractuelle. L'article 31 du cahier des charges français de 2001 dispose que *« les ressources de la concession sont exclusivement affectées à des emplois enregistrés dans la comptabilité de la concession »*. Les sommes affectées aux services généraux du concessionnaire doivent correspondre strictement aux dépenses engagées dans ce domaine. Autrement dit, la concession ne doit pas être une vache à lait finançant n'importe quoi. À Douala, l'autonomie de la concession ressort de l'article 36 du cahier des charges, qui dispose en matière de contribution de la concession aux frais généraux du concessionnaire.

276. Comptabilité.

Les écritures de la concession sont tenues séparément des autres comptes du concessionnaire isolant clairement les comptes de la concession. Cette comptabilité ne peut décrire que des opérations propres à celle-ci ou clairement connexes. Elle peut obéir à des règles spécifiques. La comptabilité analytique justifie les contributions de la concession aux services généraux du concessionnaire. Du principe d'autonomie découle la règle de la dissociation. Les recettes et les dépenses du concessionnaire afférentes à des activités autres que celles faisant l'objet de la convention de concession doivent être clairement dissociées dans les comptes. Ainsi des fonctions remplies pour le compte de l'État (Bastia, Art. 25.2). Il en est de même des activités connexes ou annexes exercées par le concessionnaire, dont les pertes éventuelles ne peuvent en aucun cas être imputées aux comptes de la concession. Sauf disposition ou accord particulier, les résultats de la concession ne sont pas fongibles avec ceux d'autres activités du concessionnaire, dans un bilan unique, même si ces autres activités sont des concessions. Le cahier des charges français de 2004 (Art. 7) : *« le concessionnaire ne peut sur le budget de la concession apporter des garanties qu'à des organismes concourant à la concession ».* Les documents comptables doivent clairement le faire apparaître : *« Ne peuvent être enregistrées dans la comptabilité de la concession que des opérations conformes à l'objet de celle-ci »* (Bastia, 30). Le cahier des charges de 1915 disposait seulement que le concessionnaire *« tiendra la comptabilité de toutes les recettes et dépenses afférentes à la concession »*. Certains cahiers des charges prévoient que *« les recettes de la concession, les dépenses correspondantes d'autre part, font l'objet d'un compte spécial établi par le concessionnaire et approuvé par le concédant ».* Les opérations relatives à la concession sont dissociées des autres opérations du concessionnaire pour en faciliter l'évaluation et le contrôle. Chaque catégorie de concession doit être distinguée dans des comptes de résultats individualisés. Le maintien à niveau exigé par le service public du potentiel productif des installations concédées est obtenu par le jeu des amortissements et des provisions nécessaires.

277. Garanties et participation.

L'autonomie de la concession exclut aussi que, sur son budget, le concessionnaire puisse prendre des participations ou apporter des garanties à des activités hors concession. En fait, cette règle est assouplie. Ainsi à Douala, (Art. 11) le concessionnaire peut prendre des participations dans des activités du développement portuaire. Ces participations ou garanties sont reprises dans les comptes de la concession.

b. Répartition des financements

278. Surplus du concédant.

Comme on l'a déjà relevé, le fonctionnement de la concession induit des externalités négatives et positives. Les externalités négatives, telles la pollution ou les dommages

causés à l'environnement, peuvent être mises à la charge du concessionnaire, qui en répercutera le coût sur les usagers. Par contre, les externalités positives, telles les créations d'emploi, le développement des activités de logistique et de transport, la valorisation des immeubles et des terrains, et autres, toutes génératrices de revenus et de fiscalités, constituent un apport pour l'économie nationale. Elles bénéficient au concédant, au public et à l'État. Ces externalités, malheureusement mal connues, car on ne dispose pas d'analyse économique systématique des concessions portuaires, justifie au moins en partie, le financement des infrastructures par le concédant ou par l'État. Pour les investissements en infrastructures de transport public, on a calculé que ces externalités positives correspondaient à 25 % du total des coûts d'investissements attribuables au projet, superstructures et infrastructures comprises[292]. Ce chiffre peut servir d'indicateur pour déterminer la contribution du concédant à l'ensemble des coûts du projet, même s'il doit être pris avec prudence. Cette contribution portera sur les ouvrages lourds à longue durée d'amortissement, faiblement dépendant du trafic, identifiés au chapitre II du présent ouvrage. Ces ouvrages doivent normalement être tarifés au coût marginal. La tarification des infrastructures a ce coût a fait l'objet de nombreuses études a partir des années 1970[293]. Celles-ci ont été en particulier stimulées par le Rapport Allais[294], sur cette tarification au sein de l'Union européenne. Elle n'a toutefois pas été retenue pour les infrastructures lourdes des ports maritimes et, de façon caractéristique, a été ignoré du conseil national britannique des ports dans ses recommandations de 1971 en matière de tarifications portuaires.

279. Financement d'investissements hors concession.

Les ressources de la concession ne doivent pas être dispersées au détriment de la tâche d'intérêt général qu'accomplit l'institution. Mais le concessionnaire peut être appelé à participer au financement des opérations dont l'État ou l'organisme concédant assure la maîtrise d'ouvrage : entretien des accès et des infrastructures, construction et entretien des installations de signalisation maritime, etc. Cette disposition, peut être source d'abus. Il s'agit là, en général, des infrastructures identifiées au Chapitre II de cet ouvrage, et dont la mise en place et le développement n'incombent pas en totalité au concessionnaire, compte tenu du surplus du concédant identifié ci-dessus. La contribution du concessionnaire au financement d'infrastructures contrôlées par le concédant, mais utiles à la concession, est donc admissible. Mais elle ne doit pas être supérieure au montant des coûts attribuables à cette concession. Il est tentant

[292] Société des entrepreneurs français internationaux, *Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics*, Paris ca 2002.

[293] A. A. Walters, *Marginal Cost Pricing in Ports,* The Logistics and Transportation Review. Berkeley, USA and Vancouver, Canada. Vol. 12. n° 3, 1976.

[294] Maurice Allais *et al.*, *Options de la politique tarifaire dans les transports*, CEE, Coll. Etudes, Série Transports, N°1, Bruxelles, 1965.

en effet de demander, dans un port ou voisinent plusieurs concessions inégalement profitables, de faire payer davantage aux concessions les plus prospères, qui subventionnent ainsi d'autres opérateurs, voire même d'éventuels concurrents. Il est certes difficile d'établir quelle fraction du coût d'un ouvrage d'utilisation non différenciée (bien public, cf. Chapitre II) comme un phare, est attribuable à un usager spécifique. Et le coût marginal de l'entretien d'un chenal n'est attribuable aux navires desservant la concession, que si leurs dimensions en ont exigé un approfondissement ou un élargissement. Dans le cas contraire, ce coût est nul[295].

280. Formulations.

Le schéma de principe décrit ci-dessus connaît de nombreuses formulations. Il en est ainsi en France. Au port du Havre, l'administration portuaire, au lieu de recourir à la concession classique, a recouru à un contrat *sui generis* pour le terminal du port rapide (1992)[296]. Elle a financé le dragage du chenal et le mur de quai, l'opérateur a pris à sa charge le revêtement du quai et du terre-plein, ainsi que les portiques de manutention des conteneurs. En d'autres termes, l'opérateur a pris en charge une partie des infrastructures et les équipements lourds qui, à l'époque, étaient normalement fournis par l'établissement portuaire et non par l'usager. Un examen des modes de financement de différents ports montre que, sous la pression éventuelle des concessionnaires et des transporteurs, la charge de financement est supportée généralement et directement par la marchandise. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême, dans un arrêt du 31 mars 1998[297], a annulé une législation qui mettait ainsi les coûts de dragage aux frais de la marchandise, sous forme d'un droit de douane supplémentaire, alors que ces coûts devaient être supportés par le transporteur, quitte pour celui-ci a en répercuter le montant sur le fret. Le Brésil en offre un exemple. Les concessions octroyées à partir de 1869 devaient financer tous les ouvrages. Les difficultés de financement nécessitèrent un recours aux fonds publics. La loi de finances de 1903 établit un droit *ad valorem* de 2 % sur les importations, affecté aux investissements portuaires, remplacé en 1934 par un accroissement de 10 % de tous les droits de douane. En même temps les matériaux nécessaires à la construction des ouvrages des concessions furent détaxés à l'entrée. Une taxe exceptionnelle fut créée en 1945, remplacée à son tour en 1958 par une taxe de développement portuaire, affectée à un fonds national portuaire. Une analyse des structures financières des ports opérateurs, qui ne connaissent pas les concessions et qui assurent en régie la manutention des

[295] Sur la transparence nécessaire des comptes des organismes portuaires pour faire apparaitre le coût des infrastructures, cf. Communication de la commission de l'Union européenne au parlement, *Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes : un élément déterminant du système de transport en Europe*, en date du 13.02.2001.

[296] Le cadre juridique n'est pas exactement celui d'une concession, mais plutôt d'un partenariat, mais l'exemple est probant.

[297] J. Grosdidier de Matons, *Une leçon de tarification portuaire par la Cour Suprême des Etats-Unis*, JMM, Paris, 1.5.1998, p. 993-994.

marchandises, montre que les coûts d'investissements sont massivement à la charge des marchandises et non à la charge du navire.

281. Tarification des infrastructures.

D'autre part, l'informatique devrait permettre désormais une tarification plus fine des infrastructures. On sait par exemple, que l'emploi d'un chenal est facturé de façon uniforme en fonction du tirant d'eau du navire. Or, le coût de l'approfondissement du chenal n'est pas uniforme mais progressif. Chaque décimètre supplémentaire de profondeur dragué est plus coûteux que le décimètre précédant. Le transporteur maritime en tire une rente, car tous les décimètres supplémentaires de tirant d'eau sont facturés au même prix. Le tarif est proportionnel au tirant d'eau, il n'est pas progressif. La marge bénéficiaire du transporteur s'accroît dans des proportions semblables ou voisines à mesure de l'accroissement de la dimension du navire. Et il peut en résulter une concurrence déloyale entre usagers du port, certains transporteurs bénéficiant d'avantage que d'autres de l'uniformité des tarifs. Si, dans le passé, une tarification progressive était difficile à mettre en œuvre, l'informatique, à l'aide d'un logiciel élémentaire, devrait désormais en permettre l'application. Par ailleurs, les ouvrages de protection et chenaux, même s'ils sont construits ou creusés à l'occasion de la mise en place de la concession, sont le plus souvent utilisés par d'autres trafics que celui du concessionnaire. Il serait inéquitable que celui-ci en acquitte la totalité des coûts. Par contre, quand la concession est créée dans un port existant, par exemple, sous forme d'un terminal supplémentaire, le concessionnaire bénéficie des ouvrages existants, dont le coût n'affecte pas l'équilibre financier de son entreprise. Il sera équitable de lui facturer l'accès à ses ouvrages, par exemple sous la forme d'un droit d'entrée dont le détail sera examiné dans le Chapitre VIII, et de le faire participer éventuellement au financement de l'entretien ou de l'amélioration de ces ouvrages.

c. Modes de financement

282. Présentation.

Le financement de la concession est assuré par le concessionnaire. Dans la plupart des cas, et comme on l'a déjà relevé, la loi, l'État ou le concédant exigent la constitution d'une société spécifique dont l'objet unique est la mise en œuvre de la concession. Cette société est financée par des capitaux propres, en général, et de préférence, de l'ordre de 40 % de ses besoins, et par des emprunts. L'importance des capitaux propres matérialise l'intérêt porté à la concession par le concessionnaire. De ce fait, le concédant exigera éventuellement un minimum de capitaux propres[298]. Le concédant peut participer au capital, partageant ainsi les risques. Les emprunts sont

[298] Cf. B. du Marais, *op. cit.* note 1, p. 355.

fournis par des banques et aussi par l'État. Celui-ci peut lui-même être emprunteur et obtenir des institutions de financement des conditions plus favorables que celles obtenues par le concessionnaire auprès de banques commerciales. Les ports des Etats-Unis se caractérisent par un financement local basé sur l'émission d'obligations dont les intérêts payés aux prêteurs, ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu. L'État peut également se porter garant des emprunts du concessionnaire et, à ce titre, emprunter. Les banques commerciales peuvent d'ailleurs exiger cette garantie. La matière est revue plus en détails dans la section C du présent chapitre. Si la société concessionnaire est filiale d'un groupe important, elle est hors bilan de celui-ci et en cas d'endettement important, elle ne compromet pas sa notation bancaire.

283. Concessions portuaires.

Le financement des concessions portuaires revêt généralement deux aspects. Dans le premier, une société privée déjà existante prend en charge la concession et encourt les risques à égalité avec ses autres activités. Tous ses actifs en garantissent la bonne marche et le financement. Dans le second, qui est le plus fréquent à l'international dans les pays en développement ou émergents, la concession et plus souvent encore le CET/BOT[299] est autonome et il y a financement de projet. Le financement de projet (*project financing*) est un héritier de la reconstruction de l'Europe après la Seconde Guerre mondiale (*Plan Marshall*). Diffusé entre autres par la Banque mondiale et autres banques de développement, il consiste en l'identification, l'analyse, l'évaluation et le financement d'un ensemble cohérent et identifiable d'investissements et de services. Ceux-ci auront des caractéristiques et des objectifs déterminés et communs ou en rapport entre eux. Ce financement est donc différent d'autres financements, tels la ligne de crédit, l'émission d'obligations couvrant des investissements divers, ou l'apport en capital. Il est bien adapté au projet marchand, et en particulier aux concessions. Les conditions de soumission d'une offre en vue de l'octroi d'une concession incluent le montant minimum de capital que doit constituer le concessionnaire. La règle est formulée dans de trop rares conventions de concession.

284. Financement à recours limité.

Le financement à recours limité *(non-recourse financing)* est un mode de financement d'origine anglo-saxonne qui s'est pratiqué à mesure du développement des BOT (CET) dans le monde. Il s'accompagne en général d'un appui du trésor public, sous forme de garantie ou de participation directe[300]. Dans ce financement, le service de la dette, en intérêt et en capital, est assuré par le seul flux de trésorerie *(cash-flow)* de la concession lors de son fonctionnement. Les créanciers pourront s'en assurer le

[299] L. Vandomme, *To budget, to specification*, R.D.A.I. 1999, p. 875-891.

[300] Sur ce point, cf. M. Augenblick et B. S. Custer, Jr. *The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, World Bank Paper 498. Washington, D.C., 1990.

contrôle en faisant effectuer tous les paiements auprès d'un tiers dépositaire. Mais ils ne disposent d'aucun recours sur les actifs de la concession ou des promoteurs. Domaniaux ou non, les terrains sur lesquels est implantée la concession n'appartiennent pas au concessionnaire, ou ne lui appartiennent que rarement. Dans le cas de la concession, ils peuvent d'autant moins lui appartenir que la plupart de ces actifs n'appartiennent pas au concessionnaire et ne peuvent, sauf législation l'autorisant, faire l'objet de constitution de droit réel. En matière portuaire, la Société financière internationale, filiale de la Banque mondiale, a utilisé systématiquement cette technique lors du financement de concessions portuaires dans les pays émergents et en développement. L'évaluation rétrospective de concessions convenues avec un financement de ce type a montré qu'il conduisait à des longues négociations, les futurs créanciers s'efforçant d'obtenir des garanties du concédant : *« La formulation complexe des contrats est la conséquence de ce mode de financement*[301]*.* Si le concessionnaire a recours à un financement garanti ou partiellement garanti (*recourse* ou *partial recourse financing*), il pourra faire constituer des sûretés, donc se munir de garanties, dont le détail est examiné dans les paragraphes à ci-après.

285. Mise en œuvre.

Quelque soit le type de prêt, des procédures s'appliquent pour assurer la sécurité du ou des prêteurs. Ceux-ci dans une première étape choisissent des hypothèses pour tous les facteurs susceptibles d'influencer les coûts de fournitures, de construction, de mise en place et de fonctionnement de la concession. Prêteurs et concessionnaires élaborent des hypothèses de revenus et de charges sur toute la durée du projet et du prêt. Les hypothèses doivent être réalistes, voire pessimistes, pour être considérées comme valables par les banques internationales lors de la syndication éventuelle du prêt consenti. Les résultats financiers sont simulés avec détérioration successive et simultanée de variables significatives. L'emprunteur, de son côté, mène et propose ses propres simulations. L'ensemble permet de faire apparaître les résultats les plus significatifs et importants : service de la dette, taux de rentabilité interne, taux de rentabilité actuariel pour les investisseurs, et surtout les *« ratios de sécurité du prêt sur la vie du prêt et sur celle du projet, calculés à diverses dates. »*

[301] H. Kohli, *Infrastructure Development in East Asia and the Pacific. Towards public-private partnership*, World Bank, Washington D.C. 1995, p. 12.

286. Ratios de sécurité.

Les ratios de sécurité permettent d'évaluer les risques courus par les prêteurs. Le *cash-flow net* futur est calculé, actualisé à la date d'octroi du prêt, de démarrage de la concession, et chaque année ensuite. Il est cumulé sur la durée du prêt, de la concession, et sur toute autre durée sur laquelle on souhaite le mesurer. Il est ensuite rapporté à l'encours du prêt à la même date. Les banques exigent généralement un ratio minimum de 1,3 à 2 sur la durée du prêt et de 1,8 à 2,5 sur la durée de la concession selon leurs risques. Le ratio sur la durée du prêt doit être d'autant plus élevé que celui sur la durée de la concession est faible, et que les divers cas de sensibilité ont démontré un manque de résistance du projet à certains aléas. Un ratio plus faible sur la durée du prêt sera acceptable si les aléas sont peu probables et si la durée de la concession est longue. Les banques, en outre, calculent différents ratios pour déterminer certaines données ou certains seuils d'intervention, tels la durée optimale du prêt, les conditions de ce déblocage, ou les risques de défaut. Ces calculs font intervenir éventuellement des spécialistes, consultants ou autres, qui assistent les promoteurs du projet et leurs banques dans l'élaboration de diverses hypothèses de mise en place et de fonctionnement de la concession. L'effort peut être considérable et coûteux. Dans deux cas de concession mis en place dans des pays émergents, les coûts de préparation de projets de concession, incluant des éléments portuaires, s'élevaient respectivement à 15 et 5 millions de dollars, dont une grande partie avait été dépensée sur les analyses financières. Toutefois, ces coûts de préparation et d'assistance par des spécialistes sont largement justifiés lorsqu'ils évitent la mise en place de concessions non viables ou proposées par des concessionnaires peu fiables. Le concédant n'est pas indifférent au montage financier. Certains cahiers de charges imposent que les prêteurs soient au préalable approuvés et acceptés par le concédant. En France, en 2009, *« le concessionnaire* [devait]*, avant de demander autorisation d'emprunt,… transmettre pour approbation préalable et expresse… un tableau pluriannuel des emprunts ainsi qu'un tableau des amortissements »* (Bastia, Art. 25). Au final, le financement d'une concession portuaire est fragile. Le Guide législatif de la CNUDCI relève les difficultés auxquelles se heurtent les entreprises internationales au moment de sa mise en place : disponibilité des terrains et immeubles, droit d'accès et servitude, ouverture des chantiers, fournitures, etc. Il attend donc de l'autorité concédante un appui concret et effectif au concessionnaire. En même temps (Recommandation 5) *« le concédant doit pouvoir examiner et approuver les plans, surveiller la construction des ouvrages et les outillages et les réceptionner ».*

B - COUVERTURE DES RISQUES FINANCIERS

287. Problématique.

Étroitement lié au risque politique dans certains pays, le risque financier est divers et substantiel[302]. Les risques sont courus directement par le concessionnaire et par ses créanciers, qui doivent donc être protégés par une série de dispositions contractuelles. Toutefois, et comme on l'a déjà relevé, la convention de concession peut inclure des clauses à caractère réglementaire présentant un risque financier. Il en va ainsi des clauses tarifaires. Le risque qu'elles entraînent peut être difficile à maîtriser. Elles doivent donc être aussi peu nombreuses que possibles. Elles constituent en fait des risques politiques, touchant à la notion de souveraineté des États. Et toutes les assurances liées aux risques de cette nature couvrent rarement plus de 50 % des valeurs en cause. Par ailleurs, le concédant ou l'État, s'ils engagent des capitaux, en particulier empruntés, dans l'entreprise de concession, cherche également à être couvert par des assurances spécifiques.

a. Protection du concédant

288. Principe.

Sous réserve de ce qui a été exposé plus haut à ce sujet, le concessionnaire assume tous les risques et coûts de la concession. Ainsi, dans le cas de la concession du port d'Ehoala à Madagascar, *« le concessionnaire est seul et totalement responsable vis-à-vis du concédant des dommages de quelque nature que ce soit… causés aux usagers ou à des tiers… à l'occasion de la construction des ouvrages… De la solidité et bonne tenue des constructions…fait son affaire de tous les risques d'exploitation… et dégage le concédant de toute responsabilité à l'occasion des litiges qui lui sont imputables…»* (Cahier des charges, Art. 36). Il en est de même dans les pays de *common law.* Ainsi en Inde, l'Article 23 de la convention type contient une liste des certifications et garanties (*Representation and Warranties*) par lesquelles le concessionnaire garantit qu'il est en mesure d'exécuter le contrat, qu'il n'est pas endetté, que ses comptes sont sincères, et comporte toutes autres certifications permettant à l'entreprise de démarrer sur une base saine.

289. Caution de garantie.

Le concessionnaire dépose une caution de garantie, qui couvre en particulier les coûts des mesures prises par le concédant lorsqu'il a dû se substituer au concessionnaire

[302] Cf. P. Lignères, *op. cit.* note 1, Les techniques de sûretés, p. 258 et s.

défaillant. Une garantie de bonne exécution (*performance bond*) couvre le concédant à l'égard d'une défaillance possible du concessionnaire.

290. Recours des tiers.

Les conventions de concession (BOT et autres) des pays de *common law* contiennent une clause par laquelle le concessionnaire garantit le concédant contre les recours des tiers fondés sur la convention ou tout ou partie du fonctionnement de la concession. À Gurajat (Art. 19), le concessionnaire doit garantir le concédant *« contre toute perte, réclamation et coûts résultant de l'application de cette convention par le concessionnaire, …de ses carences, …de ses négligences dans l'exécution de ses obligations légales… »*. Le concessionnaire est de même responsable de ses sous-traitants. Dans le Guide *(Toolkit),* le projet de clause 42 stipule que le concessionnaire couvre les risques du concédant résultant du recours des tiers du fait de la négligence ou de tous actes fautifs du concessionnaire dans l'application de la convention de concession. Mais la réciprocité est la règle et le concédant couvre de même le concessionnaire.

b. Protection du concessionnaire

291. Problématique.

La protection des biens et intérêts du concessionnaire n'est pas assurée uniquement par telle ou telle clause spécifique du contrat de concession ou de BOT. Elle doit être présente à tous les stades de l'opération et résulter avant tout d'une volonté du concédant de protéger ces biens et intérêts comme les siens propres. La solidarité doit prévaloir dans le but d'intérêt général de bonne exécution de la convention de concession. La responsabilité vis-à-vis de l'État, des usagers et de la société est double. La loi guinéenne de 1998 offre un exemple de dispositions législatives particulièrement protectrices. Par cette loi, l'État s'engage à ne pas édicter de mesures de nature à limiter les droits du concessionnaire sur toute une série de points essentiels : choix des sous-traitants, importations et exportations de marchandises et équipements, transfert de fonds, constitution de sûretés, hypothèques, renonciation à expropriation, etc.

292. Clause de non-concurrence.

Le concessionnaire requiert souvent l'insertion dans le contrat d'une clause lui garantissant qu'aucune concession ayant le même objet ne sera consentie, soit dans un rayon d'une distance donnée de sa propre implantation, soit avant un délai d'un certain nombre d'années. Ceci en particulier si les investissements sont importants et leur rentabilité tardive. Réciproquement du reste, le concédant exigera du concessionnaire qu'il ne prenne pas de participation dans une concession susceptible de

concurrencer celle qu'il lui accorde. La clause de non concurrence apparaît dans les conventions des pays de *common law* dans les *Representations and Warranties*. La matière est examinée à nouveau dans le Chapitre IX sur la régulation. Dans un projet de convention de concession, l'auteur du présent ouvrage a introduit une clause spécifiant que si le concédant ou l'État, pour des motifs économiques ou sociaux, imposait au concessionnaire des tarifs préférentiels au profit de certains usagers ou trafics, le concessionnaire devait être indemnisé sur la base des tarifs normalement applicables à ces usages ou trafics.

293. Assurances.

Le concessionnaire peut s'assurer contre les risques techniques et autres que court tout investisseur. Le risque politique peut s'assurer auprès de spécialistes, tels la société CitiCorp aux États-Unis ou Unitrat en France (cf. *Infra*, Garantie de la Banque mondiale). Une assurance spécifique couvre le risque de non convertibilité des recettes en devises locales et de refus de transfert de fonds vers l'extérieur, entravant en particulier le service de la dette du concessionnaire. Par ailleurs, l'assureur limite dans le temps, de l'ordre de trois ans, sa couverture du risque politique. Il sait en effet que ce risque augmente avec le temps. Car les dirigeants politiques qui suivent avec attention la marche de la concession sont rarement les mêmes que ceux qui l'ont accordée. Ils n'ont pas pour les engagements pris le même respect que les concédants d'origine. Certaines clauses de cahier des charges, protégeant le concédant, paraissent abusives. Ce qui se démontre par la rédaction suivante : *« Le contrat d'assurance de responsabilité civile doit inclure une clause interdisant sa résiliation sans avis préalable du concédant et doit mentionner l'engagement solidaire du concessionnaire et de son assureur, de renoncer à exercer soit directement, soit par l'intermédiaire de la compagnie d'assurance, tout recours contre le concédant en raison des accidents ou sinistres survenus pour une raison quelconque*. »

294. Protection contre la dévaluation.

Dans un pays à monnaie faible, le concessionnaire et ses créanciers seront protégés contre la dévaluation par une clause stipulant que le concessionnaire sera payé en devises par ses clients étrangers. Mais la clause ne pourra le plus souvent être applicable aux clients locaux, principaux débiteurs des facturations pour services à la marchandise.

295. Concédant assumant des risques.

Le concédant répugne à assumer des risques qui doivent l'être par le seul concessionnaire. En Inde, en 1999, l'État, en tant que concédant, a accepté d'assumer le risque de change résultant d'une dévaluation possible de la roupie vis-à-vis des monnaies empruntées et remboursables par le concessionnaire. Dans le même pays, la

loi interdit à l'État et aux personnes publiques de garantir les risques courus par le concessionnaire. Celui-ci peut obtenir une garantie de stabilité des prix des fournitures de biens et services par les monopoles d'État (eau, électricité, etc.). Si une réglementation des prix affecte ceux convenus pour les prestations de service d'un opérateur en BOT, le trésor public indemnise le concessionnaire du montant de la différence. Le risque de dévaluation de la monnaie locale, compromettant le remboursement des dettes du concédant sera couvert par des clauses spécifiques dans le contrat de concession.

c. Protection des investisseurs

296. Sommaire.

Comme on l'a indiqué ci-dessus, les projets de concession ou de BOT se caractérisent souvent par un fort taux d'endettement. Le *cash flow* de la concession permettra de faire face aux échéances et sera donc essentiel pour les créanciers. Pour se garantir des aléas de la concession, les créanciers du concessionnaire disposent d'abord de garanties fournies par des tiers, telles les assurances ou la garantie de la Banque Mondiale et d'autres banques similaires, dont jouissent également les concessionnaires. Ils disposent aussi de dispositifs spécifiques de garanties, fournis par le concessionnaire et décrits ci-dessous**.**

297. Limitation du risque.

Le créancier limite son risque en plafonnant son engagement. La Société financière internationale limite à 25 % du coût du projet le montant de ses prêts. Elle limite également le montant de ses participations à un chiffre fixé en fonction de la situation du pays auquel elle s'associe.

i. Droits réels et hypothèques du régime des biens concédés

298. Problématique.

La convention de concession stipule le plus souvent que le concessionnaire ne peut ni céder ses droits, ni les mettre en gage (hypothèques et autres droits réels) sans l'accord du concédant. Le régime patrimonial des biens de la concession a un impact sur celui des sûretés nécessaires pour permettre le financement par endettement de la concession. Le régime applicable diffère donc dans les pays de droit administratif et dans les pays de *common law*.

299. Application.

Dans ce régime, les biens de retour sont la propriété du concédant dès le démarrage de la concession et lui revienne au terme du contrat. Ils ne peuvent normalement servir de garanties. Et le droit domanial traditionnel exclut la constitution d'hypothèques sur des immeubles établis sur le domaine public. Toutefois, la nécessité d'assurer le financement d'ouvrages et d'équipements de plus en plus coûteux a fait s'assouplir les règles applicables en la matière. En France, la loi N° 94-631 du 25 juillet 1994[303] a modifié le droit domanial et autorisé la constitution de droits réels sur les immeubles établis sur le domaine. Ces droits réels sont cessibles et peuvent être hypothéqués. Leur durée ne dépasse pas celle de la concession et ils ne peuvent être de nature à entraver l'exécution du service public. La loi dispose aussi que lorsque les immeubles sont nécessaires à la continuité de ce service, le droit réel ne peut être constitué que sur autorisation expresse de l'État. Cette simple disposition peut rendre sans effet celle qui accorde d'office le droit, car l'administration pourra toujours arguer que l'immeuble remplit la condition fixée. Plus simplement, plus généreusement, et fort heureusement, le code tunisien des ports maritimes de commerce du 18 mars 1999 (loi 99-25) dispose que *« le concessionnaire a un droit réel sur les constructions, ouvrages et installations fixes qu'il réalise pour l'exercice de l'activité prévue pour le contrat de concession »* (Art. 61). Ces droits sont inscrits sur un registre spécial et leur cession est subordonnée à autorisation ministérielle. La position du concessionnaire est beaucoup plus forte, puisqu'il tient son droit de la loi ; il n'a pas à lui être accordé par une décision administrative. En Espagne, la loi portuaire espagnole 27/1992 autorise également la constitution de droits réels sur les immeubles de la concession, cette autorisation étant donnée par l'organisme portuaire responsable. La loi marocaine 54-05 relative à la gestion déléguée dispose en faveur de la constitution de droits réels sur les biens de retour inclus dans les concessions. Au Sénégal, la loi portant statut du Port de Dakar reprend les dispositions du droit français sur les droits réels immobiliers sur le domaine portuaire. Par ailleurs, dans les pays de droit administratif, la constitution de garanties sur des outillages non immobiliers, indispensable au fonctionnement de la concession, est parfois soumise à l'autorisation du concédant. Au total, le régime des sûretés des biens des concessions peut apparaître incertain et fragile. La difficulté est éventuellement résolue par une garantie de l'État ou du concédant. Celle-ci peut constituer une sûreté plus efficace pour les créanciers, car elle contraint le concédant à soutenir le concessionnaire en cas de difficulté. Le BOT/CET en application duquel les ouvrages et outillages demeurent la propriété de l'opérateur jusqu'au terme du contrat, et qui ignore généralement le régime domanial, est plus souple et plus ouvert que le régime concessif classique. Cependant, la constitution

[303] Décret 95-595 du 5 mai 1995. Cf. Publication du projet de loi facilitant l'implantation sur le domaine public maritime, J.M.M. 12.4.1994 p. 1117 ; 13.5.1994 p. 1239 ; 5.8.1994, p. 2038. Droits réels sur le domaine de l'État, clarification ou multiplication des interrogations ?, A.J.D.A. 25.12.1995 pp. 905-912 avec références des études parues dans diverses publications juridiques sur le sujet traité.

d'hypothèques est généralement soumise à l'approbation du concédant. Il en est ainsi à Gurajat (Art. 20) pour les actifs essentiels (*Core assets*) de la concession.

300. Évolution.

Les concessionnaires préfèrent généralement être les propriétaires de leurs immeubles et outillages pendant la durée de la concession, ne serait-ce que pour permettre la constitution de garanties sur ces actifs. La notion de bien de retour s'étiole et la concession se rapproche du CET/BOT La recommandation 49 du Guide législatif de la CNUDCI est en faveur de la constitution d'hypothèques*, « sans préjudice du régime de propriété »*. En France, les grands ports maritimes, anciens ports autonomes, sont désormais propriétaires de leur domaine, en application de l'Article 15 de la loi 2008-660 du 4 juillet 2008. Le problème de la constitution de droits réels sur le domaine ne devrait plus se poser, au moins dans ces ports.

ii. Clauses contractuelles de garantie

301. Garantie des personnes publiques.

Les personnes publiques, et en particulier le concédant, intéressées par la concession peuvent éventuellement garantir les emprunts contractés par le concessionnaire pour la mise en place de la concession. On ne dispose pas ici d'exemples d'une telle garantie accordée à une concession portuaire.

302. Clause compromissoire.

Le créancier est généralement très attaché à la clause d'arbitrage, considérée comme essentielle, et à une clause par laquelle le concédant renonce à ses immunités d'exécution. La matière a été traitée dans le Chapitre V ci-dessus.

303. Clause de substitution.

La clause de substitution permet au prêteur de se substituer au concessionnaire en cas de défaillance financière de celui-ci. En Inde, lorsque la concession de BOT lui est retirée pour cause de manquement à ses obligations, le ou les créanciers peuvent proposer un remplaçant.

304. Clause d'exclusivité.

La clause d'exclusivité protège les créanciers du concessionnaire contre la concurrence. Semblables aux clauses protégeant le concessionnaire, examinées ci-dessus, elle peut revêtir deux formes. La première est l'obligation pour les usagers d'avoir recours au seul concessionnaire, ce qui n'est pas acceptable en vue des règles sur

la concurrence et le libre exercice de la liberté du commerce et de l'industrie dans le domaine portuaire. La seconde est l'engagement de la part du concédant de ne pas accorder de concession du même type à une distance donnée de la concession et tant que le trafic n'a pas atteint un certain niveau. Une telle clause, déjà évoquée dans ce qui précède, est acceptable, en fonction de l'importance des investissements consentis par le concessionnaire et du risque couru par ses créanciers, qui ont droit à protection contre une concurrence déloyale. Certains droits, tels le droit tunisien, prohibe formellement la clause d'exclusivité.

305. Clause de substitution.

Assez généralement, les investissements qui constituent l'assise matérielle de la concession sont financés par des emprunts consentis au concessionnaire et dont le concédant devra généralement approuver les termes. Plusieurs types de garanties sont mises en œuvre, mais il faut concilier les intérêts des créanciers avec ceux des autres parties ou tiers au contrat de concession.

1) Le créancier peut se voir reconnaître un droit de créance privilégié sur ces recettes. Spécialement protecteur des droits des créanciers est le dispositif par lequel les recettes sont versées à un syndic ou administrateur qui les désintéresse au fur et à mesure des échéances et verse le solde au concessionnaire. Cette procédure, déjà mentionnée plus haut été utilisée à l'occasion de prêts de la Banque mondiale, tout ou partie des recettes de la concession étant directement versée à l'administrateur. La clause de substitution ici introduite peut entrer en conflit avec les droits du trésor public et avec ceux du concédant, qui compte sur une fraction des recettes.
2) Si le créancier prend des garanties réelles sur les actifs de la concession et dans la mesure où il peut le faire, compte tenu du droit domanial, il n'a pas évidemment intérêt à la réaliser, car la vente d'équipements nécessaires à l'exploitation ne le désintéresse probablement qu'en partie, mais condamnerait à coup sûr la poursuite de cette exploitation et les recettes correspondantes. En Tunisie (Code des ports de commerce de 1999, Art. 64), le créancier peut prendre des hypothèques en garantie des seuls prêts consentis pour financer les ouvrages et outillages de la concession ; les autres créanciers ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou d'exécution sur les droits réels ou biens de la concession.
3) La garantie peut porter sur les actions de la société concessionnaires elle-même. Le créancier peut accepter de convertir tout ou partie de la dette de la société concessionnaire en capital actions de la dite société. Ce type de sûreté et cette conversion entrent en conflit avec les intérêts du concédant, puisque la concession est un contrat *intuitu personae* et nécessite donc son accord préalable. Il présente un risque pour le créancier, puisque celui-ci va se trouver tenu de toutes les dettes du concessionnaire. Le contrat de concession du tunnel sous la Manche stipule que si 65 % des banques créancières et si les gouvernements français et britan-

niques l'acceptent, ces banques ont le pouvoir de se substituer au concessionnaire et d'imposer un nouvel opérateur du tunnel[304].

306. La garantie dormante.

La garantie dormante, forme de substitution propre au droit anglais (*floating charge)* ou québécois (*hypothèque ouverte*) est une garantie conventionnelle conclue en contrepartie d'une obligation. Elle donne au créancier une garantie dormante ou flottante sur tout ou partie du patrimoine présent et à venir du débiteur (*the undertaking and all property and assets of the debtor BOT present and future*). Le créancier peut, à son gré, la faire jouer lorsque la situation du débiteur lui fait craindre que le paiement de l'obligation soit compromis ; elle joue naturellement lorsque le débiteur est forcé par sa situation financière de cesser ses activités. Mais, comme le patrimoine du débiteur est fluctuant, le créancier peut également stipuler des clauses restrictives d'utilisation de ce patrimoine, telles que l'interdiction de prendre postérieurement des garanties de même rang, l'interdiction de cessions de créances, etc. La *floating charge* est gérée par un syndic dit *administrative receiver*, chargé le moment venu de liquider la garantie[305]. L'opposabilité aux tiers est assurée par l'inscription de l'hypothèque dans un registre public et éventuellement par une publicité particulière des clauses restrictives du contrat. Mais cette garantie n'est pas forcément recevable par le droit du pays dans lequel la concession est établie, droit auquel la concession est en principe soumise ; il y a conflit de lois et le juge doit fixer les règles de réception de la loi étrangère. Si le syndic désigné réside à l'étranger, il devra obtenir qualité à agir sur les biens du concessionnaire situés dans le pays de la concession ; si le concessionnaire est en faillite et qu'un syndic local a été désigné, il y a risque de conflit entre les deux syndics et entre le syndic de la garantie dormante et les titulaires de droits réels sur les actifs du concessionnaire. En résumé, la mise en place d'une garantie dormante dans un pays dont le droit des sûretés ne connaît pas ce type de garantie demande une rédaction très soignée du contrat et une large publicité.

iii. Garanties fournies par des tiers

307. Garantie de la Banque mondiale.

La Banque mondiale a mis au point un système de garantie des investissements privés[306] à la suite de la crise de l'endettement des pays en voie de développement

[304] P.H. Ganem, *Financement des grands projets internationaux*, R.D.A.I., Paris, vol. 11, N° 5, 1996, pp. 672-688. E. Fatome et P. Terneyre, *Droit réels sur le domaine public de l'Etat : clarification ou multiplication des interrogations,* A.J.D.A. 20.12.1995, pages 905-918.

[305] Cf. F. Dahan, *La Floating Charge: reconnaissance en France d'une sûreté anglaise*, Journal de droit international, Paris, 1996, N° 2, pp. 381-404 et les références.

[306] *La garantie de la Banque mondiale Un instrument de catalyse pour la mobilisation de capitaux privés.* Washington, D.C., 2004.

des années 1985-2000. L'institution ne pouvait continuer à développer ses encours chez des clients insolvables. Il était nécessaire de faire appel aux capitaux privés. Ceux-ci voulaient des garanties contre les risques politiques, souverains, d'autant plus élevés et imprévisibles que le projet portait sur une longue durée, la rentabilité financière tardive et l'échéance des financements éloignée. En matière de concession portuaire, le risque est grand de voir, à la suite d'un changement de gouvernement, retirer une concession de terminal pour la remplacer par un service en régie. Cela a été le cas en 2007 pour la concession du terminal à conteneurs de Colombo, accordée en 1999, et qui n'a pas survécu au succès électoral de la majorité socialiste au Parlement du Sri Lanka. La garantie joue du reste en faveur du pays hôte, car elle rend « bancables » des projets qui ne le seraient pas sans elle. Elle peut également permettre d'obtenir des conditions d'emprunt plus favorables que celles que consentirait normalement le marché. Elle est ouverte aux sources de financement quand les risques et les besoins de financement sont importants. Elle peut jouer un rôle majeur pour attirer les financements privés. Elle s'applique aux prêts et non aux apports en capital. Elle couvre des risques qui ne sont pas couverts par les régimes d'assurance du marché. Elle peut donc attirer de nouveaux financements et permettre un allongement de la durée des prêts consentis. Elle joue donc un rôle de catalyse. Mais la couverture qu'elle offre n'est jamais totale. Les risques seront partagés entre la garantie et l'investisseur ou prêteur. La Banque veut couvrir des risques qu'elle est seule à pouvoir couvrir. Particulièrement adaptée aux concessions est la garantie dite de risques partiels. Celle-ci couvre des risques spécifiques résultant de défaillance dans l'exécution des obligations du concédant, en particulier des cas de force majeure à caractère politique. Elle est bien adaptée au financement sans recours. La garantie partielle de crédit repousse l'échéance du prêt au-delà de ce qui est acceptable aux sources de financement[307].

308. Mise en œuvre.

Certaines conditions sont imposées aux pouvoirs publics bénéficiaires : maintien du régime législatif et réglementaire convenu, livraison d'intrants, paiement et indemnisation, en résumé, un comportement de cocontractant et non-pas purement régalien. En rémunération de sa garantie, *« la Banque prélève deux types de commission : une commission d'attente* (stand-by-fee) *et une commission de garantie* (guarantee fee) ». Au sein du Groupe de la Banque mondiale, l'Agence de garantie des investissements internationaux (MIGA) gère le régime. Deux types de garanties sont octroyées, pour un risque déterminé (coûts ou délais de construction, taux de change, etc.) ou pour tout ou plusieurs risques et pour une période déterminée. La garantie, dans le cas de la concession, s'adressera en particulier aux investisseurs

[307] Cf. M. Juhel, *Risk Management in Infrastructure Transaction*: *The World Bank Approach*, Séminaire de finance portuaire, Londres, 1997.

et créanciers du concessionnaire, qui compte sur le *cash flow* de la concession pour se faire rembourser. Cela suppose un contact étroit entre gouvernement, garant, et créancier, puisque la réalisation de certains risques ayant un impact sur les finances de la concession dépend du gouvernement. La garantie couvre soit des risques spécifiques, comme le risque politique ou la force majeure, soit des risques de crédit bancaire pour une fraction de l'emprunt contracté auprès d'une banque par l'investisseur. Un exemple typique de garantie de MIGA a été une garantie couvrant 40 % de l'investissement dans une concession portuaire, MIGA demandant par ailleurs une contre-garantie au trésor public du pays du concédant. Les conditions de MIGA étaient : 1) un engagement de la part du concessionnaire qu'il financerait l'ensemble du projet, soit par fonds propres, soit par emprunts bancaires ; 2) la signature d'un accord de projet avec la Banque mondiale ; 3) la signature de contrats d'assurance couvrant les ouvrages et outillages faisant l'objet de la garantie, la Banque mondiale étant désignée comme bénéficiaire de l'assurance ; et 4) le paiement de toutes les commissions convenues. Le plafond de garantie était en 2007 de 50 millions de dollars US. Le montant total des emprunts affectés au projet ne doit pas dépasser 60 % de son coût. Le recours à un accord de projet permet à la Banque de faire introduire des clauses contractuelles correspondant à ses objectifs, par exemple en matière de protection de l'environnement ou de lutte contre la pauvreté.

309. La garantie de l'Agence pour l'assurance du commerce en Afrique[308].

L'Agence pour l'assurance du commerce en Afrique (ACA) a été créée en 2001 avec l'appui de la Banque mondiale et dans le cadre du Marché commun de l'Afrique orientale et australe. Mais des pays extérieurs à ce marché commun y ont adhéré, tels le Ghana, le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Mozambique. L'Agence couvre des risques politiques tels que l'expropriation, l'annulation des licences, la saisie, les embargos, les interdictions de transfert, etc. L'ACA est alimentée par des apports de fonds des pays membres, sur lesquels sont prélevées les sommes nécessaires à l'indemnisation des assurés. *« L'État s'assure donc contre des risques qu'il est susceptible de créer lui-même ».* Mais il ne paraît pas, jusqu'ici, que l'ACA ait opéré dans le domaine des concessions, qui peut excéder sa surface financière.

[308] B. Chatel, *Une nouvelle garantie contre le risque politique*, Marchés tropicaux et méditerranéens, Paris, 2001, N° 2910, pp. 1627-1628.

C - RÉGIME DES BIENS

310. Sommaire.

L'objectif du régime des biens est leur disponibilité au profit de la concession, afin d'assurer la permanence de son fonctionnement dans l'intérêt public. Cette disponibilité est plus importante que la propriété, dont elle est la raison d'être et qui lui est soumise. Elle règle la répartition des biens, entre biens appartenant au concédant et biens propres du concessionnaire, dont le détail suit dans les paragraphes ci-après. La propriété publique, réglée éventuellement par le droit domanial, est une propriété de service, destinée ici comme ailleurs à satisfaire un besoin d'intérêt général. Elle jouera un plus grand rôle dans le régime concessif que dans celui plus souple du BOT/CET libre de ce droit domanial. Mais, les régimes tendent à se rapprocher. Ainsi au Sénégal la loi du 13 février 2004 sur les CET dispose que les investissements ne peuvent être réalisés que sur des dépendances du domaine public ou destinées à le devenir (Art. 1). En outre, toujours au Sénégal, l'autorité concédante peut être propriétaire des infrastructures (Art. 2), ce qui correspond au régime des concessions et non pas, normalement du CET.

311. Propriété des ouvrages et des outillages.

Dans les concessions des pays de droit administratif, et quoiqu'il existe des biens dont le concessionnaire est propriétaire, la notion de propriété du concédant et les dispositions statutaires dominent. Dans les autres, les droits communs et du contrat s'appliquent. Les biens, essentiellement propriété du concessionnaire, sont remis au concédant au terme de la concession, comme l'indique le sigle BOT/CET. Au Sénégal, la loi citée ci-dessus s'applique uniquement à des ouvrages appartenant au domaine public. Mais l'opérateur de projet n'est pas tenu de les transférer au concédant. Il est tenu au financement, à la construction et à l'entretien de l'ouvrage, mais le transfert n'est qu'une possibilité (Art. 10). En Iran, (loi FIPPA, Art. 3) les ouvrages et outillages financés par le concessionnaire en BOT sont transférés au concédant au fur et à mesure de leur amortissement. À Maputo (Art. 15), les immeubles construits par le concessionnaire conformément au plan d'aménagement de la concession lui appartiennent jusqu'au terme du contrat. Il les revend alors à leur valeur comptable après amortissement. Par contre, les constructions non-conformes au plan appartiennent au concédant. En fin de concession, il en dispose en pleine propriété sans avoir à indemniser le concessionnaire. Au Brésil, la loi de 1869 sur les concessions portuaires autorisait le concessionnaire à faire exproprier les terrains et ouvrages nécessaires à la conclusion, ce qui confirmait indirectement le caractère d'intérêt public de celle-ci[309]. En France, le concessionnaire demeure tenu par

[309] En Grande-Bretagne, le *Ports Act* de 1991 reconnaît le même droit aux sociétés privées portuaires, avec le même impact institutionnel, et ce quoique la doctrine britannique ne voie dans les ports que des entreprises comme les autres, et non pas des services d'intérêt général.

la réglementation domaniale dans sa gestion des biens de la concession incorporés au domaine. Les contrats de sous-location seront donc conformes aux modèles imposés par cette réglementation. Une convention de concession d'un port français rappelle ainsi la procédure à suivre pour la location (autorisation d'occupation temporaire d'une parcelle domaniale dans le périmètre de la concession : publicité, recueil des demandes d'attribution, analyse tenant compte de différents critères, attribution, approbation par le concédant). La procédure domaniale est lourde et insuffisamment conciliable avec les nécessités de l'exploitation. Cela peut expliquer, en autres motifs, pourquoi, en France, comme on l'a déjà relevé, en application de la loi du 4 juillet 2008, le domaine public des grands ports maritimes a été remis à ces établissements en pleine propriété.

a. Classification des biens

312. Biens de retour.

Ces biens, meubles, terrains, immeubles ou biens incorporels, mis à la disposition du concessionnaire par le concédant sont à tout moment la propriété de celui-ci. En régime domanial, ils sont incorporés au domaine. Cette règle a été formulée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Secrétaire d'État aux Finances* du 5 mai 1958[310], et la jurisprudence est demeurée constante sur ce point. Ces biens sont en particulier des terrains, ouvrages et équipements lourds et fixes. Ils sont inventoriés dans une annexe à la convention de concession, tenue à jour à mesure de leur mise en place et de leur éventuel déclassement et remplacement. Ils feront retour au concédant au terme de la concession, au cours de laquelle le concessionnaire amortira ceux de ces biens dont il a financé l'acquisition, afin de recouvrer les montants investis au profit futur du concédant. Le concessionnaire, bien qu'il finance ces biens, n'en est jamais le propriétaire. Le BOT/CET ne connait pas le bien de retour et on constate un certain recul de ses biens au profit des biens de reprises dans les concessions récentes[311]. En Inde, l'opérateur ne pourra constituer de droits réels sur ces biens sans autorisation préalable du concédant (Cahier des charges des BOT portuaires, Art. 7). Toujours en Inde, les conditions types stipulent que les terrains, naturels ou remblayés, sont, pendant toute la durée de la concession, propriété du concédant et donc biens de retour ; le concessionnaire n'en a que la jouissance. Pour la loi tunisienne (Art. 36) les biens de retour *« sont des biens qui contribuent substantiellement au fonctionnement de la concession ».*

313. Biens de reprise.

Les biens de reprise sont les biens mis en place par le concessionnaire, lui appartenant, utiles à la concession. Le concédant peut décider dans les conditions prévues au

[310] Lebon, 1958, p. 677.

[311] G. Mollion, *Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ?* AJDA, 28.2.2011, pp. 363-367.

contrat de concession de les acquérir au terme de la concession. En France, l'Article 42 du cahier des charges de 2001 dispose qu'ils sont repris à leur valeur estimée à l'amiable ou à dire d'expert, le montant de la reprise étant inférieur à la valeur initiale diminuée des amortissements déjà effectués. Ces dispositions, léonines, peuvent se révéler quasi confiscatoires, si la valeur marchande du bien s'est accrue sensiblement au cours de la concession du fait de l'inflation ou pour toute autre raison. Il en est ainsi des terrains. Dans les législations ou les contrats les plus récents, les biens de reprise automatique tendent à se substituer de plus en plus aux biens de retour. Ainsi se rapprochent les régimes de la concession et du CET/BOT, car ce dernier régime est par essence, comme le sigle le désignant l'indique, celui dans lequel la propriété des biens n'est acquise au concédant qu'en fin de concession. C'est le cas également au Mexique, où l'Article 36 de la loi portuaire de 1993[312] dispose que « *les ouvrages et outillages portuaires mis en place sur les terrains publics seront considérés comme propriété du concessionnaire pendant la durée de la concession ».* Une disposition semblable se trouve dans l'Article 12 du contrat de concession pour la construction et l'exploitation d'un terminal à conteneurs à Manzanillo au Panama[313]. En Colombie, l'Article 8 de la loi 01 de 1991 sur les ports prévoit également *« la cession gratuite, en fin de concession, de tous les immeubles et meubles par destination se trouvant sur les terrains d'usage public objets de la concession »*. Cela indique bien que, pendant la durée de la concession, le concessionnaire en est propriétaire. Il en va ainsi en Espagne**,** où, conformément aux principes de gestion du domaine public, les ouvrages et outillages sont intégrés au domaine en fin de concession[314]. La législation du Venezuela, de même, dispose que *« à l'expiration de la concession, tous les biens, droits et actions inhérents à la concession, reviennent, libres de charges, au concédant »*[315]. En Inde, tous les ouvrages et équipements, sauf ceux appartenant au concédant en début de concession, sont des biens de reprise automatique, propriété du concessionnaire pendant la durée de la concession. Les biens de reprise incluent les immeubles construits par le concessionnaire dans le périmètre de la concession. Il doit les démolir et remettre les lieux en état si le concédant ne les reprend pas. La règle est en France applicable aux titulaires d'une convention d'exploitation de terminal. Cette reprise gratuite des biens immobiliers du concessionnaire par le concédant est périmée et n'est plus acceptable.

[312] Ley de Puertos, abrogeant la loi du 27 décembre 1970, *Official Gazette of the Federation*, 19 juillet 1993.

[313] Gamete Official, Panama, Anon XC, N° 22, 437, 22.12.1993.

[314] cf. Loi portuaire 27/1992, art. 63 et 64. L. Cosculluela Montaner, *Administracion portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 273-303

[315] Art. 27, Ley (20.7.1991) mediante la cual...crea el Instituto autonomo de Puerto Cabello, *Gaceta oficial des Estado Caraboro*, N° 031, Valencia, 13.8.1991.

314. Biens propres.

Ces biens sont la propriété du concessionnaire non seulement pendant toute la durée de la concession, mais aussi au terme de celle-ci. On peut arguer qu'ils sont en fait hors concession. L'Article 3 du décret français 97-647 sur les concessions d'aérodromes dispose que les biens propres ne sont pas financés par des ressources de la concession…et qu'ils appartiennent au concessionnaire *« dans les limites fixées par le droit domanial »,* réserve assez inquiétante.

315. Autres droits du concessionnaire.

Le concessionnaire est également titulaire de droits immatériels ayant une valeur patrimoniale. Assimilables à des droits de propriété sont les droits acquis par un manutentionnaire qui a participé financièrement à un plan social de réduction des effectifs de dockers, et auquel on oppose, lors du renouvellement de sa concession par voie d'appel à la concurrence, un concurrent qui n'a pas participé à ce plan mais va bénéficier de l'apurement de la situation sociale financé par le manutentionnaire en place. Il est évident que ce nouveau venu devrait payer un droit d'entrée au concessionnaire sortant. Car son coût d'exploitation va être subventionné par son concurrent déjà en place. De même, les contrats de concession doivent désormais préciser les conditions dans lesquelles sont cédés au concédant ou à un nouveau concessionnaire, les programmes informatiques mis au point par le concessionnaire sortant, d'un prix de revient souvent élevé. Enfin, on rappelle ici ce qui a été mentionné concernant les droits de fonds de commerce qui doivent être reconnus au concessionnaire et qui ne le sont pas dans la plupart des régimes actuellement applicables.

316. Évaluation.

En Inde, le transfert des biens de retour, terrains ou autres, et des biens de reprise automatique, se fait sans aucune indemnisation du concessionnaire pour les impenses. Ces conditions étaient, en 1998, considérées inacceptables par de nombreux concessionnaires ou candidats concessionnaires. Elles sont propres à décourager le concessionnaire d'investir dans tout équipement qui ne sera pas complètement amorti en fin de concession. On retrouve les mêmes dispositions défavorables au concessionnaire dans les cahiers des charges des occupations ou concessions domaniales. Au Sénégal, par exemple, le cahier des charges des occupations domaniales portuaires dispose que, à l'expiration de l'autorisation, les installations mises en place par l'occupant, si elles ne sont pas enlevées par ses soins, reviennent au port autonome de Dakar, sans que celui-ci ait à verser une indemnité. Par contre, les statuts du même port autonome (Décret 87-1552 du 19 décembre 1987) disposent dans leur article 5-B que, en cas de reprise par l'État des immeubles domaniaux affectés en jouissance au port autonome, celui-ci a droit à *« indemnité équitable et*

représentative de la valeur des impenses et immobilisations qu'il aura effectuées ». En d'autres termes, le port autonome refuse à ses amodiataires les droits qu'il s'est fait reconnaître comme affectataire du domaine public. Le droit belge des concessions, davantage contractuel, est plus proche du droit civil, qui l'inspire directement, que le droit français. Il dispose que le concessionnaire, en fin de concession, est indemnisé de la valeur des immeubles édifiés dans l'espace concédé.

b. Amortissements

317. Principe.

Les amortissements ont pour objectif d'établir la valeur comptable des actifs et de permettre à celui qui les a financés d'en récupérer son investissement. Tous les actifs autres que consommables doivent être amortis au profit du concessionnaire qui les a financés. Le concessionnaire est créancier, au terme de la concession, des annuités d'amortissement subsistantes sur des actifs non encore complètement amortis. Ce point est stipulé dans certaines conventions. Il devrait l'être dans toutes.

318. Amortissements de dépréciation.

Les amortissements de dépréciation ou techniques, inscrits au compte d'exploitation de la concession, constatent la dépréciation des actifs. Cette dépréciation peut être lente et durer plus longtemps que celle qui résulterait de l'application des règles comptables. Ainsi *« dans la mesure où la valeur utile d'une installation peut être conservée par un entretien convenable, la dite installation ne fait pas l'objet, au niveau des charges d'exploitation du concessionnaire, de dotations aux amortissements »*[316]. Les amortissements inutiles d'ouvrages ne se dépréciant pas ou ne devant pas être remplacés sont une technique utilisée par des ports, en particulier des ports opérateurs en position de monopole, pour accumuler des réserves et vivre des rentes qu'elles induisent. On a même connu un analyste financier portuaire, *chartered accountant* de formation, proposer d'évaluer les terrains sous-marins de la circonscription portuaire, et d'amortir dans le compte d'exploitation ces richesses foncières immergées. Cette disposition vise en particulier des ouvrages lourds tels que les jetées de protection, les dragages de chenaux, voire les quais qui, du reste, peuvent être hors-concession, auquel cas le problème ne se pose évidemment pas. De même, le Canal de Suez, en Égypte, ouvrage concédé, n'a fait l'objet d'aucun amortissement de dépréciation, comme en Grande-Bretagne le canal de Manchester à Liverpool, appartenant à la *Manchester Canal and Port Company.* Des amortissements inutiles feraient probablement apparaître des pertes artificielles d'exploitation *ad infinitum*, sauf à augmenter les tarifs dans des proportions qui décourageraient le trafic[317].

[316] Conseil national de la comptabilité, *Guide comptable des concessions*, ca 1990. 1975.

[317] Cf. CNUDCI Guide législatif, p. 201.

319. Amortissements de caducité.

L'amortissement de caducité, dit plus simplement exceptionnel[318], s'ajoute à l'amortissement de dépréciation. Il est particulier aux régimes qui, tels le régime français, refusent au concessionnaire la propriété des biens de retour dont le concédant est toujours propriétaire. Appliqué à ces biens, il permet au concessionnaire, qui les a financés, de rentrer dans ses fonds. Il se termine donc au plus tard au terme de la concession. Il équivaut, en fait, aux annuités de remboursement d'un prêt sans intérêt consenti au concédant, et dont le montant, égal aux coûts des ouvrages, est intégralement facturé aux usagers par la voie des tarifs des prestations du concessionnaire. Il peut, comme on l'a indiqué au paragraphe précédent, ne pas y avoir d'amortissements de dépréciation. Il y a toujours des amortissements de caducité, ce qu'a rappelé la cour d'appel administrative de Paris dans un arrêt du 25 janvier 2001[319]. Au Havre, par exemple, la Compagnie industrielle maritime, concessionnaire de terminal pétrolier, est autorisée à pratiquer un amortissement de caducité, qu'elle doit toutefois, pour qu'il réponde à son objet, réinvestir dans ses ouvrages, équipements et services. À Madagascar, dans la concession du port d'Eohala, les amortissements de caducité sont pratiqués *« sur les éléments d'actifs immobilisés non renouvelables qui doivent être remis au concédant en fin de concession »* (Cahier des charges, Art. 35).

320. Contrats CET (BOT).

La propriété des ouvrages et outillages étant transférée au concédant en fin de concession, il n'y a pas lieu à amortissement de caducité. Mais le schéma économique est le même : le concédant emprunte sans intérêts à son cocontractant. En Inde, le cahier des charges des BOT (Art. 8) indique que le transfert des biens de retour ou de reprise au concédant se fait sans aucune soulte au concessionnaire. Celui-ci doit donc amortir tous ses actifs avant l'échéance de la concession. La disposition n'encourage pas le concessionnaire à renouveler ses outillages dans les dernières années de celle-ci.

[318] Cf. Concession du port de Bastia, 2005, Article 4.1.

[319] *Petites Affiches*, Paris, octobre 2001, N° 177, pp. 18-19.

VIII - Gestion financière de la concession

A - PLANIFICATION FINANCIÈRE

321. Plan financier.

La planification financière fait partie des exigences du concédant et des obligations du concessionnaire. L'Article 39-c du cahier des charges français de 1994 prévoit que le concessionnaire doit préparer et présenter à l'autorité concédante un plan financier glissant portant sur les cinq années à venir. De même, la réglementation française sur les concessions d'aérodrome impose au concessionnaire la production et la mise à jour d'un plan d'entreprise (cf. Chapitre V) et financier s'étalant sur cinq ans. En matière portuaire, le cahier des charges de 2001 contient plusieurs dispositions cohérentes de planification et de logique financière. Le plan stratégique, établi avant signature de la convention de concession (Art. 9), doit être chiffré, de même que les futures participations du concessionnaire à l'entretien et au développement des infrastructures hors concession. L'Article 36 sur la comptabilité dispose que les rapports annuels dus au concédant doivent inclure un plan glissant sur cinq ans retraçant de façon abrégée les comptes et les résultats financiers. Ainsi en est-il des états de gestion permettant d'établir les coûts et les produits de la concession, afin de permettre d'orienter la politique tarifaire.

a. Équilibre financier

322. Problématique.

La concession doit être financièrement équilibrée. Le concessionnaire doit en outre être rémunéré de façon adéquate et il a droit à ce que, sur ces bases, son équilibre financier soit maintenu à tout moment. Ces règles sont fondamentales. Elles sont, en autre, la contrepartie des compétences exorbitantes du droit commun dont dispose le concédant, par exemple en matière de retrait de la concession (supra, Chapitre VI). Pour le concédant, par contre, en particulier si celui-ci est l'État, l'équilibre économique, c'est-à-dire l'optimum des résultats de la concession au plan macroéconomique, est plus important que l'équilibre financier. Instinctivement, en particulier si le concessionnaire est étranger, ses gains financiers sont vus comme une ponction sur l'économie, accroissant par exemple les coûts de transport. Par contre, ses coûts de main-d'œuvre seront vus favorablement s'ils résultent de l'emploi d'effectifs importants, constitués de nationaux parce que tous les gouvernements cherchent à tout prix – et souvent à n'importe quel prix – à développer l'emploi. Pour l'État, et les dirigeants politiques, les externalités positives priment sur les excédents financiers de l'entreprise. La diversité des objectifs économiques ajoute aux difficultés. Si les objectifs et critères financiers sont simples et clairs, les objectifs économiques sont multiples, selon que l'on recherche des avantages et mesure des coûts concernant l'économie des transports ; ou suivant que l'on recherche un résultat macroéconomique, tel celui de l'emploi, déjà évoqué. Autant d'objectifs, autant de réponses.

323. Règles applicable au BOT/CET

Le régime applicable au BOT/CET est similaire à celui applicable aux concessions. Le principe, formulé dans les documents internes de la Banque mondiale[320], est que i) la viabilité financière du BOT est clairement établie aux yeux des sources de financement ; ii) les recettes sont suffisantes pour assurer le service de la dette et le fonctionnement du service ; et iii) la rentabilité financière pour les investisseurs est à la mesure des risques qu'ils ont courus. Une clause de la législation, du cahier des charges ou de la convention doit reconnaître au concessionnaire le droit à l'équilibre financier de la concession, telle que défini ci-dessus. La législation marocaine de 2006 dispose ainsi que *« les parties contractantes veillent au maintien de l'équilibre financier du contrat de gestion déléguée en tenant compte des impératifs de service public et de la juste*

[320] M. Augerblick et B. S. Custer, Jr. *Op. cit.*

rémunération du délégataire. » La loi tunisienne de 2008 dispose que : *« le concédant et le concessionnaire veillent au maintien de l'équilibre financier du contrat en prenant en compte les impératifs du service public, objet du contrat et la rémunération perçue par le concessionnaire. »* Par contre, ne sont pas acceptables les clauses telles que celles portant sur les tarifs, stipulant que *« les droits de port, taxes, redevances diverses sont perçus au profit du concessionnaire en contrepartie des dépenses qu'il supporte et de celles qui pourraient être mises à sa charge. »* Cette formulation est incomplète car elle ne mentionne ni la rémunération du concessionnaire pour les services qu'il rend, ni celle de son capital. Elle limite donc l'équilibre financier à la couverture des dépenses, ce qui est insuffisant.

324. Absence de péréquation.

Le principe d'équilibre financier s'applique à toutes les composantes de la concession. La péréquation et les subventions d'un trafic par un autre, sources de rentes et de distorsions du marché, doivent être évitées. À Maputo, l'Article 13 du contrat stipule que le tarif de chaque service doit couvrir ses coûts *« à long terme »*, ce qui peut signifier le coût de développement, mais cela n'est pas certain. Des tarifs inférieurs aux coûts ne sont admissibles qu'à titre promotionnel, pour attirer du trafic.

325. Formulation.

En France, l'Article 31 du cahier des charges de 2001 dispose que le concessionnaire *« doit gérer la concession de façon à en assurer l'équilibre des comptes ».* Cette rédaction est typiquement administrative, car elle fait peser toute la responsabilité de l'équilibre financier de la concession sur le concessionnaire, alors que cet équilibre peut dépendre largement des décisions du concédant, par exemple en matière tarifaire. Dans le même style, l'Article 25 de la convention de concession du port de Bastia stipule que *« le concessionnaire doit gérer les comptes de la concession de façon à en assurer l'équilibre »* par une tarification appropriée des services rendus et par les revenus tirés du domaine concédé. *« S'il devait résulter des décisions du concédant ou de l'État d'un préjudice de nature bouleverser l'équilibre financier de la concession, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnité qui, faute d'accord amiable, serait fixée par le juge du contrat ».* Il y a donc la reconnaissance de l'aléa d'imprévision. Toujours en France, l'équilibre financier semble prévaloir sur la règle d'adaptabilité du service qui reflète son asservissement à la demande. Le cahier des charges de 2001 (Art. 16) dispose que, si le concédant peut prescrire au concessionnaire des investissements supplémentaires en vue de satisfaire les besoins, ceux-ci ne doivent pas avoir pour effet *« une modification essentielle de l'équilibre financier de la concession ».* À Pointe-Noire (2008), l'Article 30 stipule que *« le concessionnaire doit gérer la concession de manière à en assurer l'équilibre financier »*. L'Article 15 stipule que, si le concessionnaire est tenu d'adapter les moyens de la concession aux

besoins du trafic, il ne peut résulter de cette obligation *« une modification essentielle de l'équilibre financier de la concession ».* Cet équilibre est prioritaire : s'il y a modification essentielle, un avenant à la convention devra précéder l'application des mesures responsables du déséquilibre. En Colombie, dans une concession accordée en 1995 pour l'agrandissement et l'entretien de pistes d'atterrissage à l'aéroport de Bogota, et financée par des recettes d'atterrissage, le concédant a garanti au concessionnaire un niveau minimum de revenus, par prélèvement d'un fonds de fiducie alimenté par 30 % de ces recettes[321].

326. Imprévisions.

À Pointe-Noire, en outre, l'Article 40 de la même convention se réfère implicitement à l'imprévision. Il stipule que, s'il doit résulter de manquements ou de décisions de l'État ou du concédant un bouleversement de l'équilibre financier, le concessionnaire aurait droit à indemnité. L'indemnisation est fixée d'accord parties ou par recours à l'arbitrage. Au Brésil, les Articles 9 et 10 de la loi brésilienne 8987/95 disposent que *« ...s'il y a modification unilatérale du contrat, qui affecte son équilibre économico-financier d'origine, le concédant* ["administration publique"] *doit rétablir l'équilibre de façon concomitante et dès lors que les stipulations du contrat sont respectées* [par le concessionnaire], *son équilibre financier et économique doit également être respecté »*. Le décret français sur les concessions d'aérodromes dispose que le concessionnaire peut renoncer à la concession, en donnant un préavis d'un an si des évènements non prévisibles sont survenus qui modifient gravement les conditions d'exploitation et l'équilibre financier de la concession. Par contre, la formule de certains cahiers des charges français suivant laquelle, *« s'il devait résulter des décisions du concédant ou de l'État un préjudice de nature à bouleverser l'équilibre financier de la concession, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnité »* est insuffisante car elle ne précise pas que l'indemnité doit rétablir l'équilibre compromis. Elle reflète le principe injuste et périmé, suivant lequel le concessionnaire entreprend, finance et gère la concession *« à ses seuls risques et périls ».*

327. Objectifs et indicateurs de l'équilibre financier.

Les indicateurs financiers traditionnels, établis au stade prévisionnels et suivis ensuite pendant la durée de la concession, sont utilisés pour s'assurer de son équilibre financier. Ces indicateurs seront le taux de rentabilité de l'investissement. S'y ajouteront le taux de rentabilité des fonds propres, le service de la dette, le délai de retour des coûts des investissements de la concession *(payback period)* et autres.

[321] E. J. Juan, *Privatizing Airports, Options and Case Studies, View Point*, Note N° 82, World Bank, Washington D.C. 1996.

b. Rentabilité financière

328. Taux de rentabilité.

L'investissement des concessionnaires doit être rémunéré par une rentabilité financière raisonnable dans des délais acceptables et conformes aux attentes de leurs actionnaires et des marchés financiers[322]. Si le tarif d'équilibre de la concession est théoriquement celui dont résulte une valeur actuelle nette nulle, soit donc un taux de rentabilité égal au coût actualisé des fonds investis, ce tarif doit évidemment être supérieur pour couvrir les risques courus et dégager un excédent raisonnable. Certains concédants ont du mal à l'admettre. Un taux de rentabilité brut de 17 à 25 % est nécessaire pour faire face aux aléas. Aux États-Unis, le principal opérateur de manutention portuaire évalue à 40 % le taux de rentabilité interne nécessaire pour qu'il puisse s'engager dans une opération de type BOT[323]. Ce chiffre paraît cependant excessif. Une rentabilité de 35 % a également été mentionnée. Mais *« ce niveau de rémunération est souvent mal compris par les pouvoirs publics qui tendent à le comparer aux coûts des emprunts obligataires des grands emprunteurs publics, inférieurs à 10 % le plus souvent, et à le trouver excessif. Pourtant l'expérience prouve que même à ce niveau, il est relativement plus difficile de trouver des investisseurs disposés à placer des capitaux dans des projets d'équipements publics que lorsqu'il s'agit de projets industriels privés »*[324]. La loi brésilienne de 1869 sur les concessions portuaires limitait cette rentabilité à 12 %, chiffre ramené à 10 % en 1934[325]. En 1971, le Conseil National des Ports Britanniques retenait le principe d'une rentabilité de 10 % sur le capital investi, avec amortissement de tous les actifs sur des périodes pouvant dépasser 50 ou 75 ans, le *cash-flow* devant couvrir l'amortissement des emprunts et financer 50 % des investissements. En 1994, une étude de l'Observatoire Économique et Statistique des Transports français, portant sur 27 terminaux européens concédés montrait que la plupart atteignaient tout juste l'équilibre financier. La rentabilité des meilleurs terminaux du Port d'Anvers était de l'ordre de 3 %[326]. Pourtant en 2002, le spécialiste britannique Drewry publiait les résultats des principaux operateurs internationaux de terminaux et démontrait que leur rentabilité était confortable[327]. Ainsi, Hutchison accusait une rentabilité brute (résultat/chiffre d'affaires de 37,3 %, Port of Singapour

[322] *Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics*, Cf. *op. cit.*

[323] M. J. Hamilton. *Privately Financed Road Infrastructure*: *A Concession Company's Point of View*. Subsaharan Transport Progam Working Paper Nº 26, Washington, D.C., May 1996.

[324] M. Sarmet, *Le financement de projets appliqué aux équipements collectifs*, in *L'expérience française de financement privé des équipements publics*, Economica, Paris, 1993.

[325] Décret du 29.5.1934. Cf. H. Siguelra Silveira, Tarifa portuaria no Brasil, Portos e Navios, Rio de Janeiro, 12.1979.

[326] S. Cass, *Port Privatization*, Cargo Systems, Londres, 1996. p. 78.

[327] C. Ferrari et M. Benacchio, *Recent trends in the market structure of container terminal services which way to integration ?* Pomorski zbornik – Annals of Maritime Studies, 2002, 40, pps. 153-176.

Corporation de 47,3 %, Peninsula & Oriental Ports de 18,2 %, Eurogate de 6,9 %, Orient Overseas Container Line (OOCL) de 22,5 et International Container Terminal Services, Inc. (ICTSI) de 15,9 %. La performance relativement modeste d'Eurogate résulte de la forte concurrence qui règne entre les ports européens. Les informations sur le sujet sont rares, isolées et à considérer avec prudence. Si la concession n'est pas une entreprise isolée mais un élément, constituée en société, d'un ensemble plus vaste, la direction de cet ensemble peut avoir intérêt, pour des raisons fiscales en particulier, à ne faire apparaitre aucun bénéfice résultant de l'activité de la concession, car *« …les intérêts privés du partenariat privé ne sont pas uniquement localisés au niveau de sa participation en capital au sein de la société de projet*[328]*.»*

329. Subvention de la concession.

La concession peut être subventionnée dans le but d'attirer des capitaux et d'encourager le partenariat public-privé. La loi guinéenne de 1998 exonère l'investisseur dans le secteur portuaire, des impôts sur les sociétés jusqu'à amortissement complet des investissements. D'autres dispositions fiscales incitatives portent sur les impôts indirects. Mais la participation directe de l'État au financement est formellement exclue. Au Sénégal, la loi de 2004 laisse aux parties le soin d'identifier les points sur lesquels des avantages peuvent être consentis. Mais la subvention n'est pas destinée à faire peser sur des tiers les conséquences des erreurs du concessionnaire. Inspiré par les règles dégagées aux États-Unis par les commissions régulatrices des entreprises privées exploitantes de services publics en réseaux *(public utilities)*, le même cahier des charges dispose qu'*« aucune dépense exceptionnelle due à la négligence ou aux erreurs de planification ou à la mauvaise gestion du concessionnaire ne pourra être répercutée sur les usagers par l'intermédiaire des tarifs mais devra être mise à la charge des actionnaires de la concession par déduction des excédents ou par augmentation du capital, ou par tout autre procédé »*[329]. Pour la Banque mondiale, les tarifs doivent couvrir au moins le coût d'opportunité du capital du concessionnaire, y compris le coût des risques courus du fait du projet, du secteur ou du pays dans lequel il opère[330]. Le taux de rentabilité interne des investissements du concessionnaire sera l'indicateur retenu.

330. Subvention par la concession.

La recherche d'obtention d'externalités positives par le concédant ne doit pas se faire aux frais du concessionnaire d'un trafic ou de marchandises. En aucun cas, le mon-

[328] P. Lignères, *op. cit.* note 1, p. 249.

[329] Cette clause a été ajoutée au projet d'origine d'un contrat de concession sur la proposition de l'auteur du présent ouvrage.

[330] A. Estache, *An Introduction to Financial and Economic Modeling for the Regulators of Transport Infrastructure* (CD-ROM en anglais et français), Institut de la Banque mondiale, Washington, D.C., 2004.

tant facturé ne peut être inférieur aux coûts du service. Il y a également subvention par la concession quand celle-ci doit prendre à son compte des dépenses incombant au concédant ou à des tiers. En France, l'Article 16 du cahier des charges de 2001 dispose que, pour des motifs d'intérêt général, l'autorité concédante peut décider l'établissement de nouveaux ouvrages ou outillages, *« il ne doit résulter de cette obligation aucune modification essentielle de l'équilibre financier de la concession »*. Dans le projet de cahier des charges de concession d'un terminal à conteneurs d'un port français en 2000, une clause stipulait qu'*« en aucune circonstance le concessionnaire ne sera conduit ni contraint à ajuster ses tarifs ou à fournir des services, au profit d'une quelconque personne privée ou publique, à un niveau qui ne lui permette pas de couvrir les coûts du service en question »* (Art. 6). Cette clause protectrice des intérêts du concessionnaire n'a pas été retenue dans la version finale du contrat.

C - RECETTES DU CONCESSIONNAIRE

a. Nature et base des ressources

331. Nature et objet des recettes.

Les recettes du concessionnaire sont essentiellement des redevances pour services rendus[331] fixées par des tarifs qui doivent être proportionnels à ce service. Dans certaines conventions, le concessionnaire n'a strictement droit qu'à ces recettes. Si le concédant a financé le quai, par exemple, le droit de quai sur le navire, qui est de nature fiscale, lui reviendra, et non au concessionnaire. Dans d'autres par contre, le concessionnaire reçoit des recettes à caractère quasi-fiscal, sans rapport direct avec ses activités. Ainsi en France (Bastia, 2005, Art. 26), il reçoit le produit des droits de port sur les navires et les marchandises, institués par la loi. Cette attribution aura généralement pour contrepartie l'obligation pour le concessionnaire de contribuer au financement des ouvrages et outillages du port, hors le périmètre de la concession. Les tarifs doivent assurer l'équilibre financier de la concession c'est-à-dire les dépenses, la rémunération du concessionnaire et de son capital, et toute autre provision ou constitution de réserves, convenues d'accord parties, ayant rapport à l'objet de la concession. Dans la convention de concession du port de Bastia, le même Article 26 stipule que *« pour assurer ou compléter le financement de ses dépenses, le concessionnaire peut recourir à l'emprunt ainsi qu'à des contributions d'autres personnes publiques ou privées intéressées, ou encore à ses ressources propres… »*. Cette formulation est peu heureuse. Elle ne distingue pas entre dépenses de fonctionnement et dépenses

[331] À ce titre, elles ont été longtemps qualifiées « taxes » dans les cahiers des charges français, ce qui correspondait à la signification originale de ce mot. L'emploi de ce terme est tombé en désuétude.

d'investissement. Si ces dernières peuvent faire l'objet de financements hors tarifs, les dépenses de fonctionnement doivent être couvertes par les tarifs, en application du principe d'équilibre des comptes.

332. Approche des recettes.

Deux approches des opérations de recettes du concessionnaire sont concevables. L'une, administrative, voit dans le concessionnaire un collecteur de recettes publiques. Ainsi, un cahier des charges ancien disposait que les sommes reçues par le concessionnaire, *« droits de port, taxes et redevances »*, l'étaient *« en contrepartie des dépenses qu'il supporte et de celles qui pourraient être mises à sa charge ».* Cette rédaction restrictive permettait, à la limite, de refuser au concessionnaire de dégager un excédent et, en fait, de comprimer au maximum celui-ci. Elle permettait également de lui refuser toute rémunération pour des éléments non matériels de son activité, tels que la valeur du service rendu à l'usager. Une seconde approche, qui prévaut désormais, est *« économique et financière »*. Les recettes du concessionnaire sont le paiement d'un service rendu. La gestion vise certes à couvrir les frais supportés par le concessionnaire et à rentabiliser son investissement. Mais à cet objectif microéconomique s'ajoute un objectif macroéconomique d'accroissement du trafic et d'optimisation de l'utilisation des ouvrages et outillages de la concession. Cette approche conduit à une gestion plus souple et davantage commerciale, proche, dans la mesure du possible, de la gestion de la recette (*yield management*) du transport aérien et désormais ferroviaire, avec référence aux coûts marginaux. Contrairement aux apparences, cette approche est plus conforme à l'esprit du service public que l'approche administrative. D'une part, elle incorpore la notion de service aux usagers, élément essentiel de celle de service public. D'autre part, par sa recherche d'optimum d'emploi des ressources économiques, elle incorpore le concept de service public économique qui a été identifié au Chapitre II, et dans lequel la notion du coût marginal joue un rôle essentiel. L'Article 24 du cahier des charges de la concession globale d'Eohala à Madagascar pose le principe sous une forme lapidaire : *« Le concessionnaire est rémunéré par les usagers pour les services qu'il leur rend »*. Les tarifs doivent être compétitifs *« par rapport aux tarifs pratiqués dans la région »* (Art. 25). À Maurice, l'Article 6-1 du contrat de concession portuaire de 1999 stipule les trois objectifs des tarifs. Ceux-ci doivent couvrir les coûts du concessionnaire, y compris une rentabilité convenable du capital. Cette formulation est significative car elle assimile à juste titre à un coût la rentabilité du capital investi. Ils doivent ensuite attirer le trafic par leur structure et enfin, soutenir la comparaison avec les tarifs des ports concurrents[332]. L'excellente législation marocaine dispose que *« Les clauses tarifaires ou de rémunération doivent tenir compte, non*

[332] Les tarifs portuaires de Port Louis à Maurice étaient vers 2005, quelque cinq fois inférieurs aux tarifs pratiqués dans l'île voisine de la Réunion, ou pourtant la mise en place d'un terminal à conteneur avait fait l'objet de coûteuses subventions.

seulement de l'équilibre financier de la gestion déléguée, mais aussi des gains de productivité, des économies découlant de l'amélioration de la gestion et du rendement du service public délégué ». À Pointe-Noire (Art. 30), les recettes du concessionnaire sont clairement identifiées comme *« la contrepartie des dépenses qu'il s'engage à faire… celles qui sont mises à sa charge… et la rémunération des services qu'il rend…».* Mais le concédant peut se réserver certaines recettes[333]. En Inde, l'Article 7.2.3 du cahier des charges type des BOT portuaires réserve au concédant les recettes de pilotage et de stationnement des navires à quai, quoique le concessionnaire soit tenu d'assurer l'entretien des ouvrages d'accostage et que ces ouvrages appartiennent au concédant.

333. Base des tarifs.

Deux approches tarifaires fondamentales sont concevables : coûts contrôlés avec taux de rentabilité, et prix plafonds. En fait, de nombreux régimes tarifaires sont hybrides, empruntant aux deux approches. La méthode des coûts contrôlés *(cost plus)* permet au concessionnaire de récupérer ses coûts et lui octroie un taux de rentabilité de son investissement. Ce régime est très sécurisant pour le concessionnaire. Il offre l'inconvénient d'une dérive des coûts que le concessionnaire n'a aucun intérêt à freiner, d'autant plus que, par d'habiles manœuvres, il peut obtenir sa part du prix des fournitures par entente avec les fournisseurs, ce que l'auteur de cet ouvrage a lui-même vérifié. La méthode du tarif plafond (*price cap*) qui fixe un plafond aux tarifs du concessionnaire lui permet d'opérer en-dessous de ce tarif, en fonction de ses intérêts commerciaux. Le risque est alors que le concessionnaire investira au minimum, mais le contrôle doit permettre d'éviter cet abus. Cette solution paraît la meilleure, surtout si le concessionnaire est en concurrence avec d'autres, auquel cas du reste, il réalisera certainement les investissements nécessaires au maintien de sa position concurrentielle. À Maurice, la convention de concession de 1999 stipule la liberté du concessionnaire en matière d'application des tarifs, dans la limite du plafond, et en fonction du volume et du type de trafic. Le concessionnaire n'est pas tenu de rendre public les tarifs préférentiels ainsi consentis.

334. Objectifs tarifaires.

Comme on l'a identifié plus haut, la première fonction des tarifs est la viabilité financière de la concession. Mais des objectifs commerciaux peuvent justifier une grande souplesse de tarifs. Lorsque les frais fixes sont importants et doivent être couverts dans tous les cas, quel que soit le trafic, une tarification au coût marginal peut se justifier si elle est de nature à attirer des trafics supplémentaires. Inversement, le

[333] Les concessions à péages virtuels ou fictifs ne sont pas examinées ici, car ces péages n'ont pas été appliqués à des concessions portuaires. Cf. D. Linotte, *Shadow Tolls, le droit public français à l'épreuve des concessions à péage virtuel*, A.J.D.A. 20.11.2000, pp. 863-873.

régulateur peut faire pratiquer des tarifs spécifiques pour des trafics qu'on désire encourager ou décourager. Des subventions peuvent être alors nécessaires. Toute manipulation de tarifs, toutefois, qui introduit des distorsions de concurrence et affecte la demande de services, doit être maniée avec une prudence extrême. Vouloir faire jouer à des tarifs de concession un rôle en matière de distribution de revenus est particulièrement risqué. En ce qui concerne la France, il faut revenir ici aux études exposées et aux observations formulées dans le rapport Nora de 1967[334]. Celui-ci a établi combien les entreprises publiques françaises souffraient des missions de nature sociale qui leur étaient imposée et qui bouleversait leurs finances au détriment de l'optimum économique souhaitable. Ce rapport, impopulaire en son temps, a été à la base de la modernisation du service public qui se poursuit encore à la date du présent ouvrage.

335. Fixation des tarifs.

En principe, le concessionnaire, gérant un service public n'est pas libre de ses tarifs. Ceux-ci sont fixés par voie réglementaire. Toutefois, le concessionnaire peut jouir d'une certaine initiative en la matière en déterminant la base et les montants des tarifs qui seront ensuite formulés par voie réglementaire ou laissés à son concessionnaire. Il y a alors liberté tarifaire. La méfiance règne à l'égard des tarifs des concessionnaires, toujours soupçonnés d'être excessifs. En principe, la concurrence devrait permettre une liberté tarifaire, mais il y a toujours risque d'entente, d'abus de positions dominantes ou de collusions. Sans doute, ces risques d'aléas sont-ils fréquents dans le domaine portuaire car les tarifs demeurent fixés par le concédant ou étroitement contrôlés dans de nombreux cas où le concessionnaire est en position de concurrence. Le contrôle peut avoir des effets pervers. Dans les ports français, on a constaté qu'une réglementation stricte des tarifs des concessionnaires jusqu'en 1986, avait non seulement compromis leur situation financière et freiné leur capacité de développement, mais également n'avait pas permis le financement des efforts de marketing qui auraient attiré du trafic vers les ports. Aux États-Unis, en matière de *lease*, affermage proche des concessions, la notion de *« tarif raisonnable »* a été définie et appliquée sous le contrôle de la *Commission maritime fédérale* à laquelle tous les projets de convention doivent être soumis : *« les tarifs doivent être équitables et raisonnables pour l'usager comme pour le concessionnaire, pas trop bas, car ils seraient confiscatoires, et pas si haut qu'ils soient répressifs ».* Au Mexique, l'Article 61 de la loi des ports de 1993 dispose que les administrations portuaires peuvent déterminer, dans le document de concession, la base sur laquelle les tarifs seront établis, fixer des taux maximum et minimum, et stipuler les mécanismes d'ajustement ; cette détermination des conditions tarifaires *« doit permettre à l'exploitant de rendre des services et d'exploiter la concession dans des conditions satisfaisantes de qualité, de concurrence*

[334] *Rapport sur les entreprises publiques,* La documentation française, 1967, 133 p.

et de permanence », lorsque ces conditions ne sont pas remplies, le concessionnaire peut en référer à la Commission de la Concurrence. En Inde, le cahier des charges type applicable aux grands ports gérés au niveau central comme *port trusts* prévoit la fixation des tarifs maximum par l'autorité administrative (en l'espèce l'autorité des tarifs, entité administrative indépendante (cf. Chapitre IX) : en dessous de ce maximum, le concessionnaire applique les tarifs qu'il entend. A JNPT, la convention précise qu'un dépassement du tarif maximum fixé par les autorités constitue un motif de retrait de la concession (Art. 7). Par contre, les ports secondaires gérés par les États fédérés peuvent être libres de fixer leurs tarifs.

336. Liberté tarifaire.

L'école libérale est favorable à la liberté tarifaire, qui n'exclut pas que le concédant suive attentivement l'application des tarifs par le concessionnaire. Pour le Guide (*Toolkit* 6.14), le tarif est un prix que le concessionnaire doit pouvoir fixer librement, sauf monopole. Les Directives de la CNUCED (N° 71) préconisent la liberté tarifaire, sauf en cas de monopole. L'autorité concédante, sur la base des propositions du concessionnaire, fixe alors des tarifs maximum. Au Cameroun (Douala, Art. 33), le concessionnaire fixe librement ses tarifs sous réserve des tarifs plafond fixés par le concédant pour chaque prestation et *« dans son souci de recherche de compétitivité avec les ports concurrents »*. Les tarifs plafond sont revus par le concédant, le concessionnaire entendu, au vu de l'évaluation des conditions économiques (Art. 63, modifié). Si donc le cahier des charges peut contenir des clauses contractuelles concernant les tarifs, comme par exemple le droit pour l'opérateur d'accorder des rabais, le concédant peut à tout moment modifier les règles applicables. Au Brésil, la loi de 1869 portant création des concessions portuaires disposait que le Gouvernement devait en vérifier tous les cinq ans les montants et leur application. Ce délai a été ramené à deux ans en 1934. Au total, même en l'absence de monopole, la liberté des tarifs peut entraîner des abus de la part des concessionnaires dus en particulier aux ententes. En Uruguay, on relève que seul le maximum du tarif est fixé ; le concessionnaire a toute liberté d'agir sous ce plafond, sous réserve d'agir de façon équitable vis-à-vis de ses clients.

337. Formulation réglementaire.

Quel que soit le mode de fixation des tarifs, les clauses tarifaires des conventions de concessions, en régime de droit administratif, ont valeur réglementaire. Dans une approche strictement administrative et non pas économique, la loi ou les cahiers des charges se limitent à disposer que *« l'établissement, la modification, la structure et les conditions d'application des tarifs sont fixés par la réglementation en vigueur »*, rédaction qui se retrouve dans nombre de conventions de concession. Dans le même temps, il est précisé que le concessionnaire est responsable de l'équilibre financier de la con-

cession alors qu'à aucun stade, il n'y a obligation pour les autorités fixant les tarifs de les établir de façon à ce que cet équilibre soit assuré. Ce type de disposition n'est donc pas acceptable. Il peut à la rigueur s'appliquer à des concessions de réseaux à clientèle acquise et ne nécessitant aucun effort de marketing. Ce qui n'est pas le cas des concessions portuaires soumises aux aléas du transport maritime. L'Article 29 du cahier des charges de 2001 dispose que les tarifs sont soumis *« à la réglementation en vigueur »*. Le concédant, s'il n'a pas le pouvoir réglementaire, n'a donc pas compétence en matière tarifaire. Si, par entente avec le concessionnaire, il applique certaines règles, celles-ci peuvent à tout moment être rendues caduques par un règlement. Une législation bloquant tous les prix, frappera ainsi de caducité une clause d'ajustement des tarifs stipulée dans une convention de concession. Toutefois, cette jurisprudence ancienne pourra désormais être influencée par les notions de sécurité juridique et de confiance légitime, qui pénètre désormais le droit administratif français et qui ont été exposées au Chapitre III du présent ouvrage. De façon caractéristique, la convention type d'exploitation de terminal de 2000 ne mentionne pas le contrôle des tarifs de l'opérateur. Tout ce qui n'est pas interdit étant autorisé, il faut en conclure que les exploitants ont la liberté tarifaire ; cela reste à établir avec précision.

b. Application des tarifs

338. Principes.

En principe, les tarifs sont appliqués de façon égale. Cela n'exclut pas leur diversité. Simplement des usagers se trouvant dans des situations équivalentes se voient appliquer les mêmes tarifs. La souplesse dans un esprit d'équité est la règle. En France, dans l'Arrêt d'Assemblée du 21 novembre 1958 *Syndicat national des transporteurs aériens*, le Conseil d'État a jugé que l'on peut ne pas appliquer la règle d'égalité quand il existe des différences objectives et appréciables de situations entre les usagers et pour un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet du service[335]. Les formules suivantes se trouvent dans les contrats de concession portuaire : *« des réductions peuvent être accordées en fonction de la spécificité ou de la régularité des services »*… *« Ils sont communiqués à l'autorité concédante et homologués »*... *« des contrats prévoyant des redevances réduites peuvent être conclus entre le concessionnaire et le concédant dans l'intérêt du service public ».* L'arrêt de 1999 voit un motif d'intérêt général dans la situation concurrentielle de l'aéroport et la nécessité d'attirer du trafic. Par ailleurs, les directives du gouvernement indien sur les concessions portuaires des années 1990 prévoyaient une surcharge de 50 % sur les tarifs en cas d'octroi de priorité d'accostage.

[335] Lebon, p.572. Cf. Grands Arrêts, p.358.

339. Application.

Les particularités du trafic peuvent justifier des réductions sans qu'elles puissent justifier une discrimination entre les entreprises de transport[336]. À Pointe-Noire (Art. 28), le concessionnaire doit traiter de façon égale les usagers qui utilisent les installations dans les mêmes conditions. En France, l'Article 28 du cahier des charges de 2001 dispose que *« le concessionnaire doit respecter une égalité de traitement entre les usagers portuaires qui utilisent dans les mêmes conditions les installations et services de la concession dans les conditions fixées par la réglementation en vigueur ». « Des aménagements tarifaires pourront être accordés par le concessionnaire, dans le respect du principe d'égalité des usagers devant le service public ».* L'Article 27 d'un cahier des charges français dispose que *« des contrats prévoyant des redevances réduites peuvent être conclus entre le concédant et le concessionnaire dans l'intérêt du service public ».* Cette formulation, trop vague, est la porte ouverte à tous les abus et distorsions de concurrence. Dans un port français en 2009 *« la fixation des tarifs doit respecter le principe d'égalité entre les usagers ».* Le concessionnaire *« propose une grille tarifaire indicative comprenant des modulations de tarifs à fixer en fonction de seuils de trafic, de chiffres d'affaires [ou autres] ».* Plus souple est l'approche dans les pays de *Common Law*, à dominance contractuelle. À Gujarat, la convention (Art. 101.2.2) stipule que le concessionnaire *« …peut moduler chaque ensemble de services et les tarifs correspondants au profit d'usagers spécifiques…De telles dispositions peuvent inclure des contrats à long terme avec des usagers importants ou [au trafic] spécifique »*. Dans de trop nombreux cas, un contrôle des tarifs basé sur le principe d'égalité de traitement des usagers ou des opérateurs pointilleux peut affecter la viabilité de la concession ; il est cause de friction entre concessionnaire et concédant. Une solution consiste pour le concédant à stipuler un maximum et un minimum, le concessionnaire étant libre d'accorder des conditions particulières à ses clients. En France, le cahier des charges de 1994, reprenant les dispositions de la modification apportée en 1970 au cahier des charges de 1915, dispose que *« des réductions de tarif peuvent être accordées par le concessionnaire en fonction de la spécificité ou de la régularité des services qui lui sont confiés par ses clients. Ces réductions sont communiquées au représentant de l'autorité concédante et sont homologuées en cas de non opposition dans un délai de quinze jours »* (Art. 27). Mais cet octroi de conditions particulières reste soumis au contrôle du juge qui applique les principes du service public, sans s'interroger sur l'opportunité, commerciale ou autre, de la différence de traitement entre usagers. Une réduction du coût marginal de l'exploitation d'un terminal du fait d'une forte fréquentation par un usager sera évidemment un motif justifié de réduction de tarif, par application du principe de proportionnalité. Dans une décision *Compagnie Air France*[337] du 27 avril 2006, le tribunal administratif de Strasbourg a annulé des rabais

[336] C.E. 11.12.1999, Compagnie nationale Air France, A.J.D.A. pp.87-93, conclusions M. Arrighi de Casanova. Cf. La Semaine juridique J.C.P. 30.4.2000, pp. 1550-1552.

[337] A.J.D.A. 25.9.2006, pp. 1734-1739, Conclusions A. Lombart.

consentis à un transporteur aérien sur des redevances aéroportuaires. Pour le tribunal, les rabais consentis ne présentaient pas *« un intérêt général suffisant »* pour justifier que la règle d'égalité des usagers du service public ne soit appliquée. Le résultat de cette stricte application du principe d'égalité a été dévastateur. Le transporteur qui a subi la suppression des rabais après le succès du recours en justice de son concurrent a simplement cessé de desservir l'aérodrome de Strasbourg, au profit de celui voisin de Kehl en Allemagne. Strasbourg a ainsi perdu 350 000 passagers par an. Cela prouve que les rabais correspondaient bien à un besoin d'intérêt général macroéconomique, que le juge administratif n'a pas été en mesure d'identifier. Le juge veut *« des différences objectives et appréciables de situation entre usagers…en rapport avec l'objet du service ».* Il sanctionnera *« le caractère manifestement disproportionné»*[338] des mesures prises. Le cahier des charges de la concession de Port Louis à Maurice (1999) offre un exemple excellent d'une application du principe d'égalité dans un but d'optimiser l'exploitation portuaire : *« les tarifs seront des plafonds ; le concessionnaire tout en respectant la règle d'égalité de traitement des usagers présentant des conditions équivalentes, sera libre de les adapter pour encourager une exploitation rationnelle du terminal, avantageant le recours aux expéditions groupées, les escales régulières, et autres ; de même, le tarif pourra désavantager les pratiques non économiques telles que le recours à des navires lents, la mauvaise répartition des conteneurs dans les cales, les retards de livraisons ou autres ».*

340. Monnaie de règlement.

La monnaie du for est normalement la monnaie du pays du port. Mais, fréquemment, les autorités portuaires des pays en développement ou émergents perçoivent tout ou partie de leurs droits de port en monnaie convertible. Le concessionnaire doit pouvoir faire de même, en particulier quand ses dettes pour investissements sont stipulées en de telles monnaies. L'objectif est d'alimenter le pays en devises ou de permettre au concessionnaire d'amortir ses propres investissements ou emprunts en devises, ou les deux. À Madagascar, le concessionnaire du port d'Eohala perçoit en dollars ses recettes sur les navires. Dans les années 1990, des difficultés se sont élevées à Bombay (Inde) où le port facturait en dollars, cependant que les concessionnaires devaient facturer en roupies. À Maurice, la convention de concession de 2007 stipule que le concessionnaire facture ses services en devises étrangères à ses risques et périls et ne peut ensuite solliciter une indemnisation de ce fait au concédant. À Gujarat (Art. 10), le concessionnaire est libre de fixer la monnaie de règlement.

[338] C.E. Sect. 18.12.2002, *Mme Duvignières*. D. 2003, I.R. 250. A.J.D.A. 2003, p. 497, Commentaire F. Donnat.

341. Ajustement des tarifs.

Le cahier des charges ou la convention doivent contenir des dispositions ou des stipulations concernant la révision des tarifs. Elles manquent dans de nombreuses conventions, livrant le concessionnaire à l'arbitraire des autorités concédantes. L'ajustement équitable des tarifs est une des exigences constantes des concessionnaires[339]. Le respect de l'équation financière impose des ajustements de tarifs, même s'il n'y a pas de clause à cet effet dans le contrat de concession, si les circonstances rendent cet ajustement nécessaire. Les cahiers des charges prévoient fréquemment la révision annuelle des tarifs *« au moyen d'un coefficient présentant le caractère d'indice économique »*. Le Conseil d'État français en a ainsi décidé : le blocage des tarifs, en période d'inflation, compromet la prestation même du service ; mais encore faut-il que le déficit soit important, ce qui est caractéristique d'un certain mépris des intérêts financiers du concessionnaire de la part des autorités et même du juge administratif. Pour apprécier la situation, le juge administratif tiendra compte de la situation financière du concessionnaire, des bénéfices qu'il a pu faire dans le passé et qu'il peut attendre dans l'avenir, du caractère plus ou moins précaire de l'exploitation et enfin, de la diligence qu'il aura déployé pour surmonter les difficultés. La responsabilité éventuelle du concédant n'est pas évoquée. Dès lors qu'il s'agit de dégager cette responsabilité, c'est-à-dire celle de l'administration, l'imagination du juge, dont l'expérience des contraintes de la gestion de l'entreprise est inégale, ne connaît pas de limites. Le concédant, toutefois, ne peut pas bloquer arbitrairement les tarifs quand le concessionnaire démontre que l'inflation ou autres circonstances causent des pertes exceptionnelles. Pour les tarifs portuaires, la décision de principe est celle de la *Société du Port de Lorient* en date du 31 octobre 1981. Le demandeur était la société concessionnaire du port. Dans la décision *Simonet* du 10 janvier 1964[340], le Conseil d'État a jugé que si les circonstances ont radicalement changé, un acte unilatéral, sans aucun élément contractuel, ne peut plus être appliqué car *« les nouvelles circonstances n'avaient jamais été envisagées au moment de la décision, et l'autorisation accordée a perdu sa base juridique ».* Dans ce cas, l'équité a nettement prévalu sur la lettre de la loi. Le Code français des ports maritimes dispose (Art. R 115-15 et 155-16) que : (i) les tarifs figurent en annexe du cahier des charges de la concession ; et que (ii) ils sont modifiés, après affichage au public, à la diligence du directeur du port et sont applicables 30 jours plus tard. L'Article 26 du cahier des charges de 1994 reflète ces dispositions, tout en confirmant le caractère réglementaire du tarif : *« l'établissement, la modification des taux, de la structure et des conditions d'application des tarifs sont soumis à la réglementation en vigueur »*.

[339] Cf. EIC White Book on BOT/PPP, European international Contractors, Paris, 2003, p. 21.

[340] Commentaires dans le Recueil Sirey, Paris, 1964, 234 ; par J. Auby dans le Jurisclasseur périodique, Paris, 1964. II.13574, par C. Blaevoet et par M. Waline, dans la R.D.P., 1964, p. 455.

342. Applications.

Dans une approche strictement contractuelle, l'évolution des tarifs repose sur l'accord des parties, ce qui n'exclut pas l'existence de dispositions réglementaires concernant les tarifs et qui encadrent les stipulations contractuelles y afférant. Ainsi à Pointe-Noire, (Art. 29), *« La durée de la concession, l'évolution du marché et des conditions d'exploitation »* peuvent justifier une modification des tarifs. *« La Partie qui estime cette modification opportune a saisi l'autre partie par écrit et les négociations sur cette modification doivent s'ouvrir dans les 90 jours »*. Au Brésil, le Chapitre V de la loi 8987/95 dispose que *« le tarif… sera maintenu en application des règles de révision fixées par la présente loi,… le tarif ne sera pas fonction des dispositions d'une législation spécifique antérieure, à l'exception des modifications aux impôts sur le revenu, de la création, modification ou suppression de toute disposition fiscale ou de toute disposition législative dont l'impact [sur la concession] sera prouvé [et qui de ce fait], entraînera une révision des tarifs »*. En Uruguay, on relève dans un cahier des charges de concession portuaire la clause suivant laquelle la révision de tarifs peut intervenir tous les deux ans, ou quand le taux de change de la monnaie nationale vis-à-vis du dollar varie de plus de 10 % et pour toute autre raison, dûment justifiée par le concessionnaire. Le Guide législatif de la CNUDCI recommande (Recommandations 46 et 47) des clauses claires d'ajustement des tarifs lorsque ceux-ci sont contrôlés. À Madagascar, une formule plus complexe est appliquée aux tarifs de la concession du port d'Ehoala. Elle recourt aux variations des indices de prix des importations, du logement, de l'énergie, de l'eau et des salaires, affectés de coefficient allant de 15 % à 40 %, le total des coefficients étant de 100. En cas de désaccord sur l'augmentation des tarifs et échec de conciliation, le tarif de chaque service est ajusté par comparaison avec le tarif moyen du même service dans les ports de la région. On peut douter du bien-fondé de cette méthode quand on sait que l'éventail des tarifs entre les ports de la Réunion ou de Maputo, et autres de la région, est très ouvert et que les tarifs de port aux volumes de trafic très différents ne sont pas comparables. La révision des tarifs est annuelle. Aux Philippines, une Commission de réglementation des péages assure le contrôle des tarifs. Les clauses de variation des prix présentent le risque que le concessionnaire ne surveillera pas ses coûts puisqu'il est sûr d'être indemnisé. Il peut même là encore se fournir systématiquement auprès d'une entreprise alliée ou de son groupe et gonfler indirectement son profit. Une solution peut être de combiner la clause de variation de prix avec des clauses imposant des améliorations de productivité. Cela a été fait par le gouvernement français dans le cadre du *« contrat »* de plan avec Électricité de France, qui exerce un monopole sur la distribution du courant électrique en France, et proposé dans un contrat d'entreprise de la Société nationale des chemins de fer français, repoussé, bien entendu, par les personnels de cette société. Les tarifs n'augmentent au profit du concessionnaire que si la productivité augmente. À Lagos Apapa, la convention plafonne les tarifs. Les tarifs pratiqués doivent rendre le terminal compétitif avec les autres ports du Nigeria exploitant le même trafic (Convention, Art. 6.9). L'opérateur peut fournir des services autres que ceux spécifiques à l'exploitation

du terminal qui lui est confié et qui sont énumérés dans une annexe à la convention. Mais les tarifs applicables doivent être ceux du marché. Ils ne peuvent être relevés sans l'accord du concédant et des autorités compétents (idem). À Gujarat, le concessionnaire (Art. 10) fixe librement ses tarifs.

D - RECETTES DU CONCÉDANT

a. Généralités

343. Redevances.

L'énumération des redevances dues par les concessionnaires reflète l'âpreté au gain, illimitée et perpétuellement inassouvie des autorités concédantes. Il semble que moins celles-ci courent de risques financiers, plus elles exigent de paiements de celui qui les court. Si une telle approche peut se justifier lorsque le concessionnaire est concessionnaire de réseau et jouit à ce titre d'un monopole absolu, il n'en est pas de même dans la plupart des concessions de ports maritimes. Lorsque le concédant est l'État, il perçoit, outre les redevances qui lui reviennent à ce titre, les impôts, taxes et contributions diverses qui lui reviennent à titre fiscal. Ces recettes peuvent excéder le montant des sommes payées au titre de la concession. On ne peut donc, en ce qui concerne les concessions portuaires, approuver la position prise en France par le Conseil d'État dans son rapport de 1995 sur le service public suivant laquelle *« une part importante des gains créés (*par une exploitation rationnelle du service) *doit être attribués aux usagers et aux contribuables plutôt qu'aux actionnaires »*. S'agissant de gains financiers, ce ne peut être le cas. Ni l'usager, ni le contribuable ne peuvent être rémunéré par le service, même s'ils ont droit à un surplus économique sous forme, entre autres, d'une efficacité accrue du service ou d'une réduction de leurs charges fiscales. La répartition des gains doit être fonction des risques courus et des contributions financières. Très justement, lors de l'introduction des concessions portuaires en Inde dans les années 1990, les dirigeants des établissements portuaires (*trust ports*) ont critiqué l'approche adoptée par les directives gouvernementales sur le sujet. Celles-ci voyaient dans la maximisation du produit financier pour le concédant l'un des buts fondamentaux de la concession. Ces gestionnaires ont objectés que cette approche n'était pas de nature à accroître l'efficacité du système portuaire au niveau macroéconomique. Une fois de plus, l'efficacité économique apparaît comme la raison d'être du service public portuaire. Le concessionnaire du terminal JNPT près de Bombay devait, dans son offre, proposer trois tarifs de redevance au profit du concédant, l'une basée sur un montant fixe, la seconde avec montant minimum et maximum, et la troisième sur la base d'un partage des recettes de la concession. La redevance devait assurer au concédant un taux de rentabilité de l'ordre de 12% sur

ses investissements. Mais la perception des redevances peut-être assouplie pour faciliter la tache du concessionnaire. Ainsi, dans la concession du chemin de fer entre Londres et le tunnel sous la Manche, il a été admis que la redevance ne commencerait à être payée qu'après un certain nombre d'années d'exploitation afin d'alléger les charges financières du concessionnaire en début de concession.

344. Types de redevances.

Les redevances exigées du concessionnaire sont : a) un loyer ou redevance foncière ; b) un droit d'entrée ou de licence ; c) une redevance de type *royalty* basée sur le trafic ou sur les résultats de l'exploitation ; et d) d'autres contributions, plus ou moins justifiées. Souvent abusives, elles se cumulent avec d'autres. Ainsi, on demande au concessionnaire de payer une redevance sur son trafic, ensuite de partager ses profits avec le concédant. En outre, dans la plupart des cas, le concessionnaire constitue un dépôt de garantie ou se constitue une caution. Les exemples sont nombreux de conservation indue – c'est-à-dire de confiscation – des cautions ou garanties par les autorités concédantes.

345. Indexation et variantes.

Les paiements effectués par le concessionnaire peuvent être indexés. C'est le cas en Uruguay où les redevances versées au concédant évoluent dans la même proportion que les tarifs du concessionnaire. À Montevideo, il n'y a pas de redevance foncière, mais une redevance annuelle fixe et une redevance sur chaque conteneur manutentionné, vide ou chargé. À Pointe-Noire (2008), on a évité l'accumulation des redevances en regroupant la redevance domaniale et la redevance de trafic (*royalty*) en un seul versement, comprenant une partie fixe et une partie variable. Cette solution est à retenir, mais elle peut ne pas convenir au service responsable des domaines qui parfois est crédité de tout ou partie de la redevance domaniale.

346. Monnaie de règlement.

Certains concédants imposent des paiements en devises fortes. À Lagos Apapa (2005), tous les paiements effectués par le concessionnaire doivent être effectués en dollars (Contrat. Art. 3.4). La légalité de telles stipulations, s'agissant de contrats administratifs et du paiement de services rendus sur le territoire national, n'est pas évidente. À Manille, en 1998, les redevances étaient calculées en dollars et payables en monnaie nationale, au cours de change du moment.

b. Droit d'entrée ou de licence

347. Présentation et justification.

Un droit d'entrée, d'un montant fixe, est fréquemment demandé au concessionnaire. Il est éventuellement renouvelable en cours de concession. Le plus souvent, le droit d'entrée est un droit de licence que le concédant estime justifié pour l'accès à la concession. Le montant du droit est rarement symbolique sans que l'on sache sur quelle base il est établi.

348. Justification du droit d'entrée[341].

Le droit d'entrée peut se justifier. Tout d'abord, il peut assurer la contestabilité, condition de la concurrence. Il permet en effet de connaître le prix que les candidats concessionnaires attribuent au droit qu'ils veulent acquérir, de construire et d'exploiter la concession. Il permet de combler le déficit d'information du concédant. Le candidat concessionnaire doit alors en proposer le montant. Comme tel, il a été identifié, défini et analysé par les économistes qui ont développé la théorie de la contestabilité. La République argentine l'a imposé, en particulier, dans cette optique. Il est pratiqué également pour que le concessionnaire prenne en charge des dépenses antérieures du concédant en rapport avec la concession, par exemple, le paiement des annuités d'emprunts ayant financé la construction d'ouvrages de la concession, si le coût n'en est pas couvert par le loyer ou la redevance foncière ; ou une partie du coût d'un plan social assurant désormais un bon fonctionnement de la concession. Il peut matérialiser la reprise du font de commerce du concessionaire sortant lors des enchères prenant place lorsque la concession est renouvelée[342]. Il peut être exigé si la concession a été attribuée à des conditions financières excessivement généreuses, mais nécessaires à un classement adéquat des candidats. Les récentes concessions consenties dans les ports des Etats-Unis (2009) témoignent de droits d'entrée très élevés. Pour une concession de terminaux à conteneurs, d'une durée de 50 ans, le port d'Oakland exige un droit de 60 millions de dollars. A Baltimore, pour une concession de même durée, avec monopole sur tout le trafic de conteneurs, le droit d'entrée est de 100 millions de dollars.

349. Critique du droit d'entrée.

Le droit d'entrée a été fortement critiqué comme étant à la source de nombreux abus. Sa justification par la théorie de la contestabilité a paru insuffisante dans une approche institutionnelle de la concession. Le domaine de celle-ci n'est pas seulement

[341] Cf. C. Devès, *Les droits d'entrée*, A.J.D.A. 9. Délégation de Service public. 1996, p. 631-637. C. Boiteau, *op. cit.* note 1, p. 152.

[342] Dans ce sens, M. Boiteux, préfacier de l'ouvrage *Service public, services publics*, cité note 1.

économique, mais de gouvernance. Il a paru choquant que l'autorité concédante spécule sur les intentions du candidat, qui n'est peut-être pas le meilleur et qui cependant l'emportera dans une enchère parce qu'il attache un prix élevé à la concession. Et, car cela a été le cas, il peut y mettre le prix parce qu'il désire geler la concession afin d'éviter que celle-ci concurrence telle autre concession faisant partie de son réseau et de son plan d'affaires. S'agissant des régimes de droit administratif qui exigent un droit d'entrée, on relève une contradiction doctrinale majeure : *« on hésite à admettre que le droit d'exploiter un service public soit monnayé »,* puisqu'on affirme par ailleurs qu'il n'est pas dans le commerce[343]. Le service portuaire n'appartient pas à l'État. Il lui est confié, ce qui est différent. L'État n'est que le fidéicommis de la nation, propriétaire du service. S'il est normal qu'il obtienne du concessionnaire les ressources nécessaires à son fonctionnement, il n'a pas à tirer une rente du droit de le faire fonctionner et du désir du candidat d'assurer ce fonctionnement. L'approche sera différente dans un BOT, davantage orienté vers la maximisation des recettes au profit du concédant, et avec une référence moindre au service public. Le droit d'entrée s'il est droit de licence, se traduit par une double imposition. Dès lors qu'une société est inscrite au registre de commerce et paie les droits afférents à cette inscription, il n'y a aucune raison, de la part d'organismes portuaires, de lui faire payer des sommes supplémentaires pour exercer les fonctions qui ont motivé son inscription.

350. Prohibition et absence du droit d'entrée.

En France, des municipalités concédantes de réseaux faisaient payer au candidat concessionnaire un droit d'entrée ou de licence en contrepartie de la valeur du droit d'exploitation. De nombreux abus en ont résulté. La loi 95-101 du 2 février 1995 interdit désormais cette pratique pour les concessions d'eau et d'assainissement, mais ne la prohibe pas pour les autres. Le cahier des charges type français des concessions portuaires de 2001 ne mentionne pas de droit d'entrée. Les Directives de la CNUCED sur la privatisation des installations portuaires n'en contestent pas le bien-fondé, ce qui est une erreur, car il n'y a pas de règles générales en la matière et comme on l'a vu ci-dessus, le droit d'entrée doit et peut se justifier. À Barcelone, en 2005, l'attributaire de la concession du Môle Prat a dû proposer lui-même le montant du droit d'entrée dans sa soumission, sous la dénomination « *prix de la concession ».* Il devait, dès l'attribution, régler 20 millions d'euros à titre d'avance sur le montant du loyer de la concession domaniale. Ce montant était affecté, aux termes du cahier des charges (Article VII), aux infrastructures de la concession. Il tenait lieu de droit d'entrée. Certains cahiers des charges ignorent le droit d'entrée. C'est le cas au port de Douala au Cameroun. Le Guide (*Toolkit*) (Encadré 41) ne mentionne pas le droit d'entrée, mais une double redevance, constituée par le loyer du domaine et la redevance fonction du trafic. La loi tunisienne de 2008 sur les concessions ne mentionne pas de droit d'entrée.

[343] L. Richer, *Délégation de service public*, Chronique législative, A.J.D.A., 4, 1995, pp. 295-300.

c. Redevance foncière

351. Contenu.

Ces redevances sont les plus justifiées et parfois les seules à l'être. Elles font payer au concessionnaire le service qui lui est rendu en mettant des terrains et des ouvrages à sa disposition. Elles rémunèrent les investissements du concédant et lui permet de dégager un excédant.

352. Formulation.

On distingue :

La redevance fixe et la redevance de niveau variable. La redevance fixe procure au concédant un flux régulier de recettes et représente pour le concessionnaire un flux également régulier et prévisible de dépenses. Cette redevance (ou loyer) peut être basée sur le coût marginal à long terme (approche économique) ou sur un taux de rentabilité de la valeur du terrain et éventuellement de celui des investissements effectués sur celui-ci, tels le pavage (approche financière).

La redevance variable à plancher et plafond combine l'élément fixe et un élément basé sur le volume de trafic. Le concédant est protégé en cas de chute de trafic et le concessionnaire est encouragé à accroître son trafic ou sa productivité. Ce type de redevance foncière se rencontre en particulier aux États-Unis, où elle constitue une très heureuse redevance unique de concessionnaire. On le retrouve également à Pointe-Noire. Une forme de redevance foncière variable, également appliquée aux États-Unis, est le partage des profits de l'exploitation, constituant la seule rémunération du concédant.

353. Application au régime domanial.

En régime de droit administratif, le concessionnaire ne jouit pas d'un bail commercial, mais d'une autorisation précaire d'occupation. De cette précarité, le domaine tire avantage avec un esprit de lucre qui peut compromettre l'optimum économique. En France, la doctrine est désormais que la redevance peut tenir compte de l'avantage spécifique que tire le concessionnaire de l'occupation privative du domaine public. Le cahier des charges de 1994 a donc modifié la formule de la redevance domaniale. Celle-ci tient compte désormais des redevances perçues par le concessionnaire pendant l'année au titre des occupations privatives exclusives de toute obligation de service public ou non liées à l'activité portuaire. Il y a intrusion du concédant dans les affaires du concessionnaire. Le cahier des charges de 2001 ne prévoit que le paiement de la redevance domaniale, sans la formule complexe de 1994. Par ailleurs, les dispositions de l'Article 33 du Code des domaines sont applicables. Elles

disposent que le concessionnaire peut voir modifier ses redevances chaque année, unilatéralement. Alors que l'État surveille de près les baux des loueurs privés, impose la stabilité des montants à payer sur au moins trois ans, limite les taux de progression des loyers, etc., il s'estime libre de faire ce qu'il veut lorsque son propre domaine est en jeu. Conformes au principe de précarité des occupations domaniales, ces dispositions citées sont périmées et contraires aux principes de sécurité juridique. Dans le régime concessif, l'État s'associe à une entreprise dans un but d'efficacité, voire d'optimalité économique, formulation d'un intérêt général dont il est le gardien. Les règles cohérentes de la gestion managériale doivent donc s'appliquer, pas celles d'un régime domanial divorcé de la réalité économique. Dans un port français en 2009, il était convenu que *« la redevance domaniale tiendra compte de l'équilibre financier de la concession et notamment des travaux dont le concessionnaire est maître d'ouvrage ».* En Inde, un loyer est perçu outre la *royalty* mais les impôts fonciers ne sont pas exigés de l'opérateur (cahier des charges, Art. 7). Le Guide (*Toolkit*) prévoit une indexation de la redevance en fonction de l'évolution annuelle de l'indice des prix. Au Chili en 2000, on considérait que la redevance foncière devait être égale ou supérieure au taux de rentabilité des obligations de la Banque centrale, de maturité équivalente au terme de la concession et sur la base de la valeur comptable des ouvrages et outillages investis par le concédant dans le domaine de la concession. En outre, une clause d'indexation augmentait les redevances en fonction du trafic. Un montant minimum étant garanti au concédant, celui-ci jouissait d'une rente, gagnant de l'argent quand le trafic augmentait et jouissant d'un revenu garanti quand il baissait. Le projet de convention de concessions du terminal a conteneurs de Dakar, en 1983, contenait une stipulation assez particulière concernant le loyer payable par le concessionnaire au concédant. Ce loyer devait être fixé d'un commun accord tenant compte des impératifs de gestion des deux parties, le concédant « *dans le cadre de ses investissements, le concessionnaire en fonction d'une taxe de passage conteneurs qu'il lui sera économiquement possible d'appliquer aux navires et/ou à la marchandise..* » Loyer et taxe devaient varier annuellement. Ces dispositions, proposées par les opérateurs, faisaient en fait associer le concédant aux risques commerciaux courus par le concessionnaire. Aux Etats-Unis, la redevance foncière est fixe. Elle s'ajoute au droit d'entrée et à la redevance éventuelle sur le trafic.

354. Redevance d'outillage

Le concédant loue éventuellement des outillages au concessionnaire. En France, la convention type d'exploitation de terminal (Art. 11) stipule que cette location se fait *« par dérogation aux Articles R 115-15 à 18 du Code des ports maritimes »*. Ces articles règlent les conditions habituelles de fixation et d'homologation des tarifs d'outillage dans des grands ports maritimes.

d. Redevance de trafic ou *royalty* sur le trafic ou les recettes

355. Présentation.

Inspirée du fermage, cette redevance est une rente pour le concédant qui la perçoit. Elle ne rémunère en effet aucun investissement ni service. Dans une concession institutionnelle, elle encourt les mêmes critiques que le droit d'entrée : il est anormal que le concédant mette en vente une compétence qui lui a été donnée par la loi. On n'imaginerait pas qu'un Office des routes, rémunéré par des péages, prélève en outre une redevance basée sur le chiffre d'affaires des camionneurs, lesquels paient de toute façon des impôts sur leur chiffre d'affaires et leurs profits. On voit mal pourquoi il en va différemment dans les ports. En fait, cette redevance est pour le concédant le moyen d'obtenir sans risque, sans investissement ou travail, l'équivalent de la marge bénéficiaire qu'il obtiendrait s'il exploitait en régie. Si discutable soit-elle, cette redevance existe pratiquement dans toutes les concessions portuaires. Elle est soit forfaitaire, globale ou par opération, soit en pourcentage des recettes, soit une combinaison des deux. Comme on l'a relevé plus haut**,** la redevance de trafic peut être regroupée avec la redevance foncière et il y a tout intérêt à ce qu'elle le soit. Un montant minimal de redevances peut être convenu sur la base des prévisions de trafic incluses dans le plan d'entreprise ou d'affaires. Il est toutefois illusoire d'adopter des prévisions de trafic au-delà des cinq années à venir.

356. Formulation. Redevance fonction du trafic.

À Manzanillo, au Panama, il n'y a pas de redevance forfaitaire, mais une redevance par conteneur ou véhicule chargé ou déchargé ; la redevance est ajustée tous les cinq ans pour tenir compte de l'inflation, en fonction de l'indice du coût de la vie. À Douala au Cameroun, la redevance au terminal à conteneurs est fonction du nombre de conteneurs chargés ou déchargés. La redevance comprend un élément fixe annuel, en fait le loyer de l'espace occupé par le concessionnaire du terminal à conteneurs et un élément variable, par conteneur ou tonne de marchandises manutentionnées par le concessionnaire (cahier des charges, Art. 38). Dans le même port, la redevance de la concession du terminal fruitier est proportionnelle au tonnage manutentionné. À Manille, la redevance comprend un élément fixe et un élément variable, fonction du nombre de conteneurs manutentionnés ; c'est la formule pratiquée généralement aux États-Unis. Mais il avait été proposé pour ce port une redevance fixe *« quel que soit le niveau du trafic »* et une participation de l'état *« au bénéfice de la croissance et du développement de la concession »*, formulation vague qui n'a pas été retenu. Au Ghana**,** on avait proposé en 1992 une rémunération constituée par un loyer des terrains et un partage des bénéfices au delà d'un certain taux de rentabilité ; en fait la concession n'a pas été créée. Dans certaines concessions, une redevance en pourcentage ou forfaitaire

est payée par le concessionnaire pendant les premières années et considérée comme une dépense d'exploitation. Ailleurs, on utilise la redevance comme stimulant de productivité. Elle diminue si certains objectifs de productivité (nombre de conteneurs par heures, par exemple) sont atteints ou dépassés. La concession du Port de Lorient prévoyait que les redevances supplémentaires seraient inversement proportionnelles à la productivité ; toute augmentation de celle-ci se traduisait par une diminution de leur montant. En Inde, la redevance (*royalty*) est proportionnelle au nombre de conteneurs manutentionnés, avec un plancher correspondant aux performances minimum convenues d'accord parties. Cette redevance est basée sur le trafic garanti par l'opérateur du BOT portuaire, qui constitue un minimum payé mensuellement. Si le trafic est supérieur, il y a parfait paiement. À Maputo, la redevance devait être constituée d'un élément fixe, proposé par le soumissionnaire et d'un élément variable, égal à 10 % du chiffre d'affaires brut (taxes incluses) de toutes les activités contrôlées directement ou indirectement par le concessionnaire dans le périmètre de la concession. À Dar es Salam (Art. 4.11), le concessionnaire paie une redevance annuelle fixe et une redevance mensuelle par conteneur manutentionné. Ces deux redevances sont les seules imposées. Il n'y a ni droit d'entrée, ni loyer. À Gujarat (Art. 11.3), la *Waterfront Royalty* payable mensuellement est perçue en fonction du tonnage manutentionné. Elle est augmentée automatiquement de 20 % tous les trois ans. Fixé par le gouvernement, son montant varie en fonction de la nature de la marchandise. Mais le concessionnaire se voit accorder une remise sur cette redevance, remise affectée à l'amortissement du coût des investissements. Le Guide (*Toolkit*), propose quatre paiements trimestriels d'un montant fixe, déterminé à l'avance. Aux Etats-Unis, ou les droits d'entrée et loyers sont substantiels, la redevance sur le trafic paraît jouer un rôle moindre. A Oakland, elle n'est perçue qu'après 10 ans d'exploitation et seulement si le trafic dépasse 1.66 millions de conteneurs par an. A Baltimore, la redevance est perçue quand le trafic annuel dépasse 500.000 conteneurs (EVP).

357. Formulation. Redevance basée sur les résultats financiers.

Le concédant peut fixer la redevance en fonction des résultats financiers du concessionnaire, et une telle redevance peut éventuellement venir s'ajouter à toutes les autres redevances foncières, basées sur le trafic ou autre. En Colombie, la redevance est répartie entre l'État concédant (80 %) et la municipalité ou le district sur le territoire duquel le port est implanté (20 %). Périodiquement, les pouvoirs publics font connaître, par voie réglementaire, la méthodologie de calcul et le montant de la redevance. Celle-ci, dans les premières années de l'exploitation d'un port, peut être payée sous forme d'actions de la société portuaire concessionnaire, sans que le capital ainsi cédé puisse dépasser 20 % du montant total du capital de la société (Loi 01 de 1991, Art. 7). En France, le cahier des charges de 1915 prévoyait une redevance fixe annuelle complétée par un partage des profits à partir de la dixième année de la concession.

Le cahier des charges de 1994 dispose que le concédant peut demander au concessionnaire, après constitution de réserves, de procéder au partage égal de l'excédent net de la concession entre concédant et concessionnaire. À Beyrouth**,** le concessionnaire versait au concédant un pourcentage des recettes brutes de la concession. En 2004, dans ce même port, la manutention était toujours concédée et les manutentionnaires versaient 30 % de leurs recettes brutes au port. À Rosario, le concessionnaire paie une redevance fixe pendant les dix premières années de la concession. En Italie, lors de travaux de révision de la loi de 1994 sur les ports, il avait été envisagé d'assoir la redevance sur la rentabilité financière de la concession obtenue par le concessionnaire. Cette formule, si elle permettait au concédant de bénéficier directement du succès du concessionnaire, risquait de créer un conflit d'intérêt au détriment de usagers[344].

358. Directives CNUCED.

Les Directives CNUCED/SDTE/TIB de 1998 proposent un paiement basé sur les recettes brutes du concessionnaire. Elles estiment qu'un paiement proportionnel au trafic introduit un élément de partage de risques entre le concédant et le concessionnaire. Cela est douteux. Dans la plupart des cas, le concédant, comme on l'a déjà relevé, ne risque rien car tous les investissements ont été financés par le concessionnaire. Bien sûr, si le trafic ne progresse pas autant que les prévisions, il y a déception puisque les recettes seront également inférieures aux prévisions. Mais déception, si déplaisante soit-elle, n'est pas risque. Par contre, quand le concédant finance une partie des investissements, il y a prise de risques, mais seulement dans ce cas.

e. Contributions diverses

359. Contribution à l'entretien d'ouvrages hors concession.

Comme on l'a déjà relevé, certains ouvrages, tels les chenaux dragués, ou les grands ouvrages de protection, sont indispensables à la concession et pourtant lui sont extérieurs. Leur coût devrait être intégré au calcul de la redevance que le concessionnaire paie au concédant. À défaut, certaines conventions prévoient des contributions de concessionnaires sous forme de fonds de concours. Cette approche est critiquable lorsqu'elle est imprécise. Elle peut alors engendrer des abus. Car il est tentant pour le concédant de calculer la contribution non pas de façon objective, mais au vu de ce qu'il estime le concessionnaire en mesure de payer, compte tenu de ses

[344] C. Ferrari et E. Musso, *Italian ports: towards a new governance?* M.P.M., vol. 38, n° 3, 5.2.2011, pp. 345-346.

résultats financiers. On a ainsi calculé que lorsque la Chambre de Commerce du Havre, en 1924, était concessionnaire de ce port, elle finançait par fonds de concours quelque 50 % du coût des infrastructures portuaires hors concession[345]. Le cahier des charges français de 1994 (Articles 6 et 36) dispose que le concessionnaire participe à l'entretien, au renouvellement et à la mise en place des infrastructures nécessaires et que les sommes prévues à cet effet doivent être inscrites dans son plan stratégique. L'Article 35 du cahier des charges de 2001 dispose que les montants des participations sont actualisées annuellement d'accord parties pour tenir compte des besoins et *« des variations substantielles des conditions économiques, formule protectrice des intérêts du concessionnaire ».* La durée d'amortissement de ces participations est fixée d'accord parties. À l'expiration de la concession, le concessionnaire est indemnisé des amortissements restant à courir. À Douala, l'Article 39 du cahier des charges renvoie à la convention de concession pour définir les participations financières du concessionnaire *« aux dépenses d'entretien des infrastructures, de grosses réparations et d'infrastructures nouvelles ».*

360. Clause de contribution.

La clause stipulant la contribution doit se lire : « *la contribution du budget de la concession à toutes dépenses d'investissement, d'entretien ou de fonctionnement d'ouvrages, d'outillages ou de services en dehors du périmètre de la concession doit correspondre à la réalité, fournies à la concession ou aux coûts qui lui sont attribuables, déterminée obligatoirement sur la base de la comptabilité analytique certifiée du bénéficiaire de la contribution ou à défaut des analyses*[346]. » En d'autres termes, le concédant ne peut percevoir n'importe quoi. Les redevances perçues sur les usagers sont présumées financer la construction, l'entretien, le fonctionnement et le renouvellement des ouvrages, outillages et services. Ce ne sont pas des taxes mais la contrepartie de services rendus et de frais assumés. Le concédant ne peut imposer à la charge du concessionnaire, et donc de l'usager, des dépenses qui lui incombent et qui sont déjà couvertes par d'autres recettes, telles l'impôt ou des dépenses qui doivent être couvertes par d'autres usagers. La redevance pour frais de contrôle en offre un exemple. Cette redevance existait en France dans le cahier des charges de 1915. Elle a été source d'abus qui, au sujet d'autres concessions, ont été relevés par la Cour des Comptes. Dans un arrêt d'assemblée Mme Wajs et M. Monnier du 30 octobre 1996[347], le Conseil d'État a annulé une redevance de ce type dans une concession d'autoroute, au motif que l'administration n'avait pu justifier que les sommes demandées, proportionnelles aux dépenses de construction et d'entretien

[345] Études normandes, Rouen. N° 1, 2000, passim.C.E. 13.5.1977, Société Cofiroute, Recueil Dalloz 1978, p. 131, Note P. Delvolvé.

[346] C.E. 13.5.1977, *Société Cofiroute*, Recueil Dalloz, 1978, p. 131, Note P. Delvolvé.

[347] Conclusions J. D. Combrexelle, R.F.D.A. vol. 12, 7.1997, pp. 726-738. A.J.D.A. 20.12.1996. Note D. Chauveau et T.X. Girardot.

des ouvrages, correspondaient à des frais réels. En fait, l'administration tentait de se procurer des ressources supplémentaires par une voie oblique afin de financer des primes pour son personnel. Ce type de redevance a été éliminé des projets de cahier des charges portuaire de 1994 et 2001. La suppression des redevances pour frais de contrôle reflète la jurisprudence qui sanctionne les doubles paiements. La régulation est une fonction régalienne. Elle doit être financée par l'impôt, comme les fonctions de police et de sécurité. En facturer le coût à un concessionnaire qui, par ailleurs, est contribuable, revient à lui faire payer deux fois la même chose. Le Conseil d'État a également sanctionné la perception de redevance aéronautique destinée à financer des dépenses qui devaient l'être par l'impôt. Assimilable à une redevance injustifiée est la mise à la charge du concessionnaire de coûts supplémentaires, dans un but social ou pour soulager les finances de services de l'administration. La création d'emplois inutiles en offre un exemple. De même, les tarifs réduits imposés en faveur d'un trafic spécifique. Le concessionnaire doit alors être indemnisé en conséquence. Un modèle de contrat de concession d'un pays africain de droit administratif stipule que le concessionnaire d'un terminal à conteneurs doit mettre les locaux nécessaires à la disposition des services de contrôle aux frontières, essentiellement services douaniers et de police. Mais, pour éviter des abus de la part des services ainsi accueillis, il précise que *« aucune prestation gratuite ne peut être demandée au concessionnaire au titre de ces locaux par les administrations concernées »*.

f. Fonds de réserve

361. Fonds de réserve.

Un fonds de réserve est généralement nécessaire pour le développement, les gros travaux et la remise en ordre en fin de la concession. Le solde du fonds de réserve est normalement réparti entre le concédant et le concessionnaire. À Tanger (Convention de 1923), le concédant obtenait 35 % du fonds de réserve et le concessionnaire 25 %. Dans certains cas, le concessionnaire n'obtient rien et tout le fonds revient au concédant. Si le montant du fond ainsi repris par le concédant n'est pas affecté au développement ou au renouvellement des actifs de la concession, il y a en fait enrichissement sans cause du concédant. À Manzanillo (Panama, 1996), en Inde (1997) ou à Manille (1992), aucun fonds de réserve n'était prévu. Au Ghana, dans un projet de cahier des charges, 60 % des profits supérieurs à un taux de rentabilité convenu devait être affecté à un fonds d'amortissement de la dette extérieure du concédant, 30 % devant financer les compressions d'effectifs et plans sociaux et 10 % la réduction des tarifs de manutention des conteneurs. En France, le fonds de réserve n'était pas statutaire dans le cahier des charges de 1915, mais il existait dans la plupart des cas pour l'amélioration et le remplacement des ouvrages et outillages. Il

en était de même dans les concessions consenties dans les territoires d'outre-mer[348]. Il est devenu la règle avec le cahier des charges de 1994. À Fécamp (1985), par exemple, les versements au fonds de réserve se faisaient jusqu'à un plafond convenu. S'il restait de l'argent, il finançait un amortissement accéléré des dettes. Finalement, quand toutes les dettes étaient remboursées, les tarifs devaient se réduire, une approche typique de l'intérêt public, similaire à celle des *trust ports* britanniques, qui ne devaient pas distribuer de bénéfice, mais fonctionner au coût de développement. Les conditions de Fécamp ne prévoyaient pas de paiement au profit du concédant en fin de la concession. Si les outillages et les ouvrages n'étaient pas alors dans un état convenable, le concessionnaire était tenu d'indemniser le concédant. À Lorient (1927, modifiée 1960), la concession du port de pêche comprenait deux fonds de réserve, l'un pour le remplacement des outillages et des ouvrages, et l'autre pour le développement, notamment si des terrains supplémentaires étaient nécessaires. Le cahier des charges français de 2001 ne mentionne pas la création d'un fonds de réserve spécifique. Son Article 37 dispose que, lorsque le montant cumulé des réserves et des reports est à nouveau supérieur à un seuil fixé d'accord parties, le concessionnaire peut prélever à son profit un montant égal au plus au solde créditeur de l'exercice. En d'autres termes, il n'y a pas accumulation déraisonnable de réserves inutiles. Une convention de concession d'un port français en 2009 a créé un fonds spécial, alimenté par le concessionnaire. Ce fonds est destiné à financer des immobilisations. Si le montant investi dans le fonds est insuffisant pour financer l'investissement, le concédant peut demander au concessionnaire d'avancer les sommes nécessaires. Au terme du contrat, pour quelque raison que ce soit, le solde du fonds est acquis au concédant. D'une façon générale, les dispositions prévoyant la remise au concédant de tout ou partie du fonds de réserve, sans que celui-ci soit affecté aux seuls besoins de la concession, ne sont pas satisfaisante. Elles violent en fait la règle d'autonomie de la concession, qui impose au concessionnaire de consacrer la totalité des ressources de la concession à la seule satisfaction de ses besoins. Le fond de réserve, c'est-à-dire la concession, n'a pas à jouer le rôle de caisse noire du concédant.

E - FISCALITÉ

362. Impôts.

Habituellement, les concessionnaires paient des impôts. En Inde, en 1994, la position était que « *au cas où on développerait les concessions, la politique officielle serait que les entrepreneurs privés n'auraient pas droit à des régimes fiscaux préférentiels au*

[348] Voir par exemple, Sénégal, Journal Officiel, 11.6.1966, *Concession de la gestion du port de commerce de Kaolack et de la gestion de l'outillage public dans ce port.* Le fonds de réserve ne peut être utilisé à rien d'autre qu'au renouvellement et au développement.

titre de leurs investissements »[349]. Mais on ne peut approuver la disposition, que l'on trouve dans de nombreux cahiers des charges suivant laquelle le concessionnaire sera tenu des impôts réclamés au concédant, en particulier les impôts fonciers. Il appartient au concédant, s'il paie des impôts, d'en tenir compte dans l'établissement des redevances. À Bombay, le concessionnaire du terminal JNPT, tenu de tous les impôts sur les sociétés, n'est pas tenu des impôts fonciers sur les terrains, propriété du concédant.

363.

L'impôt n'a pas à être payé en plus. En France, l'Article 36 du cahier des charges de 2001 met à la charge du concessionnaire tous les impôts levés sur les terrains et immeubles qu'il occupe, et ceci en application des dispositions du code des impôts. Cette disposition est anormale si le concédant est un établissement public soumis normalement à l'impôt. Il lui appartient en effet d'acquitter l'impôt foncier sur les terrains loués au concessionnaire. Il en est de même au Cameroun (Douala, cahier des charges, Art. 40.). Abusive apparaît la disposition prescrite dans les instructions émises par le gouvernement indien en 1990 en vue de la mise en place de concessions portuaires, suivant lesquelles, lors de la remise au concédant des biens de reprise, l'obligation pour le concessionnaire de payer un droit de mutation *(gift tax)*, quoique ces biens fussent remis gratuitement et en toute propriété.

364. Exemptions fiscales.

Les concessionnaires sont aussi anxieux d'obtenir des exemptions fiscales que les concédants de multiplier les redevances. Au Sri Lanka, la concession de 1999 pour le terminal du port de Colombo prévoyait, pour les vingt premières années de la concession, une exemption totale de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur les dividendes ; l'impôt sur le revenu des personnels étrangers expatriés était plafonné à 15 %. À Manzanillo (1993), le concessionnaire avait été entièrement exonéré de tous impôts directs et indirects, y compris les droits de douane, pendant cinquante ans, mais cette disposition, acceptée, semble-t-il, par la Société Financière Internationale, a été ultérieurement rapportée.

[349] *Privatisation of the Port Sector, A Policy Note*, 1994 (note verbale), Section 6.

IX - Contrôle et régulation de la concession

365. Sommaire.

Contrôle et régulation sont voisins mais différents. Après avoir étudié le contrôle et les moyens de l'exercer, on définira la régulation et on étudiera sa mise en œuvre face aux distorsions de la concurrence.

A - CONTRÔLE

a. Définition et contenu

366. Formulation.

Le contrôle est l'ensemble des procédures par lesquelles le concédant s'assure de l'exécution technique et financière de la convention de concession, ainsi que de la qualité des services rendus aux usagers. Il est juridique, technique, financier, formaliste et limité dans son objet. Il portera sur la sécurité nautique, les marchandises dangereuses, les déchets, la pollution, la main-d'œuvre et son emploi et autres matières d'ordre public. Il portera par ailleurs sur l'application des règles fixées par le cahier des charges et sur la conformité aux clauses de la convention de concession. Il portera enfin sur les performances économiques du concessionnaire, en termes de trafic, de productivité, de surplus de l'usager, éventuellement surplus macroéconomiques et autres. Le concédant a un droit et devoir de contrôle du concessionnaire qu'il tient de ses fonctions de responsable de l'intérêt général.

367. Contrôle interne (audit).

Le concessionnaire doit avoir un système de contrôle interne, sur lequel repose celui du concédant. La convention de concession stipule (Bastia, Art. 39) que le conces-

sionnaire doit *« mettre en place un manuel de procédures de contrôle interne relatif au traitement des informations financières et d'exploitation de la concession ».* Au Maroc, l'Article 30 de la loi du 14 février 2006 sur les délégations de service public énumère les instruments *« d'un système d'information, de gestion, de contrôle interne et de certification de qualité »*. Ce système inclus en particulier un statut du personnel et un règlement portant sur la passation et la gestion des marchés.

b. Mise en œuvre

368. Organes de contrôle.

Le contrôle relève normalement de l'administration portuaire, dont c'est une des raisons d'être et qui doit se voir attribuer les compétences nécessaires. Ce n'est souvent pas le cas. Le contrôle est alors assuré par une multitude de services, relevant de ministères différents, et souvent plus soucieux de défendre leur territoire contre les emprises d'autres services que d'exercer convenablement leurs fonctions de contrôle. Au Bénin toutefois, le contrôle du concessionnaire de la manutention des conteneurs est exercé par le ministère de la Marine marchande. À Maputo, le contrôle de la concession n'est pas exercé par le concédant mais par une autorité de régulation. À Lagos Apapa, le concédant surveille les performances du concessionnaire pendant toute l'année et reçoit un rapport annuel sur le sujet, passé en revue avec le concessionnaire. Aucun rapport financier ne paraît exigé (contrat. Art. 6.9). Le cahier des charges français de 2001 énumère les comptes-rendus opérationnels et financiers que le concessionnaire doit remettre chaque année au concédant, dans une approche aussi bien prospective que de contrôle *a posteriori*. En outre, il dispose que le ministre chargé des ports et celui chargé des finances peuvent ordonner un audit financier ou de gestion, ou diligenter une mission d'inspection (Art. 23). Par ailleurs, le concessionnaire doit communiquer des statistiques d'exploitation (Art. 22). À Dar es Salam, s'applique un système de compte-rendu et de rapports très élaboré (Art. 6.4). Les rapports annuels sont adressés au concédant et au régulateur. Ils incluent un résumé destiné au public, exemple louable d'un effort de communication, malheureusement inhabituel dans le régime concessif. Ils comportent également le plan des investissements à venir (6 ans), la documentation financière, le détail des réclamations des usagers, le rapport et les propositions concernant les ressources humaines, etc. À Pointe-Noire (Art. 47), un Comité de suivi paritaire, comprenant des représentants du concédant et du concessionnaire, est habilité à examiner toute question relative à l'exécution de la convention de concession. Tous les litiges lui sont soumis, sans préjudice du recours aux procédures de règlement. L'Article 25 de la loi tunisienne de 2008 fait état de la diversité des autorités et services responsables du contrôle. En outre, elle donne *« le droit d'une manière permanente d'exercer un pouvoir général de contrôle économique, technique et financier »*. Ce contrôle s'ajoute à celui exercé par l'État et « *les autres organismes ».* À Bastia (Art. 10), un comité de suivi constitué par trois représentants

du concédant et trois du concessionnaire, dont leurs présidents respectifs, siège *« afin d'instaurer un dialogue permanent, notamment dans le domaine financier ».* L'avis de ce comité est obligatoire dans un nombre de cas énumérés. La clause suivante est particulièrement opportune et devrait se trouver dans toutes les conventions de concession : « *Le concédant exerce son contrôle dans le respect de la réglementation concernant la confidentialité……il doit veiller à la qualification et à la déontologie des personnes chargées du contrôle et s'assurer qu'elles ne perturbent pas le fonctionnement et la sécurité du service ».* À Madagascar, le concédant peut effectuer tout contrôle physique de la conformité des activités du concessionnaire aux termes du cahier des charges. Ce dernier communique chaque année au concédant un rapport technique (état des biens de la concession), un rapport d'exploitation et un rapport financier. Les pièces justificatives sont communiquées aux concédants sur sa demande. En Inde, le cahier des charges type des BOT donne aux personnels autorisés du concédant accès permanent au terminal concédé, aux fins d'inspection, avec l'assistance qui leur est due par l'opérateur. Le droit marocain qui dispose que le concessionnaire doit avoir pour objet exclusif le fonctionnement du service délégué dispose (loi du 14 février 2006) que *« les activités complémentaires, commerciales ou industrielles »* du concessionnaire nécessaires au fonctionnement de la concession sont contrôlées *« par le délégant au même titre que les activités de service public. »* Le *Guide législatif* de la CNUDCI (Recommandation 54) reconnaît au concédant un pouvoir de surveillance. Le concessionnaire devra établir des rapports permettant de vérifier, que les ouvrages sont correctement exploités et les services correctement rendus. Le Guide ne reconnaît pas de pouvoir de sanction et écarte tout droit de suspension du concessionnaire, qui décourager les investisseurs. Et ceci bien que le Guide reconnaisse le caractère de service public des activités du concessionnaire.

369. Rapports et compte-rendu d'exploitation.

Toutes les conventions de concession stipulent l'obligation de produire des rapports d'activité. À Madagascar, le concédant possède un droit de contrôle de la véracité des rapports et compte-rendu et un droit de contrôle sur pièces. À Maputo, le rapport est trimestriel. En outre, le concessionnaire doit informer immédiatement le concédant si le trafic est inférieur à ce qu'il était au même mois de l'année précédente. En fait, Internet modifie les conditions du contrôle car de nombreuses informations sont désormais accessibles en temps réel sur la toile. À Maurice, le texte de 2007 (Art. 7) stipule que le concessionnaire doit faire partie de Mauricenet *« et fournir sur la toile les informations sur tous les aspects de l'exploitation nécessaire à un suivi quotidien et par navire ».* Suit une liste détaillée mais non limitative, des matières faisant l'objet d'informations. La convention de concession de l'exploitation d'un port français, en 2009, stipule l'établissement, par le concessionnaire, de tableaux de bord périodiques dont le modèle est annexé à la convention. Ces tableaux de bord contiennent des informations statistiques et financières sur les différents types de trafic et activités du concessionnaire.

370. Rapports financiers.

La communication au concédant des états financiers de la concession est la règle. En outre, des conventions, telles celles de Maputo stipulent la communication de rapports trimestriels avec prévisions financières pour le trimestre à venir. À Maputo également (Art. 16), le concédant peut se voir communiquer toute information supplémentaire qu'il peut *« raisonnablement »* demander. Il peut en outre nommer ses propres auditeurs pour vérifier ce qui a lieu de l'être dans les comptes du concessionnaire. Le contrôle financier présente une difficulté quand la concession en question n'est pas la seule activité du concessionnaire. Un examen en profondeur de toutes les finances de la société concessionnaire peut excéder les droits du concédant. La communication de données statistiques et autres au concédant ne doit pas amener à une diffusion non autorisée d'informations que les usagers du port peuvent considérer comme confidentielles, et portant sur leurs activités commerciales. La législation marocaine citée ci-dessus est particulièrement remarquable en ce qu'elle impose au concessionnaire de publier annuellement dans un journal d'annonces légales ses états financiers et le rapport des commissaires aux comptes. En outre, la loi du 16.02.2006 (Article 19) dispose que si la durée de la concession est supérieure à dix ans, une évaluation commune doit être menée une fois tous les cinq ans. Au total, et en particulier en France, on ne peut qu'admirer le soin et l'attention avec lesquels les administrations portuaires exigent des informations détaillées sur l'activité et les finances des concessionnaires. Cette sollicitude contraste fortement avec la discrétion qui leur est habituelle en matière de rapport au public sur leurs propres activités et finances. La tradition dans ce domaine est quasi-séculaire. Le public, qu'il soit contribuable ou usager, n'est supposé ne rien savoir sur la gestion des grands ports, sauf à consulter un rapport occasionnel, et parfois acide, de la Cour des Comptes.

371. Pénalités.

Le concédant peut stipuler des pénalités en cas de faute du concessionnaire causant la déchéance ou le retrait de la concession. La convention type française de 2000 stipule deux pénalités. La première est une amende en cas de manquement de l'exploitant aux obligations nées du contrat ne pouvant dépasser le double du montant des rémunérations et redevances dues mensuellement par l'entreprise (Art. 14). La seconde est due en cas de résiliation du contrat pour le même motif. Dans ce cas, l'entreprise exploitante verse au port une indemnité égale à *n* fois le montant annuel moyen des redevances payables par l'exploitant et acquittées au cours des trois dernières années. Le chiffre *n* est sans doute fixé d'accord parties. En Inde, le cahier des charges type prévoit un an de redevances à titre de pénalités (Art. 13.7). Il n'y a naturellement pas de pénalités en cas de manquement de la part du port. À Dar es Salam (Art.7), la sanction financière du non-respect de la convention de *lease* est le prélèvement sur la caution de bonne exécution. Le concédant l'opère directement et après mise en demeure adressée au concessionnaire d'avoir à se mettre en règle sous peine de prélèvement. À Maputo (Art.

2.8), où une liste détaillée des obligations du concessionnaire est annexée au contrat de concession, un système progressif est en place. Les obligations sont classées en trois groupes par ordre d'importance. Les manquements sont sanctionnés en conséquence : avertissement, amende de 1000 unités de compte, amende de 5000 unités de compte. L'infraction continue entraîne un doublement des amendes et peut justifier la résiliation du contrat. Mais l'amende peut être remboursée si, sur réclamation du concessionnaire dans les délais fixés, il est établi qu'elle n'est pas justifiée.

B - RÉGULATION

a. Définition et objet

372. Définition.

La régulation, système de suivi et éventuellement de sanction, est proche du contrôle décrit ci-dessus sans se confondre avec lui. Elle est mise en œuvre par les pouvoirs publics, pour l'ordonnancement d'une activité économique, afin d'assurer son fonctionnement efficace, correctement financé, concurrentiel et loyal[350] dans l'intérêt de tous et dans une recherche d'équilibre. Dans cette liste, la concurrence est d'une particulière importance. Pour le Conseil d'Etat français, *« la concurrence est une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités de protéger*[351]. » La régulation a donc une signification institutionnelle et sociale aussi bien qu'économique. Son domaine est étendu et concerne en particulier la structure et le niveau des tarifs. S'agissant d'une concession, la régulation s'attache en particulier à ce que la recherche justifiée d'un surplus au profit du concessionnaire ne prévale pas sur le respect de l'intérêt général : monopoles et abus de position dominante retiendront particulièrement l'attention du régulateur. La détermination des conditions de la contestabilité fait également partie de la régulation.

[350] J. Gallot, « Qu'est ce que la régulation ? », *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, N°119, 1.2001. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris, 2004. G. Marcou, *La notion juridique de régulation*, A.J.D.A. 20.2. 2006. pp. 347-353. P. Delvolvé, *Droit public de l"économie*, Dalloz, Paris, 1998, A.S. Mescheriako, *Droit public économique*, P.U.F., Paris, 1999. Y. Gaudemet, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation*, R.F.A.P, 2004, N° 109 ; p. 14. A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz, 2001, Chronique, p. 610. P. Blamchard, *Concurrence et projets concessifs modernes*, R.D.A.I, vol. 20, 9.2003, pp. 384-404.

[351] Rapport de 2002, p. 338. Cf M. Dreifuss, *L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs*. A.J.D.A. 9. 12. 2002, pp. 1373-1377.

373. Importance de la régulation.

Au vu de ce qui précède, la régulation s'applique à établir une situation d'équilibre – une harmonisation – entre des intérêts et des objectifs divers et divergents : intérêts respectifs des opérateurs en concurrence les uns avec les autres, obligations de service public, rentabilité financière, satisfaction des usagers, adéquation des tarifs, etc. Elle est inséparable de l'économie libre de marché, dont elle vise à assurer le fonctionnement, conformément aux règles qui constituent son ordre public économique. Bien qu'elle puisse inclure des réglementations, qui sont des moyens de mise en œuvre, elle s'oppose à l'économie réglementée et planifiée, dont l'ordre public économique est différent. On a écrit de la régulation *« qu'elle doit se combiner avec la séparation du pouvoir politique de l'État et du pouvoir économique de l'entreprise*[352] *»*. Elle vise à un optimum politique et social, qui doit être basé sur l'optimum économique dont on a vu dans tout cet ouvrage qu'il était une formulation de la notion de service public. La doctrine de la régulation doit donc être rapprochée de celle de ce service. Elle exige de la part du régulateur une parfaite connaissance du secteur et des activités qu'il a la charge de réguler. Cette parfaite connaissance n'est pas fréquente.[353]

374. Formulation.

Les attendus du décret argentin 10/19/93 sur la mise en concession des terminaux portuaires formulent la nécessité d'une régulation, qu'ils confient à l'administration portuaire : *« contenu de l'infrastructure portuaire disponible et des caractéristiques actuelles du marché, il est nécessaire d'assurer à tout moment la prestation du service aux usagers afin de garantir la transparence des comportements des différents opérateurs ».*
L'Article 23 de la convention de concession du port de Bastia stipule que *« la fixation des redevances doit respecter les règles du droit de la concurrence ».*
Dans ce qui suit on décrit b) la problématique de la concurrence et c) la mise en œuvre de la régulation.

b. Domaine de la régulation

375. Introduction.

Le domaine de la régulation est celui du maintien d'une concurrence raisonnable entre opérateurs au sein du système concessif. Cette régulation peut être inter portuaire lorsque différents ports se concurrencent ou intra portuaire lorsque plusieurs opérateurs, dans le même port, se concurrencent pour la prestation des mêmes services. Ce qui suit concerne essentiellement cette dernière concurrence. Elle peut être

[352] L. Roy, *Réflexions sur le droit de la régulation*, Recueil Dalloz 2001, N° 47.

[353] Cf. M. Boiteux, *Deux régulations*, Commentaire, Paris. N° 133, Printemps 2011, p. 83-86.

compromise soit par des monopoles, soit par des positions dominantes, soit par des procédés obliques du concessionnaire, du concédant voire même des usagers.

i. Monopoles[354]

376. Définitions.

Il y a monopole quand une seule entreprise jouit du privilège de conduire seule une activité spécifique sur un marché donné et pour une période déterminée. Concession et monopole vont de pair. On rappelle ici que pour certains auteurs (supra Chapitre III), l'unique objet du régime concessif est le contrôle et la régulation d'un monopole[355]. Les concessions de réseau sont par nature des monopoles. La concession portuaire est un monopole dans son périmètre mais peut être concurrencée hors de celui-ci ou par un autre port.

377. Monopole naturel.

Il y a monopole naturel quand un seul ouvrage (terminal) ou réseau est suffisant pour fournir le plus économiquement les services nécessaires à un trafic ou à une activité donnée. On considère généralement qu'un trafic de 100 000 EVP justifie un terminal à conteneurs dans les pays industrialisés et 70 000 EVP pour les pays en voie de développement. Ces chiffres sont susceptibles de varier dans le temps ou d'un pays à l'autre. Dans l'arrêt *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes* du 2 juin 1972[356], déjà cité, le Conseil d'État français a jugé que des considérations de sécurité justifiaient le monopole des stations de pilotage dans les ports français, les considérant ainsi comme des monopoles naturels. Face à un monopole naturel, la clause traditionnelle suivant laquelle *« l'usage des installations de la concession est toujours facultatif »* n'a pas grande signification. Mais elle exige une régulation attentive au bénéfice des usagers.

378. Monopole de fait.

Il y a monopole de fait quand le même opérateur ou investisseur contrôle un certain nombre d'ouvrages en concurrence les uns avec les autres. Le monopole est dans la nature de

[354] Dans un but de clarté, on reprend ici les définitions données dans le chapitre II.

[355] M. Kerf *et al.*, *Concessions for Infrastructure*, World Bank, Washington, D.C., 1998. p. 132. A. R. Vining et A. Boardman, *The potential role of public-private partnerships in the upgrade of port infrastructure: normative and positive considerations*, M.P.M., Londres 12/2008, pp. 551-569.

[356] Compagnie maritime, Recueil Dalloz, 1944, P. 164. Conclusions Chenot. Grands Arrêts, Fédération française, pp. 208 et 280. A.J.D.A., 1972, p. 646, Conclusions Rougevin-Bainville. Le pilotage, en France, ne résulte pas d'une concession mais est organisé par une loi de 1928. Une station de pilotage par port regroupe tous les pilotes. Le régime de concurrence antérieur à la loi de 1928 était la source de nombreux conflits et n'a pas donné satisfaction.

la concession. Tout concessionnaire y aspire et tente d'y parvenir par octroi de privilèges d'exclusivité, justifiés par l'importance des risques financiers de toute concession.

379. Monopole équitable.

Il peut y avoir monopole équitable quand les concessionnaires effectuant des investissements importants dans un ouvrage conditionnent leur intervention à l'engagement qu'aucun autre ouvrage du même type ne sera accordé dans un rayon donné centré sur le port où se trouve leur ouvrage. Le cahier des charges français de 2001 exclut ce type de monopole. Son Article 8 dispose que l'autorité concédante peut accorder une autre concession dans les limites du domaine portuaire hors du périmètre concédé, à condition d'en informer préalablement le concessionnaire. Et celui-ci *« ne peut interdire l'utilisation des aménagements et installations de la concession indispensables à l'exploitation des ouvrages et outillages des autres bénéficiaires, à condition que ceux-ci contribuent équitablement aux dépenses du concessionnaire et ne gênent pas l'exploitation de la concession »*. C'est du reste la moindre des choses. Au Cameroun, l'Article 6 de la convention de concession du terminal à conteneurs du port de Douala stipule au profit du concessionnaire un monopole des activités concédées, limité dans le temps.

380. Monopole public portuaire.

Le port opérateur ou port en régie, dans lequel l'administration portuaire est ordinairement un établissement public, fonctionne en monopole. Ce monopole devient monopole privé quand l'établissement public est privatisé. Il en va ainsi des ports britanniques en application du *Ports Act* de 1991. Les ports gérés par des sociétés ferroviaires concessionnaires poussent très loin le domaine du monopole, les ouvrages étant aménagés au profit exclusif du transport ferroviaire des marchandises. Le port de Matadi en République Démocratique du Congo en offre un exemple, et, dans une certaine mesure, le port de Mombasa au Kenya. À Matadi, le bord à quai le long du navire est équipé en entier de voies de chemin de fer interdisant tout accès de ce bord à un véhicule routier. Les ports opérateurs ignorent évidemment la concession. Par contre, les ports fonciers et dans une moindre mesure les ports outils, acceptent ou encouragent la concurrence entre opérateurs, concessionnaires ou permissionnaires. La loi espagnole 48/2003 sur les finances portuaires dispose que les services doivent être fournis aux usagers *« dans des conditions de libre concurrence ».*

381. Monopoles privés.

L'opinion publique accepte mal le monopole privé. En fait, les monopoles publics sont fréquemment plus puissants et plus abusifs que les monopoles privés. Ils ont des appuis politiques, des ressources et une capacité de blocage supérieure à celle des privés. Ils ont aussi l'appui de la fonction publique, anxieuse de pantoufler dans le

monopole, où rémunérations et conditions d'emploi sont supérieures à celles du service de l'État. Une convention de concession de l'ensemble de l'activité commerciale dans un port accorde normalement un monopole, qualifié généralement « exclusif ». Ainsi de la convention de concession de 2009 du port de P. en France. À Baltimore, aux Etats-Unis, le concessionnaire (2009) jouit d'une clause d'exclusivité sur le trafic de conteneurs. Par contre, l'Article 6 de la loi tunisienne du 1er avril 2008**,** déjà citée, prohibe toute exclusivité, qui est incompatible avec l'exploitation de nombreux ouvrages ou sites.

382. Distorsions par mise en cause des droits du concessionnaire.

La prohibition des monopoles n'exclut pas le respect des droits des concessionnaires et la nécessité de les protéger contre une concurrence déloyale, ce qui doit être pris en compte lors de l'attribution de la concession. Le concessionnaire peut être abusivement concurrencé. Dans un port de pays en développement, une société d'État de manutention et de magasinage, autrefois en position de monopole, survit en partie de redevances versées par les autres opérateurs pour compenser sa « perte » de trafic. Dans un autre port, un concessionnaire de terminal à clinker doit payer à l'organisme portuaire qui, en principe, détient le monopole de la manutention, une redevance égale au tarif de cette manutention. C'est le paiement pour service non rendu. Dans les deux cas, le consommateur final, c'est-à-dire l'économie nationale, acquitte les coûts supplémentaires résultant de la constitution de rentes au profit d'entités publiques. D'une façon générale, les notions vagues de service public et d'intérêt général ne doivent pas être utilisées pour enfreindre les règles de concurrence.

ii. Droit positif

383. Formulation.

L'article 40.5 de la loi espagnole sur les ports d'État et la marine marchande pose le principe de la libre concurrence entre opérateurs portuaires de manutention et de transport des conteneurs et autres marchandises. Ce principe est rappelé dans les cahiers des charges des concessions portuaires. Il n'y a donc pas place pour des monopoles. L'article 29 de la loi portuaire chinoise du 28 juin 2003 dispose que « *l'État encourage et supporte une honnête concurrence entre opérateurs portuaires. Ceux-ci n'ont pas le droit de constituer des monopoles ni d'utiliser des procédés déloyaux en matière de concurrence, ni de contraindre qui que ce soit à recourir aux services d'un opérateur portuaire déterminé ».* Le contrôle des tarifs peut assurer celui des monopoles. Mais ce contrôle est-il essentiel? Car l'intensité de la concurrence entre ports crée une contestabilité de fait, qui compense l'absence d'une contestabilité institutionnelle. Le nombre de ports des pays en voie de développement en position de

monopole diminue. Les exemples ci-après de dispositions de protection contre les monopoles ou les positions dominantes sont significatifs.

384. Suite.

Au Mexique, la loi portuaire de 1993 interdit les monopoles. La loi portuaire et le décret d'application 8/17/92, en République argentine, interdisent *« toute association économique ou commerciale entre terminaux, qui puisse restreindre la concurrence ou causer d'une façon ou d'une autre des torts aux usagers des ports*[357] *»*. Au Brésil, l'article 16 de la loi 8987/95 indique que l'octroi de la concession *"ne se fait pas dans un régime d'exclusivité"*. En Colombie, l'Article 1 de la loi portuaire 01 de 1991 prohibe la constitution de monopoles. En Uruguay, la loi 57/94 de 1994, dispose que, sous le contrôle de l'autorité portuaire, toute activité d'exploitation du port doit être menée en régime de concurrence, dans le cadre d'autorisations et de concessions. Au Royaume-Uni, la législation sur la concurrence plafonne le taux de participations autorisé, ce qui empêche une même société de monopoliser plusieurs ports.

385. Doctrine et droit français.

En France, la loi dispose expressément que la liberté de la concurrence s'applique aux concessions[358]. Le concédant doit empêcher le cas échéant la création d'un monopole *de fait* d'utilisation des installations, qui serait préjudiciable à la communauté portuaire. Cette prohibition résulte entre autres du droit domanial. Le domaine public où s'exercent les activités du concessionnaire est, comme on l'a déjà relevé, le bien de tous, ouvert à tous. Il ne peut constituer l'assiette foncière d'un monopole. Le projet de cahier des charges de 2001 dispose que l'autorité concédante peut autoriser d'autres concessions dans les limites du domaine public portuaire et déclare facultatif l'usage des installations et des outillages de la concession (Article 18). S'agissant des concessions de chambres de commerce[359], un de leurs buts était d'éviter le contrôle d'un port par un opérateur unique, jouissant d'un monopole. La chambre de commerce regroupait tous les opérateurs de la place. Cette concession ne constitue pas un monopole. Tout usager peut investir, monter ses propres outillages, et sous-traiter avec la Chambre[360]. Aucun usager ne peut être tenu d'utiliser les installations du concessionnaire. Les contrats de sous-traitance doivent être conformes aux conditions de la concession, qui constitue le document de base, s'imposant tant à l'exploitant

[357] Cité par B.K. Subramaniam, *Port Privatisation Schemes Worldwide, Equiport* 95, Le Havre, 1995, Annexe 1.

[358] Ordonnance N° 86-1243 du 1.12.1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, Art. 53. Application confirmée par l'arrêt de Section du Conseil d'État Société EDA-C.I.E.G. du 26.3.1999, H. Stahl, Note M. Bazec ; R.D.P., 1999, p. 1545, Note M. Manson.

[359] C. Lefèvre, *Les chambres de commerce et d'industrie en France* Sirey, Paris, 1971.

[360] *Installations d'outillages dans les ports maritimes*, Cahier des Charges, Circulaire du 30.1.1915, mod. 16.5.1934.

qu'à la chambre. En dépit de l'absence de contestabilité, ces concessions sont plus équitables que celles dans lesquelles le concessionnaire a un monopole et refuse de sous-traiter. Dans l'arrêt de Section du 23 juin 1939, *Chambre syndicale des entreprises de chargement et de déchargement de navires*[361], le Conseil d'État a jugé que *« la concession de la chambre ne constitue pas un monopole portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ».* La convention type d'exploitation de terminal de 2000 stipule que *« la convention d'exploitation ne fait pas obstacle à ce que le port autorise les mêmes activités ou trafics sur d'autres parties du domaine portuaire »* (Art. 1), étant entendu en outre que *« 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 et d'outillages privés avec obligation de service public*[362] *»*. Auparavant, dans l'arrêt de Section *Société EDA* du 26 mars 1999[363], le Conseil d'État avait jugé que le gestionnaire du domaine public – le concédant – devait prendre en considération la liberté du commerce et de l'industrie et se soumettre au droit de la concurrence.

386. Concurrence déloyale à l'égard du concessionnaire.

Dans les ports outils où les outillages de l'administration portuaire, tels les grues de quais, sont loués aux opérateurs, à des postes banalisés, le concessionnaire d'un terminal, qui a investi en ouvrages et outillages, et qui court des risques financiers, est éventuellement concurrencé par un opérateur qui n'a pas investi[364]. Avec ou sans trafic, il subit des coûts fixes importants. L'autre opérateur ne loue du matériel qu'en cas de besoin. Les tarifs de location d'outillages appliqués doivent donc être étudiés pour refléter le coût réel des prestations, y compris les coûts fixes, afin qu'il n'y ait pas concurrence déloyale décourageant les investisseurs. Il n'est donc pas choquant que le concédant s'engage à ne pas accorder une autre concession, qui pourrait concurrencer celle en place, soit avant l'écoulement d'un certain délai, soit tant que le trafic n'a pas atteint un niveau fixé d'accord parties. Car saine concurrence n'est pas dumping. Malheureusement, les cahiers des charges français les plus récents ne vont pas dans ce sens.

387. Clause d'exclusivité.

Les clauses d'exclusivité freinant la concurrence émanent aussi bien des concessionnaires que des concédants. Les premiers obtiennent qu'aucune concession sus-

361 Lebon, p. 429.

362 Décret N° 99-782, Code des ports maritimes, art. 115.7-III.

363 A.J.D.A., 1999, p. 437.

364 P. Aïm, *Objectifs et procédures de la restructuration portuaire*, Equiport 95, Le Havre, mai 1995.

ceptible de concurrencer la leur ne soit accordée dans un rayon centré sur le port, de 100 milles marins par exemple. Les seconds font stipuler que le concessionnaire n'exercera pas d'activités susceptibles de concurrencer la concession ou ne participera pas au capital d'une société concurrente, également dans un rayon donné, centré sur le port où se trouve la concession. L'Article 2.7 de la concession de Maputo, qui garantit au concessionnaire que *« d'ici au terme de la concession, aucun des droits en découlant ne sera attribué à tout autre contractant »* offre un exemple des clauses d'exclusivité. Dans la convention de concession d'un port d'Asie, il est stipulé que, pendant une période de 5 ans, tout développement dans les 150 kilomètres du port sera proposé en priorité au concessionnaire, qui pourra le refuser. Un autre article prohibe la mise en place par le concessionnaire de ports dans un rayon de 150 kilomètres, sauf pour un trafic spécifique.

iii. Autres distorsions de la concurrence

388. Diversité des distorsions de concurrence.

Les distorsions de concurrence peuvent revêtir diverses formes[365] : exercice d'une position dominante, contrôle de terminal par un armateur traitant en priorité ses propres navires, concessionnaire d'un chemin de fer au départ d'un port, qui donne la priorité aux conteneurs en provenance ou à destination des navires dont il est armateur au détriment des consignataires de conteneurs utilisant d'autres armements ; contrôle de plusieurs opérateurs en apparente concurrence. Les distorsions peuvent provenir également d'interventions publiques, subventions ou autres. À Saint Petersburg, en Russie**,** vers 2004, les trois sociétés de manutention portuaires ont été contrôlées par le même holding dont le ministère des Transports contrôlait 20 % du capital, d'où des tarifs très élevés. D'autres distorsions résultent de la création de barrières à l'entrée, d'une augmentation des coûts du rival afin qu'il devienne non concurrentiel, d'obstacles matériels, tels la gêne apportée aux mouvements des outillages du rival sur les terre-pleins, d'ententes , de prix prédateurs et de ristournes occultes destinés à éliminer un concurrent. Dans l'arrêt *Silvano Baso*[366] du 12 février 1998, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que constituait un abus de position dominante, compte tenu en particulier des tarifs pratiqués, le fait pour une société de jouir du monopole de la fourniture de main-d'œuvre portuaire**.**

389. Distorsions de concurrence dues au concédant.

Au nom de la protection de l'intérêt et du service public, le concédant peut contribuer aux distorsions de concurrence. Ainsi, lorsque l'usager ayant recours aux services de

[365] Source : *World Bank Port Reform ToolKit,* Module 6, 11.

[366] Recueil des arrêts de la Cour, p. 1-570.

l'entreprise détenant le monopole dans le service de base, par exemple la manutention, est tenu par la réglementation de recourir à la même entreprise dans des activités où s'exerce la concurrence, telles que le stockage ou le transport des marchandises. À Madagascar, la réglementation portuaire dispose que les concessionnaires ont le monopole du chargement et du déchargement des marchandises, mais le mot « concessionnaire » est pris ici au sens large de « permissionnaire » ou de fermier.

390. Suite - Octroi de conditions préférentielles.

Un concessionnaire en position de monopole, peut être autorisé à étendre le champ de ses activités, concurrençant d'autres entrepreneurs. Un concessionnaire de remorquage portuaire peut ainsi concurrencer une entreprise de remorquage ne pratiquant que la haute mer. Cette concurrence peut être déloyale, les moyens financés par les recettes du service concédé couvrant partiellement le coût de ces activités complémentaires. La Cour de Justice européenne, dans une espèce portuaire *Altmark Transport GmbH* du 24 juillet 2003[367], a jugé que sont considérées comme des aides publiques entraînant des distorsions de concurrence, *« toutes les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou constituent des avantages économiques que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenus dans des conditions normales de marché. »*

391. Suite.

L'abus de position dominante peut prendre place sans qu'il y ait monopole. En mai 1995, la Commission de la Communauté européenne a sanctionné la Chambre de commerce de Morlaix. Celle-ci, concessionnaire du Port de Roscoff en Bretagne, n'offrait pas à un armement étranger des capacités d'accostage convenable dans son port. Il est vrai que cet armement concurrençait un autre armement, dont la Chambre de commerce détenait 5 % du capital[368]. On a relevé que le port maritime se prête aisément à la protection des situations acquises par les opérateurs en place au détriment des nouveaux entrants[369], conduisant à des abus de position dominante, ne serait-ce que parce que l'espace portuaire est rare et encombré et qu'il faut se constituer un marché. Le nouvel entrant sera donc généralement une émanation d'un armement ou un opérateur international déjà associé à des armements maritimes.

---

[367] A.J.D.A. 2003, p. 1739, Note S. Rodrigues.

[368] Application du Règlement 4055/86 (Relations entre États membres). Les parties ont mis fin au litige par la signature d'un contrat de 5 ans. L'intervention nécessaire de la Communauté européenne signifiait que les services du ministère français des transports, responsables du contrôle de la concession, ne faisaient pas leur travail. Cf. C. Zogratakis, *The port industry and EC competition law, Port and Harbour Authority*, Londres, vol. 72, N° 877, 7.1997, pp. 103-107.

[369] Dans ce sens, Meilleures pratiques de la Banque asiatique de développement, p. 5 et s.

392. Mesures d'encouragement de la concurrence.

En Amérique latine, au cours du grand effort de mise en place de concessions de la décennie 1990, les gouvernements ont divisé les ports en sections afin d'encourager la concurrence intra-portuaire. À Buenos Aires, la loi sur la privatisation ne permet pas à un concessionnaire contrôlant un terminal de prendre le contrôle d'un autre car cela créerait une position dominante. À Callao, le port a été divisé en trois secteurs, en concurrence les uns avec les autres. Au Chili**,** la Commission antitrust a fixé des règles pour éviter la constitution de positions dominantes. Une société (ou l'une de ses filiales) ne peut détenir plus de 15 % du capital d'un concessionnaire si elle détient plus de 15 % de celui d'un autre concessionnaire de terminal dans la même région. De même, un opérateur maritime (armateur, exportateur ou importateur) ne peut détenir plus de 40 % du capital d'une société concessionnaire de terminal à conteneurs s'il contrôle plus de 25 % du trafic du terminal en question ou s'il a, l'année précédente, contrôlé plus de 15 % du trafic des terminaux à conteneurs des ports de la région. Le terminal de Valparaiso a été attribué non pas au concurrent le mieux placé dans un appel d'offres, mais au suivant, pour éviter une constitution de position dominante de la part d'un concurrent contrôlant le port voisin de San Antonio. En 1999, avant d'attribuer plusieurs concessions de terminaux, le gouvernement chilien a lancé les appels à la concurrence simultanément afin d'éviter qu'un appel à la concurrence isolé ne fournisse des informations aux concurrents, en matière tarifaire en particulier.

393. Suite.

On a vu ci-dessus dans quelle condition un concessionnaire ne peut s'opposer a l'activité d'un autre opérateur en concurrence éventuelle avec lui. Si le concessionnaire ne coopère pas de façon raisonnable avec d'autres opérateurs portuaires, il y a à la fois abus de position dominante et tentative de créer un monopole. Le port maritime n'est pas constitué d'unités autonomes n'ayant pour objectif que leur intérêt propre. C'est un ensemble, qui doit fonctionner harmonieusement dans l'intérêt général et au bénéfice des usagers. Des limites sont donc assignées à la capacité d'agir de chacun des opérateurs afin de satisfaire cet intérêt général. À Barcelone, en 2008, le cahier des charges de la concession du Môle Prat impose aux soumissionnaires exploitant déjà une concession de manutention de conteneurs dans le port de renoncer à celle-ci et de regrouper toutes leurs activités au Môle Prat. Cela doit libérer de l'espace au profit d'autres opérateurs et réduire les chances de constitution d'une position dominante. Mais, pour empêcher la constitution d'une telle position, il est interdit au concessionnaire de s'associer ou de passer un accord avec tout autre opérateur qui, dans le port, contrôlerait plus de 15 % du même type de trafic. Il ne peut par ailleurs en contrôler plus de 25 % du capital[370]. On peut également, pour éviter un monopole, contraindre le

[370] Cahier des charges, Préambule, Section VII, Texte, Section V.

concessionnaire à ouvrir son capital. Ainsi à Pointe-Noire (Art. 4.2), le concessionnaire d'un terminal à conteneurs appelé à constituer un monopole naturel est tenu d'ouvrir son capital aux opérateurs historiques de la place.

394. Union européenne.

« Le droit communautaire, tant dans les textes des traités… que dans les réglementations dérivées et la jurisprudence, vise à démanteler les monopoles commerciaux et lie la légalité de l'ensemble des autres monopoles à l'existence d'une tâche d'intérêt économique général, telle que définie par le droit communautaire[371]». La Cour de Justice de l'Union a jugé que *« le refus par une entreprise ayant un monopole de fait, de prêter ses services à tous ceux qui peuvent en avoir besoin mais qui ne relèvent pas d'une certaine catégorie que cette entreprise a circonscrite en se basant sur la nationalité ou sur le domicile, doit être considéré comme l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 alinéa 1 du Traité de la CEE*[372] ». Dans sa décision *Sea Containers c/Stena Sealink* du 21 décembre 1993, la Commission a sanctionné une disposition par laquelle un organisme portuaire limitait le temps d'accostage des navires pour protéger sa propre activité d'opérateur[373]. La règle est valable même si le refus d'accès est d'origine étatique. Ceci étant, la régulation de la concurrence entre ports de l'Union européenne, dont les conditions de financement des ouvrages et des outillages ne sont pas uniformes, est au point mort. En France, la Cour des comptes, dans son rapport de 1999, relevait par exemple, qu'un terminal récent, qui amortissait ses investissements, subissait une concurrence déloyale de la part d'un terminal étranger dont les ouvrages avaient été entièrement financés par le concédant et qui n'avait donc pas de charge d'amortissement.[374] Toutefois, l'Union européenne admet que les dépenses afférentes aux ouvrages d'infrastructures telles qu'identifies dans le Chapitre II, sont des dépenses *« supportées par l'État dans le cadre de sa mission de planification de construction d'un système de transport dans l'intérêt général »*[375], ce qui n'exclut pas une tarification économique du service rendu.

395. Application aux coûts et prix.

La Cour de justice de l'Union européenne a défini des normes de coûts permettant d'évaluer s'il y a eu ou non abus de position dominante. Prix et coûts *pertinents* désignent les valeurs loyales en termes de concurrence. Est prédateur un prix

[371] M. Voisset, *op. cit.*

[372] Cour de justice des Communautés européennes, 13.6.1992, B and I Line v Sealink, Bulletin N° 6 ; 21.12.1993, Port de Rodby, J.O.C.E. 28.2.1994 ; 21.12.1993, Holyhead Harbour, *idem* 1.8.1994.

[373] 94/19/CE. J.O.C.E. 18.1.1994.

[374] A. Vigarie. Port 2000 en perspective. Études Normandes, Rouen. N° 1 2000. p. 17.

[375] Commission des Communautés européennes. Communication de la commission au parlement européen et au conseil : *Améliorer la qualité des services dans les ports maritimes*. Bruxelles, 13.02.2001, p. 12.

inférieur à la moyenne des coûts variables d'un service. Le prix normal doit couvrir ces coûts variables et une partie des coûts fixes. En application de l'arrêt *Akzo* du 3 juillet 1991, un prix inférieur à la moyenne des coûts totaux est abusif lorsqu'il a pour but d'éliminer un concurrent**.** La Commission européenne a été amenée à examiner le cas de l'opérateur assurant un service public en position de monopole qui développe ses activités hors champ du monopole, en concurrence avec d'autres opérateurs ne bénéficiant pas d'un monopole. Ce cas a été évoqué ci-dessus, concernant le remorquage. Le coût pertinent servant de base à une tarification sans dumping est le *coût incrémental* (Décision *Deutsche Post A.G.* du 20 mars 2001). Il est celui que le prestataire de service public en monopole n'appliquerait pas s'il n'exerçait pas l'activité hors monopole en cause. Ce coût incrémental couvre les coûts variables et les seuls coûts fixes du service en concurrence. « *Les couts communs à l'activité en monopole… doivent être supportés pour la mission de service public*. » Le coût incrémental diffère du *coût marginal* en ce qu'il ne couvre pas le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un service, mais le coût d'un service différent. Il ne comprend donc pas les coûts fixes communs au service public et à l'activité exercée en concurrence[376] mais les seuls coûts fixes afférents à cette dernière activité.

C - MISE EN ŒUVRE DE LA RÉGULATION

396. Méthode.

L'entité chargée de la régulation fixe et rédige des règles, collecte, suit et exploite des informations sur les performances. Elle exige l'application de ces règles. Elle rappelle à l'ordre en cas de manquements ou d'erreurs, prononce ou propose des sanctions, et accueille les réclamations des usagers ou tiers lésés par la non observation des règles. Toutefois, il est rare que toutes ces fonctions, qui peuvent appartenir également au domaine du contrôle, se trouvent placées dans les mêmes mains. Les sanctions, par exemple, seront réservées aux autorités judiciaires et le régulateur se trouvera lui-même placé sous le contrôle du juge. Le processus de régulation doit être conduit de façon à ne pas peser de façon excessive sur le concessionnaire, qui doit pouvoir mener ses affaires avec souplesse et sans être harcelé par le régulateur. On a connu le cas d'un régulateur qui demandait un rapport quotidien d'un concessionnaire portuaire.

[376] Cf. Décision DPAG de la Commission de l'Union européenne 2001-354 du 20 mars 2001, JOCE 5 mai 2001. L 125. Europe 2001, N° 225 Note L. Idot. A. Mazières, *Concurrence et services public : détermination des coûts pertinents*. A.J.D.A., 2005, pp.1334-37.

a. Organes de la régulation

397. Identification.

Le régulateur peut être soit le concédant, soit l'organisme de tutelle du concédant, généralement le ministère responsable, soit une institution ou agence spécialement créée à cet effet[377]. Sa compétence peut être générale ou sectorielle. En France, l'Autorité de la concurrence exerce ses compétences conjointement avec, par exemple, l'autorité de régulation des télécommunications ou avec le ministère chargé des transports. Ainsi au Portugal, l'Institut des ports et du transport maritime, responsable de la tutelle et de la planification du secteur compétent approuve les décisions d'octroi de concessions.

398. Conditions d'exercice de la régulation.

Les deux premiers choix – régulation assurée par le concédant ou par un ministère – sont classiques et aisés à mettre en œuvre ; ils ne garantissent pas l'indépendance et l'objectivité du processus de régulation car le concédant, ou le ministère est à la fois juge et partie. La recommandation N° 7 de la CNUDCI insiste sur la nécessaire indépendance du régulateur. Celui-ci *« ne doit pas être une entité fournissant directement ou indirectement des services d'infrastructures. »* Elle insiste également sur la nécessaire publicité et transparence de la régulation. En fin de compte, ce seront toujours les intérêts et les vues de la puissance publique qui prévaudront. La France en a connu un exemple en matière de concessions d'aérodrome. L'arrêt du Conseil d'État *Fédération nationale de l'aviation marchande et autres*, en date du 25 avril 2007, est significatif à cet égard. L'État s'est trouvé à la foi régulateur des tarifs de redevance aéroportuaires et actionnaire de la société concessionnaire de l'aérodrome, la société Aéroports de Paris. Le régulateur avait donc intérêt, au profit de l'équilibre financier du concessionnaire, à favoriser un niveau élevé de redevance[378]. Sa position n'était donc pas neutre. Les redevances ont été fixées à un niveau davantage conforme aux intérêts financiers de la société que conforme à l'équité. Conceptuellement, la troisième solution, celle d'une agence indépendante, est sans doute la meilleure[379]. Mais, l'agence doit d'abord se voir attribuer *les compétences nécessaires*, exécutives et non seulement consultatives. Ces compétences seront probablement retirées du concédant ou du ministère de

[377] *Les autorités administratives indépendantes*, Études et Documents du Conseil d'État, N° 52, Paris, 2001. J.L. Autin, *Le juge administratif aux autorités administratives indépendantes*, R.D.P. 1988, p. 1215. A. Collaird et G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., Paris, 1988.

[378] C.E. 25.4.2007 *Fédération nationale de l'aviation marchande et autres* et Commentaire S. Nicinski, A.J.D.A. 11.6.2007, pp.1105-1107.

[379] Sur la question, cf. A. Estache et G de Rus, *The Regulation of Transport Infrastructure and Services. A Conceptual Overview*, *in op. cit.*, p. 5-50. W. Smith, *Utility Regulators, Creating Agencies in Reforming and Developing Countries*, World Bank, Washington, D.C., 1997, dans la série *Public Policy for the Private Sector.*

tutelle, ces pertes de compétences étant source de conflits. Elle doit ensuite être *aussi techniquement et économiquement qualifiée* que le concédant et le concessionnaire ; ce qui implique que ses membres appartiendront aussi bien à l'administration qu'à l'industrie. Elle doit être *indépendante* (dite *autorité administrative indépendante*). Par ailleurs, le code de financement des activités du régulateur ne doit pas influer sur son indépendance. Le régulateur, comme on l'a déjà relevé, ne doit pas encadrer trop étroitement le concédant et le concessionnaire et, en fait, se substituer à l'un et à l'autre dans la gestion et le suivi de la concession. Il doit pouvoir prononcer des *sanctions* à l'encontre du concédant et du concessionnaire et avoir les moyens de les faire appliquer. Finalement, il doit lui-même être soumis à un *contrôle* par voie d'appel de ses décisions auprès d'une institution judiciaire. Ce dernier point, qui est pourtant fondamental, n'est pas retenu par tous les auteurs, qui voudraient voir dans le régulateur un juge vertueux du comportement des opérateurs, mais qui lui-même échapperait à toute sanction. Or, la régulation par autorités administratives indépendantes ne peut fonctionner, comme du reste toute administration, que si le système judiciaire détient l'autorité, la compétence et l'indépendance nécessaires. Ce n'est pas le cas partout. La régulation doit être opérée aussi bien dans l'intérêt du concessionnaire que du concédant et du public. Cette triple responsabilité justifie, aux yeux de la doctrine, l'indépendance du régulateur vis-à-vis même de l'État ou de l'administration portuaire, car ceux-ci ont, dans la concession, des intérêts patrimoniaux. Juges et parties, ils ne peuvent être objectifs. Le Pérou offre un exemple, s'agissant de la concession du port de Callao, d'une claire séparation entre le régulateur et l'autorité portuaire. Mais cette opinion ne fait pas l'unanimité. En France, par exemple, et pour l'ISTED (Institut des Sciences et des Techniques de l'Équipement et de l'Environnement pour le Développement), groupe de techniciens établis sous forme d'institut de recherche (dissout en 2011), la concession devait être régulée par l'institution portuaire[380]. Il y a là, clairement, confusion entre régulation et contrôle.

399. Critique. État de la législation[381].

La réalité est assez loin du schéma de principe, qui ignore superbement les impératifs des systèmes juridiques nationaux et même internationaux. Toutes les autorités régulatrices ne sont pas indépendantes. En Espagne, la Commission de régulation des transports ferroviaires créée en 2003 relève du ministre des Transports. Il en est de même au Portugal de l'Institut des Ports et du Transport Maritime, organe de planification et de régulation. Aux Pays-Bas, le régulateur des transports se trouve au sein de l'Autorité de la Concurrence, elle-même relevant du ministre de l'Économie. En Allemagne, d'après la loi fondamentale, toute institution administrative doit relever d'un ministre. En conséquence, l'agence de régulation multisectorielle est placée

[380] *Port concessions: Risks to be shared*. La Lettre July 2000.

[381] Source: J. Marcou, *op. cit.*

sous le contrôle du ministre de l'Économie. En France, le Conseil de la concurrence, le ministère chargé des transports et celui des finances se partagent la tutelle et la régulation. Les décisions des uns et des autres peuvent faire l'objet de recours devant le juge. Dans un avis en date du 5 juin 2002, le Conseil d'État a prononcé que l'autorité administrative indépendante peut prendre des décisions individuelles, mais n'a pas de pouvoir réglementaire, qui n'appartient qu'au gouvernement.

400. Mise en œuvre.

Plus de 200 organes ou agences de régulation ont été créés dans les pays en voie de développement ou émergents au cours de la décennie 1990-2000[382]. L'Inde a ainsi créé, par une ordonnance de 1997 *(Port Law [Amendment] Ordinance),* une autorité, administrative chargée de fixer les tarifs des ports maritimes et de leurs concessionnaires. Cette autorité est constituée de trois membres, un économiste et un financier ayant au moins quinze ans d'expérience et un président recruté parmi les hauts fonctionnaires. Elle n'est toutefois pas indépendante ; le gouvernement en nomme les membres et elle doit se conformer à ses instructions ; le gouvernement peut passer outre ses décisions. En Colombie, en 1991, une superintendance générale des ports a été créée pour assurer la tutelle des sociétés portuaires nouvellement constituées à partir de capitaux privés et publics. Cette superintendance assure le contrôle des tarifs, détermine le nombre de concessions qui peuvent être accordées et fixe les normes techniques de l'exploitation portuaire. Au Sri Lanka, a été créée en 1999 une commission régulatrice de six membres, nommés pour six ans par le ministre de tutelle et choisis sur des listes elles-mêmes présentées par l'administration portuaire et les organismes privés. Cette commission a pour objet de maintenir une concurrence équitable et efficace entre opérateurs portuaires, publics ou privés. Elle arbitre les litiges sur plainte d'un opérateur. De même, elle réglemente les tarifs si elle est saisie d'une demande en ce sens, d'un litige ou d'une plainte. Mais elle n'intervient pas en matière de tarifs en l'absence de litige. On notera enfin que la régulation est, pour le régulateur, un devoir vis-à-vis des usagers de la concession qui ont droit au respect de ses clauses. Dans l'arrêt *Baudoin* du 27 novembre 1935[383], le Conseil d'État français a ainsi condamné l'État, en tant que régulateur, pour avoir refusé d'intervenir auprès du concessionnaire, afin de contraindre celui-ci à observer le cahier des charges de la concession.

401. Engagement du concessionnaire.

Le concessionnaire peut être tenu, par une obligation spécifique, d'accepter la concurrence. À Barcelone, le futur concessionnaire, déjà tenu par les termes du cahier des charges, s'engage à se conformer aux règles applicables pour assurer une concurrence loyale entre opérateurs.

[382] A. Estache, *op. cit.*

[383] Grands Arrêts, p. 68. Lebon, p. 1105.

b. Méthodes et régime de la régulation

402. Droit français. Régulation en faveur du service public.

Traditionnellement, le droit français est généralement protecteur du service public et du concessionnaire opérant sur le domaine, vis-à-vis de la concurrence, qui peut être fortement entravée, voire prohibée[384]. Mais l'application du droit de la concurrence et du droit européen rend désormais cette protection moins justifiable[385]. Par ailleurs, le Conseil d'État, dans un arrêt de Section *SCP Gatineau* du 27 octobre 2006[386], a jugé qu'une autorité administrative indépendante, responsable d'une régulation devait, dans l'exercice de ses fonctions, suivre les règles du procès équitable, telles que fixées par la loi applicable (en l'espèce audience publique et délais raisonnables). S'agissant du coût incrémental, le Conseil de la concurrence en a utilisé la notion dans sa décision du 23 décembre 2004 *Pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*[387]. Il n'a pas censuré l'octroi d'aides au délégataire de service public portuaire, au motif que les tarifs pratiqués étaient pertinents. Dans des décisions antérieures, il avait censuré les prix de services artificiellement abaissés et permettant à des organismes publics de développer leurs activités dans des conditions déloyales. Ainsi, des services de consultants (*Société Jean Louis Bernard Consultants*, 18 décembre 2003), de services de transport (*Régie départementale de l'Isère*, 9 juin 1999) ou de prestations bancaires (*Activités financières de la Poste*, 25 juin 1996). La notion de service public ne peut tout justifier.

403. Jurisprudence en matière portuaire.

En matière portuaire, l'arrêt du Conseil d' État *Fédération des pilotes maritimes de France*, du 2 janvier 1972, déjà cité, admettait l'absence de concurrence quand celle-ci aurait nui à la bonne exécution du service public ou, en d'autres termes, quand il y avait monopole naturel. Le 29 avril 1981, dans l'arrêt *Société Fine Frères*, le droit d'un concessionnaire portuaire d'être protégé contre la concurrence était confirmé, dans l'intérêt, ici, du service public. Dans l'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var* du 9 octobre 1981[388], le Conseil d'État avait jugé que l'autorité portuaire[389] ne pouvait prendre des dispositions pour protéger un opérateur de la con-

[384] Société des autobus antibois du 29 janvier 1932, cf. Grands Arrêts, p. 264 et Sté Des aveines 16 novembre 1956, Lebon, p. 441, R.D.P. 1957, p. 529, Note M. Waline.

[385] Conseil d'État, Rapport public 2002, Collectivités publiques et droit de la concurrence.

[386] A.J.D.A. 15.1.2007, p. 80.

[387] A.J.D.A. 2005, p. 470, note Richer.

[388] Société Fine Frères, Lebon, p. 400. Chambre de commerce. A.J.D.A. 1981, p. 579. Note B. Lasserre et F. Tibeghien.

[389] Le terme autorité portuaire, traduction inexacte de l'anglais *port authority*, qui signifie administration portuaire, est malheureusement entré dans le vocabulaire juridique français. Il fait oublier que le port est avant tout un service, à la disposition de tous, dans leur intérêt propre. Mais on le retrouve dans le droit

currence. Par contre, dans l'arrêt *Département de la Vendée* (30 juin 2004), il jugeait que les contraintes du service public justifiaient une aide sous forme de différence de traitement en matière d'accès aux postes d'accostage sans toutefois permettre l'octroi d'un monopole d'accostage à un poste déterminé. L'arrêt a été critiqué[390]. Car cette différence de traitement doit être limitée à ce qui est nécessaire au bon fonctionnement de ce service. Il ne doit pas suffire de baptiser un service « service public » pour écarter la concurrence. Sur un plan économique, la protection du concessionnaire est une erreur car *« c'est la concurrence qui aiguillonne le service public et le force à s'améliorer[391].»* Dans une décision du 13 septembre 2007, le Conseil français de la Concurrence a ainsi condamné à une amende le Port autonome du Havre pour discrimination tarifaire à l'égard d'un de ses concessionnaires. Le Conseil a relevé que l'abus était d'autant plus grave qu'il émanait d'une entité de droit public chargée d'un service public[392]. Le Port autonome du Havre refusait à un manutentionnaire l'application de tarifs conventionnels avantageux qu'il consentait à trois autres entreprises.

c. Efficacité relative de la régulation

404. Efficacité du contrôle des tarifs.

Le contrôle des tarifs relève à la fois du contrôle proprement dit et de la régulation étudiée ci-dessus. Il ne faut pas se faire trop d'illusions sur ce contrôle. Les tarifs sont fixés sur la base des informations fournies au régulateur par les opérateurs et ceux-ci peuvent aisément manipuler les chiffres, dans un domaine qu'ils connaissent beaucoup mieux que le régulateur ou l'administration portuaire : *« l'opérateur ayant le monopole de l'information, le risque s'accroît du contrôle du régulateur par le concessionnaire[393] »*. Seule la concurrence, en fait, assure une régulation des prix, soit sous forme de réduction des tarifs, soit sous celle de versement de ristournes de fidélité ou en fonction du tonnage obtenu. Pour certains auteurs[394], il n'y a pas lieu à régulation des tarifs lorsqu'il y a concurrence. Encore faut-il qu'elle soit réelle. Dans tous les

algérien, avec le décret 99-202 du 18.8.1999 portant création de l'Autorité portuaire d'État.

390 C.E. 30.6.2004, A.J.D.A. 2004, p. 2210, Note C. Nicinsky. Cassation d'un arrêt de la C.A.A. de Nantes, 29.6.2003, Sté des vedettes inter-îles vendéennes. A.J.D.A. 2003, p. 908, Note J A Millet.

391 L. Richet et N. Chabirm, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, A.J.D.A. 2005, p 2310. Cf. Rapport thématique du Conseil de la concurrence, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*.

392 Décision N° 07-D-28 Port Autonome du Havre et Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, Sté havraise de manutention et Sté Havre Manutention. Amende de 2 600 000 euros A.J.D.A. 17.12.2007, pp. 2398-2400. La convention type d'exploitation de terminal (France, 3000, art. 23) précise que la durée de la convention ne doit pas, sur le long terme, fausser le jeu de la concurrence.

393 P.E. Kent, *Port Competition Regulation: A Tool for Monitoring Anti-Competitive Behavior*, Washington, D.C. 1995, Présentation à la Troisième Conférence annuelle des ports de l'Amérique latine, Miami, Fl, 10.1999. Même remarque sur l'asymétrie d'information *in* A. Eustache, *op. cit.*

394 P. Lignères. *Op. cit.* note 1. p. 242.

cas, le contrôle ne doit pas devenir une gêne pour le concessionnaire. À Douala, où le contrôle inclut la possibilité pour le concédant de procéder à un audit technique et financier complet de la concession, l'Article 13 de la convention de concession stipule que *« l'exercice de ces prérogatives ne devra pas avoir pour effet de porter atteinte à l'autonomie de gestion du concessionnaire »*. En Italie, à la suite du développement des concessions portuaires vers 1995, on s'est inquiété d'une concurrence tarifaire sauvage entre concessionnaires de terminaux, qui désorganiseraient le trafic d'un port. On a considéré qu'une intervention du concédant ou d'un régulateur s'imposait pour corriger ou prévenir les abus d'une concurrence sauvage.

405. Évolution de l'économie portuaire.

L'impact de la concentration des opérateurs a déjà été mentionné. Beaucoup d'analyses et de concepts en matière de régulation sont encore basés sur l'économie portuaire des années 1960 et non sur celle des porte-conteneurs de 8000 à 12000 EVP. La concurrence est freinée par la concentration des opérateurs, conséquence du coût des investissements nécessaires au transport, à la manutention et au stockage des conteneurs. Cette concentration favorise un abaissement des coûts pour l'opérateur. Elle permet aussi, en accroissant ses moyens logistiques, d'attirer un trafic de plus en plus lointain et dispersé. La communauté portuaire trouve donc son compte à une concentration qui se rapproche du monopole[395]; la position dominante se met en place d'elle-même quand un armement est associé à une société de manutention dans un terminal et dirige donc son trafic vers ce terminal et le port qui l'abrite. On estimait, en 2010, que quelque cinq opérateurs internationaux contrôlaient 30 % des terminaux mondiaux de trafic de conteneurs. Si l'on y ajoute la pratique des ristournes confidentielles et autres facilités, on voit que la régulation est souvent plus formelle que réelle. De même, l'association d'opérateurs portuaires à des transporteurs terrestres influe sur la concurrence et permet, là encore, d'occuper, de fait sinon en droit, des positions dominantes. À Anvers, et dans le contrôle du second terminal à conteneurs aval, entré en service en 1994, l'association du manutentionnaire Noordnatie et de la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB), jouissant du monopole des transports ferroviaires, a été dénoncée comme une distorsion de la concurrence, malgré l'intérêt qu'elle présentait au niveau logistique. Une clause très particulière du contrat de concession d'un des terminaux d'Anvers stipulait dans le passé que ne pouvaient être traités au terminal attribué après appel à la concurrence que les nouveaux trafics attirés à Anvers, ou des trafics résultant de l'expansion de ceux existants du concessionnaire ou encore d'autres trafics, pour autant que la municipalité ait auparavant donné son accord par écrit. Cette clause

[395] P. Cariou, *Les stratégies des opérateurs de terminaux à conteneurs en Europe du Nord*, Vol. 82 J.M.M. 10.10.2000, pp. 1908-1912. T. Heaver, H. Meersman et F. Moglia, *Do mergers and alliances influence european shipping and port competition?*, M.P.M., Londres, Vol. 27, N° 4, 1.2000, pp. 263-373.

était aberrante *« car on ne construit pas un nouvel outil pour en limiter l'utilisation dès le départ [396]».* Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers, basé sur cette clause, a condamné le concessionnaire pour abus de position dominante ; le conflit a tourné court, la concession ayant été finalement annulée au début de 1993 par le Conseil d'État belge. Par ailleurs, au début des années 2000, les ports d'Anvers et de Rotterdam ont obtenu de la Cour européenne de justice, la condamnation des chemins de fer allemands qui pratiquaient des tarifs préférentiels au profit des ports de Hambourg et de Brême et au détriment des ports belges et hollandais. En d'autres termes, les atteintes à la libre concurrence portuaire ne résultent pas seulement de distorsions intra portuaires ou inter portuaires, mais peuvent résulter de la gestion de tous les facteurs économiques influant de près ou de loin la gestion des ports eux-mêmes.

[396] *Anvers : Remous autour du terminal de l'Escaut*, 74 J.M.M. 2.10.1992, p. 2401 ; *Le conseil d'État annule la concession de la Hessenatie*, même publication, 75e année, 9.2.1993, p. 457.

X - Évaluation des concessions

406. Sommaire.

Dans ce qui suit, on examinera le régime français des concessions, puis les avantages et les inconvénients qu'elles présentent. On relèvera ensuite comment la concession peut être, malgré les apparences de libéralisation, une technique d'intervention politique de l'État pour contrôler le secteur privé, ce qui sera suivi d'une conclusion générale.

A - RÉGIME FRANÇAIS DES CONCESSIONS

407. Faible sécurité juridique.

Les dispositions des cahiers des charges français les plus récents, en retrait sur celles du cahier des charges de 1915, sont critiquables. Elles ne présentent que de faibles garanties pour les concessionnaires et contrastent fortement avec les dispositions des cahiers des charges de pays de *common law* comme l'Inde ou les États-Unis qui détaillent soigneusement les droits des parties au contrat dans les différents cas de cessation de concession par force majeure, rachat avant début d'exploitation, rachat en cours d'exploitation, ou autres. Par comparaison, la sécurité juridique semble manquer absolument dans le système français. Un motif en est sans doute que l'administrateur français s'appuie sur une très forte, bien connue et prestigieuse jurisprudence du Conseil d'État. Toute disposition ou clause trop détaillée peut compliquer la tâche du juge, alors que des termes très généraux lui laissent une marge confortable d'interprétation. Effectivement, le Conseil d'État a pu, grâce à cette approche, dégager des principes, comme celui d'adaptabilité, ou des théories, comme celle de l'imprévision. Il a pu également tourner les difficultés présentées par une application du droit des contrats tel que formulé par le Code civil. Que la concession soit en partie considérée comme

un acte unilatéral, conformément à sa jurisprudence, protège l'usager, comme dans ce qui précède. Si la convention de concession avait été un pur contrat, les usagers n'auraient pu se prévaloir de son contenu. L'Article 1165 du Code civil dispose en effet que *« les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers [ni ne leur] profitent »*. Donc, les usagers n'auraient eu d'action que fondée sur leur propre contrat avec le concessionnaire, et non sur celles des clauses de la convention de concession elle-même qui règlent l'organisation du service public concédé. Par ailleurs, la généralité des termes de la convention de concession s'explique par un recours implicite à l'Article 1156 du même Code civil, qui dispose qu'il faut *« dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »*. Cela autorise une souplesse que n'aurait peut-être pas permis une rédaction pointilleuse des cahiers des charges. Mais ce flou et cette apparente insécurité sont de nature à décourager les investisseurs et les banquiers, ou à amener les uns et les autres à prendre des marges bénéficiaires excessives pour se garantir contre les risques. Qu'on le veuille ou non, le concédant, personne publique, n'est pas un cocontractant comme les autres ; derrière lui se profile la puissance publique. Son partenaire préfère que le contrat soit détaillé, car il n'est pas sûr que *« la commune intention des parties »* soit vraiment commune à lui et à la personne publique. Le cahier des charges français laisse au juge le soin de régler les litiges nés des retraits de concession.

408. Risques présentés par un démarquage aveugle.

Si adapté à la France – du moins on l'espère – que soit le régime ici examiné, il n'est pas automatiquement transposable dans des pays qui, pour être de droit administratif, ne disposent pas d'un régulateur aussi puissant, indépendant et respecté que le Conseil d'État. Tel qu'il est, le cahier des charges français est un document qui ne doit être reproduit à l'usage d'autres pays qu'avec d'infinies précautions. La convention type de 2000 est meilleure. Mais elle brille davantage par ce qu'elle passe sous silence que par son contenu : l'absence de dispositions contraignantes en matière d'obligations de service public et de contrôle des tarifs, la seule référence à des obligations contractuelles, lui confère une souplesse qui manquait aux cahiers des charges de 1915 et aux cahiers des charges subséquents. Cette absence et ces seules références sont de nature à la faire basculer intégralement dans la catégorie des contrats, au détriment des usagers, qui perdront la protection que leur assure le régime concessif actuel, si imparfait et boiteux soit-il. Il appartiendra au juge de fixer l'administration – et l'usager – sur ce point. Là encore, la transposition aveugle de cette convention dans un système juridique et administratif qui ne serait pas préparé à la recevoir serait une grave erreur.

B - AVANTAGES PRÉSENTÉS PAR LES CONCESSIONS

409. Intérêt financier.

Le principal avantage des concessions est l'allègement des charges publiques. L'investissement public est financé par les seuls usagers et non par les contribuables indifférenciés, dont les ressources peuvent être affectées à des emplois plus régaliens. Les redevances de concession garantissent au concédant un flux régulier de trésorerie. Ou le concessionnaire préfinance toute l'opération, assure le service et entretient les ouvrages, et récupère sa mise par l'application des tarifs ; ou le concessionnaire met de côté toutes les réserves nécessaires au remplacement des ouvrages et outillages inclus dans la concession. Quand le concessionnaire n'est pas le propriétaire des ouvrages et outillages de la concession, il peut utiliser des outillages et équipements supplémentaires, pour l'exploitation de la concession, auquel cas, il en facture le coût à celle-ci. La concession du Port de Matarani au Pérou, par exemple, qui n'assure que 10% du trafic portuaire de ce pays, a rapporté au trésor public 15 millions de dollars dans les seules trois premières années de son fonctionnement, et ceci bien que le service ait été amélioré et les tarifs applicables aux usagers réduits par rapport à ceux pratiqués quand ce port était exploité en régie.

410. Suite.

La concession permet le transfert de capitaux. Peu de législations sur les concessions en font état. Dans les années 1990, le Nicaragua et l'Équateur ont encouragé les investisseurs en concessions portuaires parce que ces pays étaient fortement endettés et ne pouvaient financer les investissements correspondants. Les avantages financiers pour le concédant sont évidents, surtout si celui-ci est l'État lui-même, car au produit des redevances s'ajoute celui des impôts et taxes que paiera le concessionnaire durant toute la durée de la concession et qui feraient défaut si les services accomplis par le concessionnaire l'étaient en régie par les services de l'État. La concession du Port de Callao au Pérou, en 2010, a été consentie sans que le concessionnaire ait rémunéré l'Etat concédant. L'investissement du concessionnaire portait sur plusieurs centaines de millions de dollars. L'Etat jugeait suffisant cet apport sans devoir exiger en outre un droit d'entrée ou une redevance.

411. Concession et vocation domaniale.

On doit renouveler ici l'argument présenté dans le Chapitre II et concernant le domaine. Dans les pays à régime domanial, la concession fonctionne sur le domaine ; celui-ci est le bien de tous *(res communis)*, destiné avant tout à servir de support aux activités librement exercées par tous les entrepreneurs. *A priori* par conséquent, la concession, qui est plus proche de la liberté d'entreprendre que la gestion en régie

par l'administration, doit être choisie pour l'exploitation du domaine de préférence à tout autre procédé de gestion impliquant une intervention plus lourde de l'État et de son administration. La liberté d'entreprendre doit primer si l'esprit du droit domanial doit être respecté. La propriété publique du domaine est le support naturel et protecteur de l'activité privée, davantage, du reste, que l'appropriation privée du domaine foncier portuaire, qui est source de monopole et bloque la contestabilité.

412. Lien contractuel.

Les concessions établissent un fort lien juridique entre le concédant et le concessionnaire, lien issu d'un contrat et non d'une décision unilatérale de l'administration. La concession est donc plus caractéristique d'une société libre que la régie. Les candidats à la concession étant passés au crible, la durée du contrat, et son caractère public lui donnent une importance particulière et préviennent, dans certaines limites, l'exploitation d'une concession par une entreprise manquant de sérieux.

413. Efficacité opérationnelle.[397]

La concession est, du point de vue de l'exploitation, supérieure à tout système en régie. Et cela en matière de démarchage de la clientèle, de relations avec les usagers, de récupération de marchés perdus, etc. Toutes ces activités commerciales sont, dans le domaine qui nous intéresse, mieux assurées par une entreprise spécialisée que par un organisme portuaire public polyvalent, davantage compétent en matière de régulation et d'administration publique. Les résultats connus sont probants. La mise en concession des terminaux à conteneurs du port de Buenos Aires, par exemple, a fait passer la productivité de 800 tonnes par employé en 1991 à 3 100 tonnes en 1997, cependant que les coûts de passage étaient ramenés de 430 à 120 dollars par boîte au cours de la même période[398]. Là et ailleurs en Amérique latine, le régime concessif a discipliné des effectifs de dockers en surnombre qui imposaient leur loi aux autorités portuaires comme aux usagers. Les vols ont disparu et avec eux, les surcharges de fret qu'ils imposaient. Les dockers ont désormais été empêchés de revendre ou de louer leur carte de travail, usage également courant en Inde. À Keelang, en Malaisie, quatre ans après la mise en concession, la productivité avait augmenté de 76 %, la main-d'œuvre portuaire avait vu sa rémunération augmenter de 60 % cependant que le nombre d'heures travaillées n'avait augmenté que de 6 %[399]. D'autres exemples aussi caractéristiques peuvent être tirés de la côte d'Afrique, où les exploitations concédées à des entreprises privées ont un rendement double ou

[397] Sur l'impact positif de mise en concession, cf. T. Serebrisky et L. Trujillo, *An assesment of port reform in Argentina: Outcomes and challenges ahead*, M.P.M, Londres, vol. 32, 7.2005, pp. 191-207.

[398] A. Estache et G. de Rus, *op. cit.*

[399] A. Galal *et al.*, *The Welfare Consequences of Selling Public Enterprises*, World Bank, Oxford University Press, Oxford, 1995.

triple de celles effectuées en régie ou par des sociétés d'État. Cet état de choses était, dès 1965, reconnus par une mission d'étude des Nations Unies qui mettait explicitement en valeur la productivité plus élevée et les coûts moindres des ports de la tradition française, exploités par des concessionnaires ou des permissionnaires, par rapport à ceux de la tradition britannique, exploités en régie[400]. À Dar es Salam, la mise en concession (en fait un affermage) du terminal à conteneurs s'est traduite par un accroissement de 40 % du trafic et par une élimination de la fraude sur les tonnages manutentionnés et livrés.

C - INCONVÉNIENTS DES CONCESSIONS

414. Sommaire.

Les concessions présentent divers inconvénients, sans doute davantage dus à la manière dont elles sont mises en place et régulées qu'à leur nature même. Toutes les difficultés rencontrées témoignent que, contrairement à ce qu'on croit généralement, la mise en concession n'est pas une panacée permettant de mettre fin à une insuffisance de l'administration publique. Une administration médiocre, gérant en régie, sera un régulateur médiocre de concession. La mise en concession exige une capacité administrative qui peut être très supérieure à celle exigée par l'exploitation en régie. Elle exige également une prise de responsabilité des autorités concédantes face à des problèmes qu'elles n'ont pas su résoudre en temps utile. Dans de nombreux pays, la mise en place de concessions s'est heurtée aux problèmes posés par les effectifs excessifs de dockers. Le concédant, en exigeant du concessionnaire la reprise ou l'indemnisation avant licenciement de ses effectifs en surnombre, se déchargeait de ses responsabilités antérieures sur le futur opérateur. L'Asie et l'Amérique latine en ont offert de nombreux exemples. La diminution des effectifs, résultat de la concession, a été la cause de nombreuses difficultés politiques, et a constitué un frein au développement du régime concessif.

a. Inconvénients pour les parties au contrat

415. Risques encourus par le concessionnaire.

Les risques courus par le concessionnaire ont été passés en revue dans le Chapitre II. On ne retiendra ici que trois risques toujours très réels. Le premier porte sur les coûts de l'investissement, le second sur les recettes de la concession, qui sont fonction

[400] S. Klinghofer., *A report on a preliminary survey of factors affecting the rates of freight in the sea-borne trade of the coast of Africa*, Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, Addis-Abeba, 1965.

du trafic, enfin le troisième est un risque d'ordre politique. En 2007, deux cas ont confirmé l'importance de ce risque et la fragilité des concessions face à l'arbitraire des concédants. Le premier concerne le Sri Lanka, où un nouveau gouvernement, désireux d'exploiter les activités jugées *« stratégiques »* en régie, a décidé de mettre fin aux concessions portuaires. Le second concerne l'Argentine qui, à des difficultés financières, s'est retournée contre les concessionnaires qu'elle a acculés au départ ou à la ruine. Un grand concessionnaire international, réputé et compétent, a ainsi subi un dommage de l'ordre de 1.5 milliard d'euros. Depuis, celui-ci a décidé de refuser des contrats de concession dans les pays en développement ou émergents et de se concentrer sur des contrats d'affermage, aux risques financiers moindres, mais de ce fait, moins avantageux pour ces pays, car excluant des transferts importants de capitaux. Le comportement de gouvernements irresponsables met donc en danger le système concessif lui-même.

416. Transfert des risques du concessionnaire.

Le concessionnaire tente de se couvrir de ses risques de diverses manières et se tourne à cet effet vers le concédant. Sa pression s'exercera sur divers points. Il sollicitera la garantie du concédant. Il demandera un monopole ou une clause d'exclusivité. Il sélectionnera les investissements les plus rentables, pour laisser les autres aux bons soins du concédant. Lorsque la concession porte sur l'extension d'un port ou d'un terminal existant, il demandera à prendre le contrôle de ce port ou de ce terminal, afin de financer, par ses recettes, le nouvel investissement. Si le concédant, particulièrement l'État, doit financer des ouvrages lourds, à longue durée d'amortissement, comme les chenaux et les ouvrages de protection (cf. Chapitre II), il court des risques financiers. Mais on doit noter, comme on l'a déjà relevé, qu'il tirera des avantages socio-économiques de la concession sous la forme de création d'emplois, flux de revenus et autres externalités dont il pourra tirer des recettes fiscales. Il appartient donc au concédant de mener sa propre analyse coûts/avantages pour déterminer comment il recouvrira les sommes qu'il aura déboursées.

417. Risque d'interférence étrangère.

Ce risque, occasionnel dans le passé, s'est développé, depuis le début du XXIe siècle, comme s'est développée la mondialisation. Des groupes internationaux puissants, opérateurs de manutention ou armateurs, qui contrôlent des terminaux dans le monde entier, imposent leur approche des problèmes. Si une société concessionnaire passe sous le contrôle d'une société étrangère, les intérêts du port et du pays d'implantation du port peuvent être compromis. Lorsque la société concessionnaire est contrôlée par un grand port étranger de la même région, il peut avoir un impact délibéré sur le trafic du port concédé. La croissance des fonds d'investissements souverains protégés par l'immunité des États contrôlant des sociétés qui, à leur tour deviennent conces-

sionnaires de terminaux, ajoute au problème. La susceptibilité de l'opinion publique en matière portuaire, est très réelle. En 1996, l'opinion publique britannique a refusé la participation française à la privatisation du port de Douvres. Or à cette époque les ports étaient considérés comme n'importe quelles autres entreprises. Leur contrôle pouvait donc être assuré par tout investisseur, national ou étranger. En 1999, les dockers d'un grand port français ont déclaré officiellement qu'ils n'accepteraient pas de concessionnaires étrangers – de l'Union européenne – dans des terminaux en projet. En 2000, l'opinion publique ivoirienne a critiqué que le port d'Abidjan, du fait des concessions, fut, suivant la rumeur publique, contrôlé dans le cadre d'un oligopole *« à 70 % par des étrangers ».* À la même époque, on relevait dans un séminaire sur les concessions qui se tenait à Alger, que *« l'un des principaux problèmes posés par l'option concession réside dans la crédibilité de l'autorité concédante.* [L'adhésion de l'opinion publique au programme est nécessaire]. *Il apparaît souhaitable à cet égard de promouvoir la prise de participation des nationaux au capital des sociétés concessionnaires afin qu'ils bénéficient des retombées financières de ce type de projets. »* En 2007, l'opinion publique, puis le Congrès des États-Unis, se sont opposés à la prise de contrôle de terminaux à conteneurs de ports de la côte Est par Dubai Ports, société contrôlée par la *Dubai Ports Authority*, établissement public de Dubai[401].

b. Inconvénients pour le public

418. Élimination de la participation.

Quand une entreprise privée prend en concession tout un port auparavant géré avec la participation des usagers, le public n'est plus associé à cette gestion. Cela peut être corrigé par la création d'une commission consultative d'usagers, comme c'est le cas dans certains ports. Quand la concession est confiée à la Chambre de commerce, la représentation des usagers se fait par ses soins. Encore faut-il que les usagers extérieurs au ressort de la Chambre ne soient pas lésés par les décisions de celle-ci.

419. Effet pervers sur l'administration publique.

Les rapports entre gouvernements, concessionnaires et administrations publiques concédantes sont ambigus. La concession développe une mentalité de rente dans l'administration du concédant. De régulateur le concédant devient spéculateur. Les taux de rentabilité obtenus par certains concédants, qui ont atteint 48 % dans des

[401] Dubai Ports International a acquis en 2005 CSX World Terminals de la société ferroviaire américaine CSX puis regroupement sous nom de DFI ou DP World. Jeddah, Vizakhapatnan, Hong Kong, Yantai Tianjin Dakar, Australie Venezuela, République Dominicaine, Pusan Cochin Vallarpadam, Fujalram.

ports d'Amérique du Sud, par exemple, illustrent ce point[402]. Le concessionnaire est soumis à des pressions de la part des pouvoirs publics : il doit employer des personnels désignés par ceux-ci ou par l'administration portuaire. La concession est pour les gouvernements et les administrations un bon moyen de se procurer des ressources occultes, en espèces ou en nature (voitures, logements, résidences secondaires, billets d'avions, etc.). Ces cadeaux sont facturés aux concessionnaires et profitent directement à des fonctionnaires, voire à des hommes politiques. Ceux-ci sont ainsi neutralisés par leur propre administration qui participe en sous-main au développement de leur corruption. On a même vu des ministres de tutelle se faire offrir des participations au capital d'une concession portuaire qu'ils étaient supposés contrôler.

420. Avantages indus recherchés par les concessionnaires.

Les concessionnaires essaient d'obtenir des avantages particuliers comme des exonérations fiscales. Une analyse de concessions accordées dans le passé montre que, dans de nombreux cas, le but ultime du concessionnaire était d'obtenir des terrains en toute propriété pour des opérations immobilières sans aucun rapport avec l'objet de la concession. Cela a été si flagrant dans certains cas qu'on peut avancer que la concession n'était qu'un prétexte[403] à investissements fonciers.

421. Déficits.

Si la concession est déficitaire, le concessionnaire rechigne à financer l'entretien, le renouvellement, etc. Il y a de bonnes et de moins bonnes concessions. Le concessionnaire peut faire faillite, alors qu'il est nécessaire de maintenir le port en service. On ne dispose pas actuellement d'exemples d'échecs financiers de concessions portuaires, mais l'exemple des autoroutes concédées françaises est significatif. De 1980 à 1985, quatre sur cinq des concessionnaires ont connu des difficultés financières et ont du être recapitalisés par l'État sous forme de sociétés d'économie mixte ; il était évidemment hors de question de fermer les autoroutes[404]. Ces sociétés, sous capitalisées, étaient fortement endettées. La situation s'est améliorée après leur restructuration financière. Mais, en 1995, on a fait remarquer que le seul concessionnaire en

[402] J. Foxley et J.L Mardones, *Port Concessions in Chile, Private Sector*, World Bank, Washington, D.C. Sept. 2000, pp. 47-50.

[403] À Beyrouth en 1887, le concessionnaire du port obtenait la pleine propriété de tous les terrains portuaires, y compris le rivage. En 1920, le régime domanial français a été introduit au Liban et la propriété des terrains portuaires est passée à l'État. Le concessionnaire a été indemnisé sous forme de cession de terrains à l'extérieur du port, ce qui a constitué un excellent placement à long terme. Les concessions de ports de plaisance ont également été un prétexte d'investissements fonciers lucratifs, comme de nombreuses concessions de chemins de fer au XIX^{e} siècle.

[404] J. Berthier, *Les autoroutes concédées françaises*, 1991.

situation florissante était le concessionnaire privé, ce qui laissait penser que la gestion des sociétés d'économie mixte, institutions d'un système bâtard, n'avait peut-être pas toute la rigueur voulue.

422. Insuffisances d'investissements.

Quand une concession touche à sa fin, le concessionnaire tend à ralentir son effort de maintenance et d'investissement, si ce n'est pour simplement ne pas gonfler un fonds de réserve qui sera partagé avec le concédant à l'expiration de la concession. Avant le retrait prématuré de la concession du canal de Suez en 1956, le concessionnaire et le gouvernement égyptien étaient en litige. Le gouvernement voulait que la compagnie investisse en approfondissant le canal et le concessionnaire voulait, auparavant, obtenir la garantie que la concession serait renouvelée en 1968.

D - LA CONCESSION, CHOIX POLITIQUE

423. Concession et liberté économique.

Caractéristiques de l'économie libérale, les concessions n'ont pas été populaires auprès de tous les gouvernements et administrations, sauf quand elles ont été accordées à des sociétés d'économie mixte, dans laquelle l'État était représenté, ou à des établissements publics. Qu'on le veuille ou non, la concession est un choix politique en ce qu'elle est un dessaisissement du secteur public, à l'opposé de la régie, ou exploitation directe. Or, pour certains, l'entreprise privée, qui doit jouer dans l'économie un rôle résiduel, ne peut se voir confier un service public que tout à fait exceptionnellement ; la concession est assimilable à la privatisation dite rampante, et la privatisation est pour cette partie de l'opinion la forme absolue d'horreur économique. Pour ceux-là, la gestion en régie constitue la norme, dont on ne s'écartera qu'en cas de nécessité absolue, uniquement quand les entreprises d'État *« [ne) font [pas] leur travail, [ne] couvrent pas les besoins et [ne] répondent pas aux exigences de qualité des utilisateurs...il faut [alors] savoir...confier le service public à d'autres plus capables*[405] ». L'intervention du secteur privé dans les infrastructures et superstructures de transport est vue comme un pis-aller qui n'est acceptable que dans la mesure où l'État manque de moyens financiers pour faire face à ses obligations. Or, la concession, choix politique, est bien plus que cela. En France, patrie des concessions, celles-ci ont reculé en 2009, du fait de choix politiques régionaux. La municipalité socialiste de Paris n'a pas renouvelé la concession d'eau et d'assainissement pour retourner à la régie. De même, l'administration socialiste de la région Midi-Pyrénées a mis fin à la

[405] P. Emaer, *Aspirations et exigences des utilisateurs*, *in* P. Baudy et J.C. Boual, *Les services publics au défi de l'Europe*, Éditions ouvrières, Paris, 1993, p. 4.

concession du port de Sète, confiée à la Chambre de Commerce. Elle a remplacé la compagnie consulaire par un établissement public portuaire régional. Par contre, le renouvellement des concessions des ports de Cherbourg et Caen a été opéré au profit d'un groupement de la chambre de commerce et d'une entreprise privée.

424. La concession, technique de domination étatique.

La difficulté, sur les points qui précèdent, vient de ce que l'État et la doctrine officielle voient dans les systèmes de transport des éléments de souveraineté, dont l'État doit assurer le contrôle. Or, ces systèmes ne sont rien d'autre que le support matériel, à tarifer de façon adéquate, d'activités commerciales et industrielles d'individus constituant la société civile, et dont la prospérité devrait être la première préoccupation des agents de l'État. Au contraire, la méfiance à l'égard du secteur privé et la hantise du contrôle ont fait développer les opérations dites de partenariat, dans lesquelles la puissance publique s'insère dans la conduite de la concession. Le concessionnaire est sans cesse harcelé par le concédant qui se méfie du concessionnaire prospère. L'histoire des concessions d'autoroutes, en France, a amplement démontré que l'État préférait une société d'autoroute déficitaire à une société prospère, parce qu'il pouvait, grâce à des déficits qu'il avait lui-même soigneusement agencés par diverses manœuvres, telles que le blocage des tarifs, pénétrer dans la concession et la conquérir de l'intérieur: *« on a désormais le sentiment que le caractère économiquement rentable de la concession est devenu une préoccupation mineure de l'administration, et que l'intérêt technique est suffisant pour justifier le recours au procédé de la concession. Celui-ci n'est qu'un moyen de faire participer le secteur privé aux tâches économiques de l'État et, plus encore, de contrôler son activité. Pour certains auteurs... la concession sert de moyen indirect de nationalisation....on dispose de procédés telle la concession, pour contrôler l'activité de grands secteurs économiques,* [en poussant les grandes entreprises] *à signer des contrats de concession*[406] *»*. La concession est ici totalement détournée de ses objectifs et de sa raison d'être. Elle est devenue un moyen de pénétration de l'entreprise.

E - CONCLUSIONS GÉNÉRALES

425. Pour conclure de ce qui précède :

La concession est particulièrement bien adaptée à l'économie libérale, à l'économie de marché et à l'utilisation rationnelle des ressources rares que constituent les espaces portuaires. Le citoyen, propriétaire indivis du domaine portuaire, a un droit

[406] G. Recroix, « Les autoroutes », *in* M. J. Guédon (Coord.), *Sur les services publics*, Economica, Paris, 1982, citant C. Bettinger, *La concession de service public et de travail public*, Berger-Levrault, Paris, 1978.

fondamental et imprescriptible à obtenir un contrat de concession pour exploiter ce domaine. L'octroi d'une concession n'est ni une faveur, ni un privilège. Le concédant a le devoir, quant à lui, de tracer le cadre contractuel qui permettra de discipliner l'exercice des droits du concessionnaire pour la préservation de l'intérêt général.

Le respect de l'équilibre entre droits respectifs du concédant et du concessionnaire doit fonder toutes les clauses du contrat de concession et du cahier des charges. Cela nécessite un régulateur indépendant du concédant et du concessionnaire.

Le destinataire et bénéficiaire final de la concession est l'usager du port, au service duquel se trouvent le concédant et le concessionnaire ; la convention de concession doit être construite de façon à ce que ses intérêts soient protégés.

La concession requiert une excellente administration publique pour en assurer le suivi ; cette administration doit être sans réserves acquise aux principes de l'économie de marché et du dessaisissement de l'État, cependant que le concessionnaire tout en recherchant son avantage matériel maximum, doit conserver à l'esprit qu'il participe à la prestation de services d'intérêt commun.

Une analyse d'un échantillon de concessions portuaires a permis d'identifier les facteurs de succès de l'entreprise :

- Acceptation de la concession et de l'intervention du secteur privé non seulement par les pouvoirs publics mais par la haute administration ;
- Ressources financières publiques suffisantes pour permettre à l'État ou au concédant de satisfaire ses obligations, avec volonté sincère de le faire ;
- Sécurité financière assurée : disponibilité des devises pour amortissement des emprunts, possibilité de faire jouer les sûretés ;
- Stabilité juridique et politique.

Une autre analyse, tout aussi pertinente, identifie les facteurs ci-après de réussite de la concession :

- Équilibre du contrat ;
- Séparation claire des responsabilités de chaque contractant ;
- Expertise suffisante des partenaires avec analyse commune des risques ;
- Clause permettant une révision aisée du contrat en cas d'aléas ;
- Choix du concessionnaire sur la base de critères multiples et âpres négociations[407].

[407] Source Claude Martinand, Ingénieur général des Ponts et Chaussées, conférence 16.11.1995.

Ces conclusions rejoignent celles tirées en Algérie concernant les conditions du succès de concessions aéroportuaires. En 1999, le ministère des transports de ce pays énumérait ainsi ses conditions de réussite : un projet rentable, une volonté publique réelle, un climat propice aux investissements, une gestion macroéconomique saine, une compétence de conceptions, de négociations et de mise en œuvre de la part du secteur public et pour finir, une capacité des opérateurs d'accepter les risques liés à ce type d'opérations[408].

[408] Ministère des transports, *Séminaire sur les concessions dans le domaine des infrastructures*, Alger, juin 2000.

INDEX

- A -

AAPA 70
Abidjan 14, 107, 114, 281
Absence d'effet suspensif 160
Absence de convention internationale 82
Absence de recours judiciaire 160
Abu Dhabi 106
Abus pouvant résulter de la durée des concessions 175
ACA 213
Accord de Marrakech 125
Actifs préfinancés 38
Activités financières de la Poste 270
Adaptation de la règle d'égalité 149
Adaptation du droit interne 76
Admissibilité de l'approche multicritère 131
Aéroport de Paris 33, 48, 64, 104, 267
Aéroport Pearson 69
Affermages 22, 27, 28, 37, 83, 172
Afrique 35, 61, 114, 165, 167, 213, 278, 279
Afrique subsaharienne 25, 165
Agence de garantie des investissements internationaux 212
Agences des Nations Unies 113
Ajustement des tarifs 76, 118, 232, 235, 236
Akzo 266
Aléas de l'approche par les tarifs 129
Alger 30, 108, 281
Algérie (ou Droit algérien) 61, 148, 165, 286
Allemagne 163, 234, 268
Altmark Transport GmbH 263
Amérique Latine 30, 59, 133, 150, 264, 271, 278, 279
Amneville 185
Amodiation 22
Amortissement 33, 42, 56, 104, 138, 139, 171-175, 181, 184, 188, 192, 197, 198, 203, 214, 216, 218, 219, 225, 226, 244, 246-248, 265, 280, 285
Analyse multicritères 130
Anvers 16, 22, 25, 66, 133, 173, 174, 176, 225, 272, 273
Appel d'offres restreint 111, 113
Application au retrait de la concession, 50
Approbation par le concédant, 100
Approche par les flux financiers actualisés, 90
Arbitrage 53, 73, 75-77, 126, 153, 159-169, 181, 185, 209, 224
Arbitration and Conciliation Act 166
Argentine, 15 , 131, 215
Arrêt Commune de Lambesc 22
Association américaine des établissements portuaires, 70
Assurance 135, 140, 141, 143, 153, 204, 206, 207, 212, 213
Australie 68, 99, 281
Autonomie 15, 25, 47, 67, 103, 119, 196, 197, 248, 272
Autorité de la concurrence 267, 268
Autorité de régulation 147, 252, 267
Autorité publique 22-24, 28, 59, 63, 113, 156, 180
Autres droits du concessionnaire 217
Avantages et inconvénients 109
Avenants au contrat 95

- B -

BOT 18, 23, 24, 26, 28, 33-36, 50, 51, 54, 55, 57, 68, 69, 75, 77, 79-81, 83, 85, 86, 90, 91, 97, 100, 101, 104, 113, 116, 127, 137, 139, 143, 144, 148, 152, 154, 156, 161, 163, 166, 167, 171, 173, 174, 178, 179, 181, 183, 185, 191, 192, 201, 205, 207-209, 211, 214-216, 219, 222, 225, 229, 235, 240, 244, 253
Banque asiatique de développement 28, 174, 263
Banque mondiale 23, 28, 38, 50, 63, 74, 80, 83-85, 101, 105, 106, 109, 114, 117, 118, 123, 136,

140, 146, 163, 173, 187, 201, 202, 206, 207, 210-213, 222, 226
Banque populaire du Centre Atlantique 81
Barcelone 25, 98, 100, 105, 108, 119, 126, 132, 240, 264, 269
Base des tarifs 206, 229
Bastia 97, 120, 137, 185, 197, 203, 219, 223, 227, 251, 252, 256
Baudoin 269
Belgique 66, 88, 143, 148, 184
Bénin 32, 37, 105, 165, 176, 180, 184, 187, 252
Bensetti 146
Beyrouth 30, 52, 106, 179, 245, 282
Bien de tous 260, 277
Bien public (ou biens publics) 43, 45, 50, 168, 199
Biens de reprise 215-217, 249
Biens de retour 208, 215-217, 219
Biens propres 214, 217
Bogota 224
Bombay 69, 127, 130, 234, 237, 249
Brême 273
Brésil 25, 32, 80, 121, 174, 199, 214, 224, 231, 236, 260
British Railways Board 66
Bruxelles 54, 60, 81, 113, 167, 198, 265
Buenos Aires 122, 264, 278
Bulgarie 27, 174, 183
Bureau des recherches géologiques et minières 168

- C -

CET 33-36, 54, 57, 83, 86, 88, 93, 97, 100, 101, 116, 126, 152, 160, 166, 167, 174, 175, 180, 184, 201, 209, 214-216, 219, 222
Caducité 79, 189, 219, 232
Cahier des charges particulier 89, 90, 92
Cahiers des charges type 87, 88, 149
Callao 122, 264, 268, 277
Cameroun 23, 37, 89, 137, 153, 162, 163, 165, 168, 180, 184, 187, 189, 231, 240, 243, 249, 258
Canada 69, 198
Canal de Suez 53, 107, 174, 179, 218, 283
Capacité financière 119, 132
Capital lease 22
Caractère obligatoire ou indicatif du cahier des charges type 88
Caractère réglementaire de la concession 93
Cash flow 103, 127, 201, 203, 207, 213, 225
Caution 118, 120, 122, 135, 140, 143, 151, 186, 190, 192, 204, 238, 254
Cayzeele 95
Certification juridique 135
Cessibilité de la concession 99
Cessibilité du concessionnaire 98
Chambre de commerce 163, 169, 185, 246, 260, 281, 284
Chambre de Commerce de Morlaix 263
Chambre de commerce de Tamatave du 9 novembre 1934 90
Chambre de Commerce du Havre 246
Chambre de commerce et d'industrie de Brest 135
Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var 270
Chambre syndicale des entreprises de chargement et de déchargement de navires 261
Chambres de commerce 25, 48, 88, 104, 116, 260
Chenaux 31, 42, 43, 53, 56, 60, 200, 218, 245, 280
Chili 65, 122, 128, 129, 133, 146, 174, 176, 242, 264
Chine 50, 80, 86, 106, 174
Classification des documents 73
Classification des risques 52
Clause compromissoire 77, 160, 162, 165-168, 209
Clause d'imprévision 155
Clause de contribution 246
Clause de renégociations 96
Clause de stabilisation du droit applicable 80
Clauses contractuelles de la convention 89, 92
Clauses d'exclusivité 261, 262
CNUCED 23, 62, 84, 91, 113, 114, 121, 123, 127, 131, 132, 231, 240, 245
CNUDCI 23, 55, 59, 62, 74, 78, 83, 84, 86, 117, 123, 127, 131, 175, 203, 209, 218, 236, 253, 267
Code des Ports maritime 26, 37, 62, 104, 115, 242, 261
Code tunisien des ports maritimes 22, 208
Colombie 28, 74, 104, 108, 122, 173, 174, 176, 187, 189, 216, 224, 244, 260, 269
Colombo 34, 35, 52, 69, 75, 79, 91, 98, 100, 101, 144, 146, 154, 161, 163, 181, 183, 185, 192, 212
Comité de défense de la basse vallée de l'Adour et des Graves 26
Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International 83
Commission européenne 112, 123, 131, 266
Common user regime 67
Communauté Urbaine de Bordeaux 113
Commune d'Aix en Provence101, 172, 173

Commune d'Olivet 173
Commune de Ramatuelle 174
Commune de Salon 126
Comon user berths 68, 69
Compagnie Air France 233
Compagnie financière et industrielle des autoroutes 79
Compagnie générale des eaux 123, 148
Compagnie Industrielle Maritime 31, 219
Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion 89, 90, 111, 125
Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouens 96
Compétence de l'arbitre 163
Compétences nécessaires 252, 267
Conakry 81
Concession domaniale 22, 240
Concessionnaires – Nature juridique 104
Concessions d'aérodromes 24, 26, 56, 65, 88, 217, 224
Concurrence 38, 41, 43, 46,61, 64, 74, 84, 85, 97, 99-101, 103, 105, 108, 110-126, 128, 129, 133, 148, 171, 172, 175-177, 179, 187, 194, 200, 209, 210, 226, 229, 230, 233, 239, 240, 251, 255-267, 269-273
Concurrence déloyale 200, 210, 259, 261, 265
Concurrence entre entreprises publiques et privées 108
Concurrence sauvage 272
Conditions d'un nouvel appel à la concurrence 177
Conditions des usagers 146, 147
Conditions et limitations diverses 105
Conditions préférentielles 263
Confiance légitime 81, 82, 102, 232
Conflits de lois 75
Congo 66, 163, 165, 258
Conseil Français de la Concurrence 271
Conséquences de l'arrivée a terme de la concession 177
Consorzio Azienda Melano 113
Constantza en Roumanie 174 -
Contestabilité 43, 110, 171, 172, 175-177, 239, 255, 259, 261, 278
Continuité et adaptabilité du service 150
Contrats de création d'une société de projet 103
Contrôle interne 251, 252
Convention de Bâle 167
Convention de concession 26, 30, 47, 49, 52-59, 65-69, 75, 76, 78-80, 83-85, 89-92, 96-98, 100, 103, 119, 122, 136-138, 141-143, 146, 149, 150-155, 157, 162, 165, 176-178, 180-191, 197, 205-207, 215, 221, 223, 227, 229, 232, 234, 242, 246, 248, 251, 253, 256, 258, 259, 262, 272, 276, 285
Convention d'exploitation 38, 99, 182, 216, 261
Convention de Marrakech 112
Convention de New York 164
Convention de Rome 77
Convention de Vienne 167, 169
Convention internationale des Droits de l'Homme 83
Côte d'Ivoire 25, 101, 165, 179, 213
Cotonou 19, 33, 37, 100, 105, 187
Cour de justice de l'Union 63, 81, 131, 265
Coût incrémental 266, 270
Coût marginal 42, 198, 199, 228, 229, 233, 241, 266
Craighton 169
Creighton Ltd c/ État du Qatar 169
Critères de sélection 116, 118, 119, 126
Croix de Seguey Tivoli 93, 147

– D –

Dar es Salam 37, 69, 76, 105, 140, 142, 145, 150, 155, 161, 163, 181, 183, 188, 191, 244, 252, 254, 279
Défaillance 142, 150, 154, 181, 186, 188, 191, 205, 209, 212
Denoyer et Chorques 149
Département de la Vendée 271
Dépréciation 218, 219
Deurganckdok Anvers 66
Deutsche Post 266
Dévaluation 53, 206
Dibden 68
Directive concernant les ports 36, 172
Directives de la Commission des Nations-Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) 62, 84, 121, 127, 231, 240, 245
Dispositions spécifiques 139, 180
Distorsions 223, 230, 233, 251, 259, 262, 263, 273
Documents d'appel à la concurrence 105, 118, 124-126
Domaine 21, 22, 24-29, 33, 37, 44, 45-50, 58, 61, 66, 71, 73, 75, 77, 91, 110, 143, 151, 155, 167, 169, 176, 190, 208-211-218, 223, 238, 240-242, 258, 260, 261, 266, 270, 277, 278, 284, 285
Domanialité 45, 165, 194
Dossier juridique de la concession 73
Douala 14, 23, 37, 65, 89, 114, 137, 142, 150, 153, 168, 176, 184, 196, 197, 231, 240, 243, 246, 249, 258, 272

Droit applicable aux relations entre concessionnaires et usagers 77
Droit de contester la décision d'octroi de la concession 125
Droit d'entrée 110, 126, 128, 132, 194, 200, 217, 238-240, 243, 244, 277
Droit du Contrat 78
Droit et procédures applicables 163
Droit romain 24, 44 -
Dubai Ports 281
Dubai Ports Authority 281
Due diligence 154
Dunkerque 88, 107
Dürbeck 81
Durée et risques 172
Duvignières 88, 234

- E -

Égalité entre usagers 64, 187
Egypte 27, 66, 75, 77, 165, 174, 218
EIC 36, 55, 140, 235
Émirats 106
Eiffage 194
Empire britannique 25
Empire ottoman 25, 30
Eohala 219, 228, 234
Équateur 277
Équilibre financier 42, 60, 78, 81, 93, 96, 103, 138, 155-157, 172, 175, 180, 200, 222-225, 227, 229, 231, 242, 267
Espagne 25, 27, 30, 66, 88, 100, 106, 126, 129, 208, 216, 268
États financiers 254
États-Unis 24, 25, 30, 37, 70, 91, 100, 106, 160, 169, 183, 199, 201, 206, 225, 226, 230, 239, 241-244, 259, 275, 281
Europe 25, 28, 83, 86, 119, 177, 199, 201, 266, 283
European International Contractors 55, 235
Eurotunnel 54
Évaluation 56, 68, 114, 121, 124, 127, 130, 181, 197, 201, 202, 217, 231, 254
Évaluation objective 121, 127
Exclusivité 28, 112, 172, 209, 210, 258-262
Exemple d'accord sur la loi applicable 77
Exemptions fiscales 249

- F -

FIDIC 75, 83, 139
Faute 83, 154, 178, 180-193, 203, 254
Fécamp 47, 248
Fédération des entrepreneurs internationaux européens 36, 120
Fédération des pilotes maritimes de France 270
Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes 257
Fédération nationale de l'aviation marchande et autres 267
FIDIC 75, 83, 139
Financement à recours limité 201
Financement d'investissements hors concession 198
FIPPA 214
Fixation des tarifs 79, 230, 231, 233
Fonds d'emprunts 196
Fonds de réserve 283
Force majeure 54, 62, 79, 140, 144, 150, 152-158, 180, 182, 183, 189, 191, 192, 212, 213, 275
Formulation chiffrée de la durée 174
Formulation réglementaire 231
France 21, 24, 26, 30-32, 37-39, 43-49, 52, 56, 59, 61, 64, 65, 76, 78, 79, 81, 86-101, 104, 105, 107, 111, 113, 115, 123, 126, 136, 137, 140, 143, 146-152, 156, 157, 163-170, 173, 174, 176, 182, 186, 189, 192, 193, 199, 203, 206, 208, 209, 211, 214-216, 223, 227, 230, 232, 233, 236, 237, 240-249, 254, 259, 260, 265-268-271, 276, 283, 284
Franchise 24, 29, 67, 91, 100, 107, 183
Franchise et licences 91
Fusions et absorptions 99

- G -

Gabès 140
Galosiaux 89
Garantie(s) 38, 53, 54, 73, 74, 78, 83, 92, 99, 100, 102, 105, 111, 118, 140, 176, 178, 190, 192, 196, 197, 201-213, 238, 275, 280, 283
Garantie dormante 83, 211
Gaz de Bordeaux 87, 156
Gêne 25
General Conditions 87
Genève 84, 162
Ghana 213, 243, 247
Goulette 62
Grande-Bretagne 14, 30, 34, 38, 68, 124, 214, 218
Guide et Recueil d'instruments de la réforme portuaire de la Banque mondiale 85
Guide législatif 23, 36, 62, 74, 83, 84, 113, 117, 203, 209, 218, 236, 253
Guinée 18, 35, 107, 116, 165, 178, 205, 226

Gujarat 50, 51, 69, 80, 146, 154, 162, 181, 188, 192, 233, 234, 237, 244

– H –

Hambourg 105, 133, 273
Harbours, Docks and Piers Clauses Act 25
Hardship 152, 157-159
Hess v. Port Authority Trans-Hudson Corporation 169
Hong Kong 107, 281
Hornsby 168
Hutchinson Whampoa 174
Hypothèque 42, 205, 207-211

– I –

Immunité 74, 76, 125, 160, 163, 167-169, 209, 280
Impact sur l'égalité de traitement des usagers 148
Impact sur la dénonciation du contrat 95
Impact sur les recours contentieux 95
Impôts 226, 236, 242, 243, 248, 249, 277
Imprévision 87, 154-158, 224, 275
Inde 34, 50, 68, 69, 76, 79, 80, 86, 88, 90, 91, 93, 98, 100, 105, 122, 127, 128, 130, 137, 140, 142, 145, 154, 161, 163, 166, 174, 179, 181, 183, 185, 188, 189, 191, 192, 204, 206, 209, 215-219, 223, 229, 231, 234, 237, 242, 244, 247, 248, 253, 254, 269, 275, 278
Indemnisation 79, 116, 125, 126, 155-157, 177-180, 184, 191-194, 212, 213, 217, 224, 234, 279
Indemnisation financière 126
Indexation 238, 242
Inégalité des parties en présence 141
Inflation 76, 81, 118, 155, 172, 216, 235, 243
Infrastructure (s) 22, 23, 26, 28, 30-, 36, 39-44, 48-50, 54-57, 61, 62, 75, 83, 86, 104, 106, 136, 138, 142, 145, 174, 195-200, 214, 221, 240, 246, 256, 265, 267, 283, 286
Insolvabilité du concessionnaire 154, 191
Institut de droit international 80
Institut des Ports et du Transport Maritime 267
Institut des Sciences et des Techniques de l'Equipement et de l'Environnement pour le Développement 268
Insuffisances 76, 110, 130, 283
Intérêt commun 54, 67, 70, 285
Intérêt général 25, 36, 39, 46, 47, 49, 50, 58, 59, 62-71, 78, 79, 94, 137, 146-148, 151, 155, 171-175, 181, 184, 185, 188, 190, 194, 198, 205, 214, 227, 232, 234, 242, 251, 255, 259, 264, 265
Intérêt public21, 25, 33, 39, 47, 60, 62, 63, 67-70, 91, 92, 94-96, 112, 147, 155, 171, 184, 185, 190, 214, 248
Iran 51, 56, 106, 116, 165, 214
ISTED 268
Italie 25, 76, 88, 245, 272

– J –

Jarwahaewal Nehru Port 127
Jordanie 165
Juge du contrat 155, 160, 223

– K –

Karachi 51
Keelang 278
Kenya 51, 258
KPMG 79

– L –

Lagos, Lagos Apapa 37, 51, 69, 80, 146, 150, 154, 169, 236, 238, 252
Le concédant co-concessionnaire 106
Lease 24, 26, 34, 37, 57, 230, 254
Le Havre 31, 88, 199, 219, 246, 260, 261, 271
L'économie libérale 283, 284
Libéria 106
Liberté tarifaire 230-232
Limited recourse financing 103
Liverpool 218
Livre blanc 36, 139
Livre orange 139
Location 22, 37, 83, 128, 215, 242, 261
Loi du for 74-77, 157,
Loi MURCEF 22
Loi Sapin 86, 115
Lois générales 86
Lois spécifiques 86, 164
Lomé 107
Lorient 32, 185, 235, 244, 248
Loyer 126, 127, 132, 137, 156, 191, 238-240 244

– M –

Macroéconomique 41, 44, 67, 85, 94, 222, 228, 234, 237, 251, 286
Madagascar 27, 31, 51, 62, 88, 101, 147, 156, 204, 219, 228, 234, 236, 253, 263

Maîtrise d'ouvrage 138, 142, 198
Major Port Trust Act 137
Malaisie 86, 106, 183, 278
Manchester 33, 218
Manchester Canal and Port Company 218
Manille 238, 243, 247
Manzanillo 31, 174, 189, 216, 243, 247, 249
Maputo 65, 98, 139, 140, 142, 146, 147, 153, 156, 161, 169, 187, 214, 223, 236, 244, 252-254, 262
Maritime Commission 71
Maroc 27, 30, 58, 88, 89, 99, 107, 108, 116, 142, 148, 167, 170, 183, 187, 192, 252
Marseille 88, 93, 107, 113
Matadi 258
Maurice 37, 68, 91, 96, 107, 142-144, 149, 155, 161, 181, 182, 188, 198, 228, 229, 234, 253
Mauritius Ports Authority 107
Médiation 159-161
Merci conventionali Porto di Genova 64
Merloni Ter 76
Mesures de sauvegarde 117
Méthodologie 132, 244
Mexique 28, 66, 106, 121, 130, 174, 216, 230, 260
MIGA 212, 213
Ministre de l'Environnement c. Entreprise Transports Freymuth 81
Mise à disposition du site 135
Mme Wajs et M. Monnier 246
Modification des clauses concernant le service 94
Modification des offres 124
Modifications législatives 79, 156
Môle Prat 98, 100, 119, 240, 264
Mombasa 51, 258
Monopole 23, 27, 30, 31, 41, 43, 48, 51, 55, 61, 63, 85, 89, 95, 99, 101, 109, 111, 133, 147, 148, 176, 177, 194, 195, 207, 218, 231, 236, 237, 239, 255-266, 270, 272, 278, 280
Monopole équitable 258
Montevideo 128, 238
Mozambique 65, 139, 179, 213

– N –

Nantes 88, 149, 271
Nationalité du concessionnaire 106
Nations Unies 23, 32, 36, 83, 84, 113, 114, 133, 163, 279
Négociation des offres spontanées 117
Nehru Port Trust 69, 127, 145
New Delhi 163
New Jersey 169
New York 27, 32, 83, 162, 164, 165, 169
Nicaragua 277
Nigeria 37, 51, 69, 150, 154, 169, 236
Nigeria Port Authority 169
Non-concurrence 205
Non-discrimination 113, 131
Non-respect des obligations 140
Noordnatie 272
Nord Natie Terminal 133

– O –

OACI 24
Objectifs tarifaires 229
Obligation de moyen 142, 144-145, 150
Obligation de résultat 144-145, 150
Obligation essentielle 139
Obligations 23, 35, 55, 58-59, 61, 64-67, 70, 77, 80, 83, 87, 90-93, 97, 100-101, 112, 115-116, 135-138, 140-147, 150-155, 160-161, 165, 171, 173-174, 179-182, 184, 187-188, 191, 193, 201, 205, 209, 212, 221, 242, 254-256, 276, 283, 285
Océan indien 61, 114
Octroi de la concession 24, 89-90, 94, 125, 130, 133, 137, 260
Office national des ports du Cameroun c/ SFIC 168
Offre technique et offre financière 121
OHADA 165-168
Oman 31,
ONUDI 23, 113
Optimum 60, 66-67, 69, 94, 222, 228, 230, 241, 256
Optimum de service public économique 60
Optimum économique 60, 66-67, 69, 230, 241, 256
Organes de contrôle 252
Organisation internationale du travail 83
Organisation mondiale du Commerce (OMC) 112, 125
Outillage 22-26, 28, 30-33, 35, 37, 41-42, 47-49, 51, 54, 57, 62, 64-65-, 67, 69-70, 74, 88, 98, 104, 110, 119, 126-127, 131-132, 135, 138-140, 142-146, 173, 177-178, 182, 185, 187, 189, 191, 195, 203, 208-210, 213-214, 216, 219, 227-228, 242, 246-248, 258, 260-262, 265, 277
Ouvrages de protection 42-43, 56, 200, 245, 280

– P –

Pacta sunt servanda 190
Paiement d'un forfait 126
Pakistan 51
Panama 31, 105, 174, 189, 216, 243, 247
Partenariats public-privé (PPP) 23-24, 26, 28, 36, 39, 41-42, 46, 49-50, 55, 90-91, 102, 164, 198, 225-226, 235
Pays Bas 88, 268
Pays du Commonwealth 68
Pénalités 127, 140, 192, 254
Péréquation 223
Personne publique 22, 46, 49, 58, 106, 116, 142, 167, 169, 276
PFI 39, 50
Philippines 28, 35-36, 51, 86, 107, 122, 127, 129, 183, 192, 236
Plan d'entreprise 130, 132, 136-137, 221, 243
Planification financière 221
Pointe Noire 60, 65-66, 79, 97, 104, 136, 142, 145, 153, 159, 162-163, 180, 185, 223-224, 229, 233, 236, 238, 241, 252, 265
Pollution 44, 83, 140, 151, 197, 251
Pologne 107
Port autonome de Dakar 217
Port autonome de Rouen 107
Port autonome du Havre 271
Port de Dakar 208
Port de Douala 23, 37, 89, 240, 258
Port de Roscoff 263
Port Law [Amendment] Ordinance 269
Port Louis 37, 149, 166, 228, 234
Port trusts 122, 231
Ports Act 68, 214, 258
Portugal 27, 62, 173-174, 179, 267-268
Position des créanciers 99
Pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée 270
Pré-qualification 119, 123
Principal actionnaire 105
Private bills 91
Private Finance Initiative 24, 34, 39, 68, 83, 124, 144
Privatisation 23, 25, 45, 50, 59, 62, 68-69, 84, 107-108, 112, 121, 123, 131, 183, 240, 249, 260, 264, 281, 283
Progosa 107-108
Prohibition 71, 151, 163-166, 240, 259-260
Prohibition de l'arbitrage 163, 166
Propriété des ouvrages et des outillages 214
Prorogation de la concession 174
Public utilities 91, 129, 226
Puissance publique 21, 32-33, 50, 58, 90, 186, 267, 276, 284

– R –

Rapport Nora 230
Rapports d'activité 253
Ratios de sécurité 202-203
Recettes 24-25, 33, 44, 51, 98, 127-128, 188, 192-193, 197, 206, 210, 222, 224, 227-229, 234, 237, 240-241, 243, 245-246, 263, 279-280
Recours au juge 83, 159, 160, 167
Redevance 21, 24, 28, 43-44, 75, 92, 118, 121-122, 127-129, 132, 140, 143, 146, 151, 156, 177, 187, 190-191, 223, 227-228, 232-233, 237-247, 249, 254, 256, 259, 267, 277
Régie 25, 27, 29, 33, 45, 47, 49-52, 57, 74, 84, 90, 107, 114, 178-179, 183, 189, 199, 212, 243, 258, 277-280, 283
Régie départementale de l'Isère 270
Régime domanial 45, 76, 176, 208, 215, 241-242, 277, 282
Régulateur 46, 99, 109, 142, 147, 161, 230, 252, 255-256, 266-269, 271-272, 276, 279, 281, 285
Régulation 21-22, 63, 67-68, 70, 85, 109, 118, 147, 172, 177, 182, 195, 206, 247, 251-252, 255-257, 266-272, 278
Remplacement du contractant défaillant 179
Rentabilité 42, 59-60, 129, 184, 192, 202, 205, 212, 222, 225, 228, 245, 256
République argentine 23, 25, 88, 90, 122, 239, 260
Résiliation 80, 107, 145, 152-157, 178-192, 206, 254-255
Responsabilité financière limitée 103
Résultat macroéconomique 222
Réticence des administrations 157
Retrait pour motif d'intérêt général 178, 184-185, 190
Risque économique et d'exploitation 53
Risque financier 53, 109, 127, 204
Risque politique 52-53, 204, 206, 213
Risque technique 53
Risques 21, 35, 39, 41, 47-48, 52, 57, 79, 85, 90, 96, 104, 113, 139, 141, 144, 146, 150, 152, 157, 172, 188, 192, 200-201, 203-207, 212-213, 222, 224-226, 230, 234, 237, 242, 245, 258, 261, 276, 279-280, 285-286
Rosario 23, 38, 65, 122, 245
Rotterdam 31, 273
Royalty 140, 238, 242-244
Royaume Uni 39, 67-68, 260
Russell v. Sebastien 91
Russie 107, 262

– S –

SFI 101
Saint Malo 193
Saint-Pétersbourg 107, 262
San Antonio 264
San Carlo 166
Sanction financière 146, 254
Sanctions 145, 151, 266, 268
Scalis 55
SCP Gatineau 270
Sea Containers c/Stena Sealink 265
Sécurité juridique 29, 78-82, 87, 102, 126, 165, 170-171, 173, 178, 232, 242, 275
Security packages 78
Sénégal 25, 35-36, 93, 97, 100-101, 116-117, 126, 156, 166-167, 175, 180, 184, 208, 213-214, 217, 226, 248
Service économique d'intérêt général 63
Service public 21-22, 25-26, 28-29, 32, 35-36, 38-39, 41, 43, 45, 49-50, 55-56, 58-71, 74, 78, 81, 83, 86-88, 90-94, 96-97, 99-101, 107, 111, 115-117, 123-124, 129, 131, 138, 141, 143, 145, 147-148, 155-156, 165, 168, 173-175, 177-178, 182-184, 186-187, 192, 194, 197, 208, 222-223, 228-230, 232-234, 237, 239-241, 252-253, 256, 259, 261-262, 266, 270-271, 276, 283-284
Service universel 63
Silvano Baso 262
Silver Book 75, 139-140
Simonet 235
Singapour 106-107, 225,
SNCB 272
Société des téléphériques du massif du Mont Blanc 184-185
Société des Eaux de Madagascar 147
Société des vedettes inter-îles européennes 149
Société du Port de Lorient 235
Société EDA 260-261
Société Est Lumière 194
Société Financière Internationale 101, 105, 202, 207, 249
Société Fine Frères 270
Société Jean Louis Bernard Consultants 270
Société Le Cadoret 186
Société les Sables d'or 95
Société nationale des chemins de fer belges 133, 272
Sohar 31
Soins à apporter à la rédaction des contrats 102
Sous-traitance 189 260
Souveraineté 52, 57, 79, 94, 110, 164, 171, 178, 182-183, 185, 204, 284
Spécifications techniques 119-120, 124
SQI Réalisations 131
Sri Lanka 34-35, 52, 75, 145, 154, 156, 161, 163, 185, 212, 249, 269, 280
Strasbourg 81, 107, 185, 233-234
Substitution 144, 191, 209-211
Substitution 137
Suez 53, 107, 174, 179, 218, 283
Surplus du concédant 44, 197-198
Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers 125
Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour 124
Syndicat national des transporteurs aériens 232
Syrie 165, 179

– T –

Tanger 30, 108, 149, 179, 247
Tanzanie 37, 76, 105, 150
Tarification marginale 60
Taux de rentabilité 192, 202, 224-225-226, 229, 237, 241-242-243, 247, 281
Togo 18, 107, 165
Toolkit for Port Reform 80, 85, 109, 136, 140, 146, 173, 180, 187, 190, 205, 231, 240, 242, 244, 262
Traité d'Amsterdam 63, 68
Traité de Canterbury 77, 157
Traité de la C.E.E. 265
Traité de Rome 63, 112
Transparence et publicité 100
Trésor public 31, 201, 207, 210, 213, 277
Trusts ports, 25
Tunisie 35, 49, 55, 62, 74, 117, 142, 151, 165, 187, 210
Tunnel sous la Manche 77-78, 157, 174, 210, 238
Turquie 33, 59, 76, 165,
Types de redevances 238

– U –

U.K. 23, 33
Union des transporteurs publics urbains et régionaux, 86
Union européenne 28, 36, 38, 54, 63, 67, 68, 77, 81, 82, 85, 100, 101, 108, 112, 113, 131, 169, 172, 198, 199, 265, 266, 281,
Unité du droit interne 75
United States v. Wunderlich 160
Universal service obligation 68

Uruguay 66, 100, 121, 184, 187, 231, 236, 238, 260

- V -

Valparaiso 264
Variantes du BOT 34
Venezuela 122, 183, 187, 191, 216, 281
Vietnam 106
Ville d'Amneville 185

- W -

Waterfront Royalty 244

- Y -

Yacht Club international de Saint Laurent du Var 113, 116

Achevé d'imprimer par Corlet Imprimeur, S.A.
14110 Condé-sur-Noireau
N° d'imprimeur :
Dépôt Légal : Juillet 2012
Imprimé en France.